

**Tributo a la calidad institucional.
Un desafío para la sociología jurídica latinoamericana**
Enrique Miguel del Percio

**Teoría de la interpretación
y legitimidad del Tribunal Constitucional**
Claudia Storini

**La responsabilidad del Estado por
la falta de efectividad del proceso de integración andino**
David Padilla Moreno

**Control de las leyes tributarias
y los efectos de su declaración de invalidez**
José Vicente Troya Jaramillo

Contrato social entre mujeres y hombres
Rosario Valpuesta Fernández

**La revisión de la relación jurídica tributaria
obligacional: las corrientes procedimentalistas**
Eusebio González García

**Los principios de interpretación de la Convención
de las Naciones Unidas sobre los Contratos de
Compraventa Internacional de Mercaderías**
Daniel Achá Lemaitre

Revista del Área de Derecho
UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR
Sede Ecuador

ISSN 1390-2466

Primer semestre de 2008 • Número 9

FORO, revista de Derecho recoge trabajos de alto nivel que enfocan problemas jurídicos en los ámbitos nacional, regional e internacional, resultantes de los procesos de análisis, reflexión y producción crítica que desarrollan profesores, estudiantes y colaboradores nacionales y extranjeros. *FORO* es una revista del Área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, creada para cumplir con el rol institucional de promoción y desarrollo del conocimiento, cuya dinámica nos exige respuestas innovadoras a las complejas situaciones que se producen cotidianamente.

DIRECTOR: José Vicente Troya Jaramillo

EDITOR: Ernesto Albán Gómez

COMITÉ EDITORIAL: Juan Pablo Aguilar (Pontificia Universidad Católica del Ecuador), Santiago Andrade Ubidia (Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador), Ramiro Ávila Santamaría (Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador), Fernando Chamorro (Universidad Central del Ecuador), Genaro Eguiguren (Universidad Central del Ecuador), Ximena Endara Osejo (Universidad Estatal de Cuenca), Patricia Herrmann (Pontificia Universidad Católica del Ecuador), Rafael Oyarte (Pontificia Universidad Católica del Ecuador), Judith Salgado (Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador), Julio César Trujillo (Pontificia Universidad Católica del Ecuador), José Valencia (Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, FLACSO, Ecuador)

COMITÉ ASESOR INTERNACIONAL: Víctor Abramovich (Universidad de Buenos Aires), Alberto Bovino (Universidad de Buenos Aires), Antonio de Cabo de la Vega (Universidad Complutense de Madrid), Miguel Carbonell (Universidad Nacional Autónoma de México), Silvio Gambino (Universidad della Calabria), Andrés Gil Domínguez (Universidad de Buenos Aires), Eusebio González García (Universidad de Salamanca), Fernando Puzzo (Universidad della Calabria), Claudia Storini (Universidad Pública de Navarra), Víctor Uckmar (Universidad de Génova), Rodrigo Uprimny (Universidad Nacional de Colombia), Rosario Valpuesta (Universidad Pablo de Olavide), Alberto Zelada (Universidad Andina Simón Bolívar, La Paz), Francisco Zúñiga (Universidad de Chile)

COORDINADORA EDITORIAL: Dunia Martínez Molina

SUPERVISIÓN EDITORIAL: Jorge Ortega

CORRECCIÓN DE TEXTOS: Manuel Mesa

CUBIERTA: Raúl Yépez

IMPRESIÓN: Editorial Ecuador, Santiago Oe2-131 y Versalles, Quito



UNIVERSIDAD ANDINA
SIMÓN BOLÍVAR
Ecuador

FORO aparece en el índice *RedALyC*, Red de Revistas Científicas de América Latina y El Caribe, España y Portugal.

FORO es una publicación gestionada por el Comité Editorial que circula semestralmente desde noviembre de 2003. Para la selección de ensayos se utiliza el sistema de doble ciego (*peer review*).

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. 9 • I semestre 2008

Editorial	
<i>Ernesto Albán Gómez</i>	5
Tributo a la calidad institucional. Un desafío para la sociología jurídica latinoamericana	
<i>Enrique Miguel del Percio</i>	7
Teoría de la interpretación y legitimidad del Tribunal Constitucional	
<i>Claudia Storini</i>	35
La responsabilidad del Estado por la falta de efectividad del proceso de integración andino	
<i>David Padilla Moreno</i>	63
Control de las leyes tributarias y los efectos de su declaración de invalidez	
<i>José Vicente Troya Jaramillo</i>	97
Contrato social entre mujeres y hombres	
<i>Rosario Valpuesta Fernández</i>	117
La revisión de la relación jurídica tributaria obligacional: las corrientes procedimentalistas	
<i>Eusebio González García</i>	145
Los principios de interpretación de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías	
<i>Daniel Achá Lemaitre</i>	155
Las relaciones comerciales de América Latina: integraciones económicas regionales y análisis de la proliferación de acuerdos con los EE.UU.	
<i>Renata Vargas Amaral y Thalís Ryan de Andrade</i>	175
RECENSIONES	
José Vicente Troya Jaramillo, <i>ESTUDIOS DE DERECHO INTERNACIONAL TRIBUTARIO</i> , por Pablo Egas Reyes	199
Peter Singer, <i>LIBERACIÓN ANIMAL</i> , por Claudia Escobar García	205
Gerardo Pisarello, <i>LOS DERECHOS SOCIALES Y SUS GARANTÍAS. ELEMENTOS PARA UNA RECONSTRUCCIÓN</i> , por Carolina Silva P.	213

JURISPRUDENCIA	Análisis de la sentencia de la Corte Constitucional de Colombia sobre la despenalización parcial del aborto <i>Judith Salgado Álvarez</i>	219
	Pluralismo jurídico y la Corte Suprema de Justicia peruana. Comentario a la resolución de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de Perú (caso rondas campesinas de Pueblo Libre y Santa Rosa) <i>Raúl Llasag Fernández</i>	231
	Colaboradores	237
	Normas para colaboradores	239

FORO

Revista de Derecho

Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador /
Corporación Editora Nacional
No. 9 • I semestre 2008

Editorial	
<i>Ernesto Albán Gómez</i>	5
Taxes and institutional quality. A challenge for Latin-American juridical sociology	
<i>Enrique Miguel del Percio</i>	7
Theory of interpretation and legitimation of the Constitutional Tribunal	
<i>Claudia Storini</i>	35
State responsibility for the ineffectiveness of the andean integration process	
<i>David Padilla Moreno</i>	63
Controlling tax laws: effects of their declaration of invalidity	
<i>José Vicente Troya Jaramillo</i>	97
Social contract between women and men	
<i>Rosario Valpuesta Fernández</i>	117
A review of the juridical tax relationship as an obligation: procedural approaches	
<i>Eusebio González García</i>	145
The principles of interpretation of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods	
<i>Daniel Achá Lemaitre</i>	155
The commercial relations in Latin America: regional economic integration and the proliferation of agreements with the United States	
<i>Renata Vargas Amaral y Thalís Ryan de Andrade</i>	175
RECENSIONS	
José Vicente Troya Jaramillo, <i>ESTUDIOS DE DERECHO INTERNACIONAL TRIBUTARIO</i> , by <i>Pablo Egas Reyes</i>	199
Peter Singer, <i>LIBERACIÓN ANIMAL</i> , by <i>Claudia Escobar García</i>	205
Gerardo Pisarello, <i>LOS DERECHOS SOCIALES Y SUS GARANTÍAS. ELEMENTOS PARA UNA RECONSTRUCCIÓN</i> , by <i>Carolina Silva P.</i>	213

JURISPRUDENCE	Analysis of a sentence of the Colombian Constitutional Court on the partial decriminalization of abortion <i>Judith Salgado Álvarez</i>	219
	Legal pluralism and the Peruvian Supreme Court of Justice: commentary on the resolution issued by the temporary criminal court of the Peruvian Supreme Court of Justice (Case: rural patrols in Pueblo Libre and Santa Rosa) <i>Raúl Llasag Fernández</i>	231
	Collaborators	237
	Submission Guidelines	239

Editorial

Los artículos que se han incorporado al número 9 de FORO han sido seleccionados con un criterio diferente al que se había seguido en las ediciones anteriores, en las que varios de ellos correspondían a un tema monográfico central. El Comité Editorial de la Revista ha decidido que, en el futuro, se alternarán los números monográficos con otros, empezando por el presente, en que los artículos escogidos se referirán a temas que corresponden a diferentes ámbitos jurídicos. Manteniendo siempre, por supuesto, el mismo nivel de calidad, de sólida contribución académica y de actualidad, como ha sido característico en FORO.

Así, en el artículo del profesor argentino Enrique Miguel del Percio, se aborda un desafío clave para la región: la necesidad de elevar la calidad de las instituciones públicas, y se señala una herramienta para conseguirlo: la insistencia en el cumplimiento de las obligaciones tributarias; pues se considera que, circularmente, el correcto funcionamiento de las instituciones legitima el reclamo de ese cumplimiento.

También en materia tributaria contamos con otros dos aportes.

José Vicente Troya Jaramillo analiza los fundamentos constitucionales del Derecho tributario, el control constitucional de las normas tributarias y los efectos de ese control. Todo ello con referencia a las decisiones que ha adoptado en esta materia el Tribunal Constitucional.

Por su parte, el tributarista español Eusebio González García considera que, si se desea llevar a término un examen profundo y articulado del fenómeno tributario, es necesario considerar las posiciones subjetivas activas y pasivas que derivan de la ley. En cuanto a las primeras, no en términos de derecho de crédito, sino como potestad de imposición, y respecto a las segundas, no limitándose a la obligación tributaria, sino extendiendo el análisis al conjunto de los actos previstos por las normas.

Tenemos una variada muestra de preocupaciones jurídicas: Claudia Storini analiza la actividad hermenéutica de los tribunales constitucionales, tan difundida y debatida en la actualidad. Rosario Valpuesta reflexiona sobre el “contrato social” entre hombres y mujeres, evocando el formulado por Rousseau. David Padilla se pregunta sobre la responsabilidad del Estado por la falta de efectividad del proceso de integración andino. Los principios de interpretación que constan en la Convención de las Naciones Unidas sobre compraventa internacional de mercaderías

as son analizados por Daniel Achá. Finalmente, Renata Vargas Amaral y Thalís Ryan de Andrade analizan las complejas relaciones comerciales latinoamericanas, que se debaten entre la disyuntiva de la integración y los acuerdos comerciales bilaterales.

En la sección de jurisprudencia se entregan importantes reflexiones al debate sobre temas tan delicados como vigentes: el aborto y el pluralismo jurídico.

*Ernesto Albán Gómez
Editor*

Tributo a la calidad institucional. Un desafío para la sociología jurídica latinoamericana*

Enrique Miguel del Percio**

RESUMEN

El principal desafío de América Latina consiste en encontrar el modo de afrontar la fragmentación social, el individualismo extremo y las inequidades oprobiosas en el marco del más absoluto respeto a las instituciones. El Estado aún tiene en sus manos dos herramientas formidables: la educación y el sistema tributario. La insistencia en el cumplimiento de las obligaciones tributarias contribuye decisivamente a formar una conciencia ciudadana, fundamento, a su vez, de una mayor calidad institucional. Y, en una suerte de causalidad circular, el correcto funcionamiento de las instituciones legitima el reclamo de cumplimiento de las obligaciones tributarias a un habitante que va, así, tomando creciente conciencia de los deberes y derechos emergentes de su condición de ciudadano. Para comprender el modo en que pueden darse estos procesos en la región, es preciso contar con una nueva disciplina: la sociología de las finanzas públicas.

PALABRAS CLAVE: tributación, calidad institucional, sociología de las finanzas públicas, gasto público, seguridad jurídica, equidad, legitimación, estratificación social.

ABSTRACT

The principal challenge of Latin America is finding the appropriate manner of facing social fragmentation, extreme individualism and opprobrious inequity, and, at the same time, preserving a strict respect towards institutions. For these purposes, governments have two fundamental tools at their hands: education and tax systems. The fulfillment of tax obligations decisively contributes to create citi-

* El presente trabajo ha obtenido el Primer Premio del Concurso de Ensayos sobre Tributación Fiscal y Calidad Institucional organizado por la *Agencia Federal de Ingresos Públicos de la República Argentina*. Agradecemos a esa institución por la autorización para reproducirlo en estas páginas.

** Profesor regular de sociología jurídica en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, de Epistemología de las Ciencias Sociales en la Maestría en Integración Internacional de la Universidad Nacional de Rosario y de Filosofía Social y Política en la Universidad del Salvador - Sede Colegio Máximo de San Miguel. Se desempeña habitualmente como profesor visitante o invitado, entre otras, en las universidades de Salamanca (España), Dresden (Alemania), Unisinos (Brasil), Andina (Ecuador), Nacional de Carabobo (Venezuela), Nacional de La Serena (Chile) y en la Universidad de La Habana.

zen's consciousness, which at the same time, constitutes the ground of institutional quality. On a circular causality relationship, the correct functioning of institutions legitimates the collection of taxes from an inhabitant that, at the same time, acquires awareness of the rights and obligations that derive from the condition of citizen. In order to understand the means through which these processes take place in the region, it is necessary to consider a new discipline: the sociology of public finances.

KEY WORDS: taxes, institutional quality, sociology of public finances, public expenditure, juridical certainty, equity, legitimation, social stratification.

FORO

¿Puede tomarse en serio que se pueda concebir el sistema financiero de un Estado en su función efectiva, que se pueda describir con visos de veracidad, sin tomar en cuenta su condición social, sin considerar la estructura de la sociedad de donde proviene?

Rudolf Goldscheid, 1926.

La sanción penal tributaria tendrá carácter de último recurso del Estado cuando éste asegure, a través de una legislación clara y precisa, un control igualitario y general, así como la correcta gestión del gasto público.

XIX Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario, Lisboa, 1998.

Sin exagerar demasiado, podemos afirmar que, en materia política, todo discurso es discurso del poder. La justicia, la libertad, la misma política merecerán definiciones distintas, en función de las inclinaciones e intereses de quien emplee el concepto. Evidentemente, la noción de *calidad institucional* no es ajena a esto. En tal sentido, se advierte una tendencia, liderada por quienes propician un mantenimiento del *statu quo* (especialmente en orden a la distribución de la riqueza) a reducir el concepto de *calidad institucional* al acatamiento por parte del poder político de las pautas procedimentales establecidas por el ordenamiento jurídico nacional e internacional. Entonces, la apelación a la calidad institucional tiene por finalidad entorpecer la aplicación de políticas fuertemente redistributivas. Por cierto, no todos los que hoy defienden la importancia de respetar los procedimientos constitucionales clamaron con idéntica energía cuando en el pasado no se respetó la Constitución, pero no viene al caso detenernos ahora en ese aspecto.

Por su parte, quienes buscan un cambio radical del *statu quo* desconfían de todo intento de fortalecimiento institucional, pues en el plano simbólico (aunque no nece-

sariamente en el plano de la realidad) la noción de “institución” remite a lo instituido, a lo que ya está dado así y no se puede o no se debe cambiar.

Por mi parte, entiendo que el sistema sociopolítico latinoamericano es insostenible, si no se modifican las actuales asimetrías e inequidades en la distribución de la riqueza, siendo el sistema tributario la herramienta más poderosa para lograrla. Pero ningún cambio real es posible si no se efectúa dentro del marco de la normativa constitucional vigente. Más aún, en algunos casos, es el mismo acatamiento a la norma constitucional lo que obligaría a nuestros gobiernos a actuar en tal sentido. Baste como ejemplo el mandato establecido por la Constitución Nacional de la República Argentina al Congreso en su art. 75, inc. 17, que reza: “Corresponde al Congreso Nacional (...) proveer lo conducente al desarrollo humano y al crecimiento económico con justicia social”.

En tal sentido, sostengo que la calidad de las instituciones depende de su capacidad para brindar respuestas satisfactorias a las demandas de la ciudadanía, respetando el marco normativo definido por la Constitución.

De la calidad institucional, así entendida, depende la legitimidad del Estado para exigirle al ciudadano el cumplimiento de sus obligaciones tributarias.

En efecto, la crisis de la representación política que afecta a todo Occidente –concomitante con la crisis de la representación en el arte, la ciencia y la filosofía– torna insuficiente el principio clásico “no hay impuesto sin representación”. Es decir, que ya no alcanza con la legitimidad del origen de la norma tributaria, sino que se exige también la legitimidad derivada de los beneficios perceptibles por el contribuyente.

Claro que puede argumentarse que si el contribuyente incumple sus obligaciones tributarias no tiene legitimidad para demandarle nada al Estado. Pero ocurre que la legitimidad no responde a la lógica, sino que se inserta en el ámbito a-lógico de las creencias políticas.

En suma: ya no es posible estudiar la tributación fiscal sin estudiar al mismo tiempo el gasto público. Y ni uno ni otro pueden ser analizados con prescindencia de los condicionantes políticos y sociales propios de cada región y de cada tiempo histórico.

Sin embargo, existe aún un extendido prejuicio, particularmente manifiesto en Latinoamérica, que comparten legisladores, expertos y formadores de opinión, acerca del carácter autoejecutorio de la ley. Así, basta con el dictado formalmente correcto de una norma para que la misma sea acatada y obedecida. Si así no ocurre, la responsabilidad será del gobernante que no actuó con la firmeza suficiente como para imponer las penalidades del caso.

Pero la sociología jurídica aconseja plantear la cuestión partiendo de otra premisa: que un individuo o un grupo viole la ley cuando de ello puede obtener algún tipo

de beneficio, no es algo que llame la atención. Que la mayoría de las personas tienda a obedecer la ley, sí es algo llamativo. Y más llamativo aún es que los pueblos acepten que se les impongan penas cuando desobedecen la ley. Claro que no siempre, ni en todas partes, se acatan las mismas normas. Como dijimos, hay factores políticos, culturales, económicos y sociales que condicionan fuertemente la aplicabilidad de la ley.

Esto, que vale para la ley en general, es especialmente aplicable al caso de la normativa tributaria. Como planteaba Hume en un momento que podemos caratular como fundacional de la sociedad civil moderna, dos vecinos pueden ponerse de acuerdo en pagar los gastos de desagüe de una vega común, pues del incumplimiento de uno de ellos se sigue un efecto directamente perceptible para el incumplidor. En cambio, cuando los vecinos son centenares, si alguno no cumple, igual se beneficiará con el cumplimiento del resto y además se quedará con el dinero que debía haber aportado. ¿Cómo hacer entonces para que cada ciudadano tienda a pagar sus impuestos o aceptar pacíficamente que se le sancione en caso de incumplimiento?

Esta cuestión me viene preocupando desde hace un tiempo. Más precisamente, desde diciembre de 2002. Estaba dando clases en la Universidad Técnica de Dresden y una noche, con varios grados bajo cero, fui a cenar con un reputado profesor de aquella institución. Al término de la velada sobrevino la típica discusión en torno a quién pagaría la cuenta. Mi colega alemán argumentó que convenía que pagase él, pues el fisco le retenía todos los meses el cuarenta por ciento de sus ingresos, pero a fin de año le reintegraría un porcentaje similar por las erogaciones que tuviese en razón de su trabajo. Así, al presentar facturas por la suscripción a una revista científica, por la compra de un libro o de una computadora, por haber asistido a un curso o, como en este caso, por haber ido a cenar con otro docente para conversar sobre asuntos relativos a su labor, a fin de año el fisco le acreditaría en su cuenta bancaria hasta un cuarenta por ciento de esos gastos. Con pura lógica latinoamericana, le pregunté cómo sabía el fisco que la factura del restaurante atestiguaba que había ido a comer conmigo y no con su mujer. Me miró extrañado y, sin comprender el sentido de mi pregunta, me contestó: “¡Porque si hubiera venido a comer con mi mujer no le presentaría la factura al fisco!”. Hice entonces un comentario autoflagelatorio bastante obvio acerca de los problemas que acarrea a nuestras sociedades el ser tan poco afectos a cumplir estrictamente con la ley, pero inmediatamente él me hizo notar que en cuestiones sociales nada es tan blanco ni tan negro: se limitó a recordarme que hacía poco más de medio siglo en Alemania la ley había indicado que había que exterminar a los judíos y la mayoría actuó conforme a lo normado...

Dejando estas últimas consideraciones aparte, es seguro que el lector recordará alguna anécdota similar, teniendo por protagonista a otro alemán, a un inglés, a un sueco o a un francés; seguramente también habrá escuchado a algún norteamericano

exclamar: ¡yo pago mis impuestos! a la hora de defender sus derechos. Pero posiblemente no recuerde una anécdota similar protagonizada por un andaluz, un ecuatoriano, un panameño, un napolitano o un argentino. Más aún: en este último caso es más que probable que recuerde algún relato acerca de la inteligencia aplicada para eludir, cuando no lisa y llanamente para evadir algún impuesto, contado con orgullo por el propio infractor.

En enero de 2003, cuando ya era muy claro para cualquier argentino que el Estado debía afrontar sus obligaciones con recursos genuinos y no recurriendo a la emisión monetaria, ni al empréstito irresponsable, fui a dictar un curso de sociología jurídica en la Maestría en Derecho de la Universidad Andina de Quito, coordinada entonces por César Montaña Galarza, un joven y prestigioso tributarista ecuatoriano. Le comenté que, dado que muchos de mis cursantes eran tributaristas, sería interesante incluir en mis clases algo relativo a las diferentes conductas tributarias por parte de los distintos pueblos, y le pedí bibliografía al respecto. Para mi sorpresa, revisamos con Montaña la muy bien provista biblioteca tributaria de esa Universidad y no encontramos ningún estudio detallado acerca de la cuestión. Además, conversando con los maestrandos –muchos de ellos funcionarios del Gobierno o del Poder Judicial o asesores de legisladores– notamos que los tributaristas de las naciones andinas, a la hora de efectuar recomendaciones, no suelen abordar la situacionalidad sociocultural de la problemática impositiva, sino que tienden a tomar como modelos los sistemas tributarios europeos. Varios de ellos se interesaron en el tema y me ayudaron en mi búsqueda, mas lo único que encontramos fueron unas escasas referencias en los pioneros, pero nada actualizado. Apenas regresé a la Argentina consulté a mis colegas para ver si desde la sociología jurídica existía algo. El resultado: el tema es aludido por Weber y Merton, entre otros, pero ninguno lo trabaja a fondo y los sociólogos contemporáneos ni lo mencionan.

Ciertamente en los orígenes de la Ciencia de las Finanzas hubo quienes advirtieron la relación existente entre esta disciplina y la sociología. En este sentido son ineludibles los nombres de Pareto y su discípulo Fasiani en Italia, o Jèze en Francia. Sin negar los interesantísimos aportes que estos autores han realizado a lo que podemos llamar la “Sociología de las Finanzas Públicas”, no obstante adolecen de un marcado eurocentrismo. En efecto, se advierte siempre en sus obras una concepción antropológica subyacente, conforme a la cual, el ser humano se identifica con el sujeto europeo moderno (obviamente se incluye en este concepto a los norteamericanos blancos), y sus criterios de acción están regidos por la misma lógica inherente a los criterios occidentales de racionalidad. No niegan la existencia de idiosincrasias distintas, pero, en última instancia, piensan que eso obedece a que hay pueblos que “todavía” no han llegado al nivel de desarrollo o de progreso propio de los pueblos europeos. Por eso, sus enseñanzas son parcialmente válidas en cuanto se refieren a lo

que tiene de universal la condición humana, pero en cambio, no nos sirven para dar cuenta de lo que cada pueblo tiene de particular y específico.

Esto acontece a pesar de que hubo quienes ya en el siglo XIX advirtieron los inconvenientes derivados de las diferencias culturales. Por ejemplo, nos recuerda Sainz de Bujanda lo que el periodista y poeta Carducci escribía en *La Gazzetta dell'Emilia* del 23 de septiembre de 1893:

En las nuevas provincias regía en materia tributaria, y más precisamente en los impuestos del registro, la más escrupulosa honestidad por parte de los contribuyentes. Con el cambio de régimen, los funcionarios italianos, que sustituyeron a los austríacos, han aplicado la 'sistemática incertidumbre' aumentando siempre las sumas declaradas. De aquí primero se produjo el estupor por parte de los habitantes de Trento y Trieste y también, poco después el remedio: habituarse, desdichadamente, a mentir, como sus hermanos de las viejas provincias del sur.

A pesar de la manifestación de este tipo de problemas, no encontramos mayores desarrollos teóricos que permitan hablar de un abordaje científico de la cuestión. Así, luego de una búsqueda intensiva, aunque relativamente infructuosa, en la biblioteca de la Asociación Argentina de Estudios Fiscales (donde fui atendido con destacable amabilidad y esmero) comencé a reflexionar sobre los motivos de la aparente inexistencia de estudios científicos sobre la potencialidad de la vigencia efectiva que pueda tener la normativa tributaria en un medio social determinado.

En un primer momento llegué a la conclusión de que, al menos en parte, esto se debe a que, dado que en los países centrales la gente tiende a pagar los impuestos, no les hace falta teorizar demasiado al respecto. Los que sí deberíamos realizar un abordaje científico del asunto somos los latinoamericanos, pero, por razones que no viene al caso desarrollar aquí, solemos estar más pendientes de la agenda intelectual de aquellos centros de poder que de nuestros propios problemas. Por mi parte, asumí desde hace tiempo que no me era lícito criticar a mis colegas por no haber estudiado nunca algo que tampoco a mí me había interesado estudiar, y, con la necesaria dosis de audacia como para entrar en terreno inexplorado, comencé a trabajar en estos temas.

En el escaso tiempo que me dejaron libre mis otras actividades, publiqué un par de artículos en sendas revistas jurídicas, dicté varias conferencias, entrevisté a varios expertos y seguí buscando material. Incluso recibí una generosa invitación del Instituto Internacional de Sociología Jurídica para avanzar en mi investigación, en su sede sita en Oñati, un encantador pueblo ubicado entre las montañas del País Vasco. Posiblemente su biblioteca sea la más completa y mejor sistematizada del mundo en su área. Sin embargo, me resultó más provechoso el diálogo con colegas de países distintos y distantes que toda mi consulta bibliográfica, pues sobre este tema especí-

fico tan solo encontré un artículo, redactado por Marc Leroy y publicado en el No. 53 de *L'Année sociologique* en 2003, casualmente el año en que comencé mi indagación. Ya desde su título supe que no estaba solo en mi intento: *Pourquoi la sociologie fiscale ne bénéficie-t-elle pas d'une reconnaissance institutionnelle en France?*

Leroy se pregunta cómo es posible que la “sociología fiscal” (como él denomina a esta disciplina) no goce de ningún reconocimiento institucional, a pesar de la relevancia que tiene para el investigador, el ciudadano y el decisor político. De hecho, toda la sociología y la ciencia política se ven atravesadas por esta problemática. El cambio social; la teoría de la burocracia; la legitimidad de la acción pública; la justicia social; la criminología; la sociología de la conducta desviada; los problemas vinculados con la desobediencia civil; los modos de racionalidad; en suma, “la sociología del impuesto propone, por tanto, un cuestionamiento social y político general, no limitándose a la aplicación del derecho fiscal o a la elaboración de una *expertise* técnica”.¹ Sin embargo, numerosos factores conspiran contra el desarrollo y reconocimiento de esta disciplina. Entre otros, Leroy enumera los siguientes:

- La reticencia de la administración fiscal francesa a permitir una mayor transparencia de sus procesos internos de toma de decisiones.
- La redistribución fiscal no es vista como prioridad pública, ni por el Estado ni por la ciudadanía.
- La complejidad de la técnica fiscal, que desalienta por igual a sociólogos y politólogos.
- La histórica hegemonía de los paradigmas económicos y jurídicos en detrimento del sociológico para el estudio del impuesto.

Obviamente no se ignora que existen numerosos ejemplos de encuestas y empleo de diversas técnicas sociométricas aplicadas a la recaudación tributaria. Pero no hay un *corpus* teórico consistente, capaz de dar cuenta de las diversas respuestas sociales al derecho tributario.

Por cierto, esto no afecta solamente a esta rama del derecho. Renato Treves, el padre de la sociología jurídica, ya advertía acerca de los problemas derivados de las mutuas desconfianzas y aprehensiones existentes entre juristas y sociólogos, como resultado de hábitos intelectuales, métodos y lenguajes distintos. Aun antes de Treves, en 1926 Golscheid señalaba que el desacople entre la sociología, el derecho y las finanzas “ha sido el destino más funesto para la sociología. Pues puede afirmarse con toda energía que la sociología financiera es la posición clave de toda la sociología en general”. Estos factores complementan la explicación que ensayé pre-

1. La traducción es nuestra.

viamente para tratar de entender el por qué de la ausencia de esta rama de la sociología en nuestro medio. Además, ahora puedo agregar que así como la mencionada complejidad técnica del derecho tributario hace que para los sociólogos el tema sea “difícil y aburrido”, la sociología suele ser vista como algo “impreciso, vago y abstracto” por abogados y contadores.

Pero insisto: si bien estos factores explican la inexistencia de análisis sociotributarios en Francia, Inglaterra o Alemania, no son suficientes para que no se desarrollen en nuestro medio, mucho más necesitado de estudios serios de la conducta fiscal, en virtud de la mayor propensión al incumplimiento de la obligación tributaria. Llegados a este punto, corresponde efectuar una aclaración: nadie paga gustosamente sus impuestos. Si no, no se llamarían “impuestos”. La tendencia a la evasión impositiva es universal. La diferencia radica en considerar o no a la evasión como una conducta disvaliosa en sí misma. Nadie quiere ir preso por matar, robar o estafar, pero la comunidad en general entiende que esas conductas deben estar tipificadas penalmente; aun el homicida, el ladrón y el estafador pueden justificar la comisión del delito en su caso particular, pero no consideran estas acciones en sí mismas como aceptables *erga omnes*. Y como es sabido, una norma tiene una chance muy escaso de adquirir eficacia, vigencia y validez si no es vivenciada como legítima por la población, por más voluntad que algún funcionario administrativo o judicial pueda tener. No basta con la determinación política de hacer cumplir la ley para que ésta sea acatada. En el mejor de los casos, una parte importante de la población acatará la norma tan solo por el tiempo que dure la voluntad política del gobierno. Esto vale para todo tipo de régimen, pero es de especial aplicación en una democracia por varias razones: entre otras, porque si la mayoría de la ciudadanía vivencia una norma como injusta, y esa norma afecta sensiblemente su vida cotidiana, en las próximas elecciones tenderá a votar por aquellos candidatos que planteen la reforma o derogación de esa norma.

Resumiendo: algunos pueblos consideran que si alguien incumple sus obligaciones fiscales está violando un pacto con el resto de la sociedad, perjudicando gravemente a la comunidad en su conjunto, por lo que ese incumplimiento es pasible de sancionarse incluso penalmente. Otros pueblos, en cambio, tienden mayoritariamente a legitimar esta conducta, hasta el punto en que el infractor no solamente legitima su propia conducta particular, sino que entiende que el principio general es que la evasión es legítima.

A continuación ensayaré algunas hipótesis tendientes a dar cuenta de las posibles motivaciones de estas actitudes encontradas, frente a las demandas fiscales. Evitaré en la medida de lo posible el empleo de un lenguaje excesivamente técnico, pues es muy probable que usted, estimado lector, se haya mantenido saludablemente ajeno a la jergonza propia de los que provenimos de la sociología jurídica. Obviamente,

como corresponde a un ensayo exploratorio como éste, ha de estar plagado de errores. Pero igual creo que vale la pena aventurarse, pues, en última instancia, quien teme al error desprecia la verdad. Seguramente, de las objeciones y refutaciones que reciba habrán de surgir hipótesis nuevas y más consistentes y quizá alguien, con los conocimientos, inteligencia y experiencia de los que carezco, pueda aportar mejores elementos de análisis a la tan necesaria sociología de las finanzas públicas.

UN POCO DE HISTORIA

El término “tributo” se usa tanto para designar al impuesto como a la ofrenda. El primero tiene su origen en la conquista y la carga que consiguientemente el vencedor impone al vencido. El segundo sentido deriva de esa sensación psicológica originaria de indignancia, “falta” o carencia que lleva al hombre a suturar esa herida existencial efectuando sacrificios a los dioses. En un inicio, el sacrificio se refería principalmente al propio ser humano y luego se fue desplazando hacia otros seres vivientes. Con el surgimiento, la expansión y la difusión del dinero, como instrumento principal de cancelación de las obligaciones, paulatinamente fue desapareciendo este carácter eminentemente sacral del tributo. Los evangelios reflejan un punto de inflexión en este aspecto, cuando Jesús en respuesta a los fariseos indica: “Dad al César lo que es del César y a Dios lo que es de Dios”.

En nuestra América andina, donde la casi totalidad de los indígenas y buena parte de los mestizos no han adquirido una cultura dineraria, no se encuentra una noción de “tributo” asociado a la obligatoriedad de pagar los impuestos al Estado, pero en cambio sí se advierte una disposición continua y constante a ofrendar el tributo a la Pachamama. En una primera aproximación podríamos decir que esta conducta se explica así: “¡Lo bien que hacen! Basta con ver todo lo que les devuelve la Pachamama y lo poco que les da el Estado...”. Sin desmerecer del todo esta explicación, debemos señalar desde ahora que existen otros factores más complejos para entender estos comportamientos. Pero me interesa señalar esa propensión tributaria de las gentes andinas, para contraponerla al extendido prejuicio según el cual los europeos pagan desde siempre sus impuestos porque serían más cultos, educados y, por tanto, más respetuosos de la ley.

Paradójicamente la historia de casi todos los países, en los que hoy sus habitantes tienen una acentuada conciencia tributaria, nos ofrece ejemplos de fortísimas convulsiones derivadas precisamente de negativas a pagar impuestos. Desde la Alemania de Lutero a la Suecia de Gustavo Vasa, el protestantismo encuentra un terreno fertilizado ya desde los tiempos de Wyclif y Zwinglio, con el abono de la negativa a pagar indulgencias, diezmos, anatas y otras contribuciones a la Iglesia. Por su parte, desde

1213 con la Carta Magna y hasta la Gloriosa Revolución de 1688, Gran Bretaña se vio constantemente sacudida por guerras y rebeliones que encontraban en la cuestión tributaria una de sus causas principales. La Independencia de Estados Unidos se origina en la negativa a pagar el impuesto al té. El Rey de Francia tuvo que convocar a los Estados Generales que derivaron en la Revolución de 1789, a consecuencia de problemas fiscales.

En el plano político, todos estos sucesos se inscriben en el marco del proceso de nacimiento y desarrollo de los estados modernos. El tributo se separa de la que, en su origen, fue su razón de ser: el financiamiento de la guerra. Como dice Goldscheid “el Estado solo puede concebirse como fenómeno jurídico después de haberlo entendido como fenómeno militar, esto es, como fenómeno financiero muy especial”. Concordantemente, Niall Ferguson muestra en su obra *Dinero y Poder* “cómo el ímpetu principal del desarrollo del Estado como institución fiscal ha venido, hasta muy recientemente, de la guerra”. Al paso, me atrevo a preguntar si puede establecerse alguna relación entre la bajísima tasa de conflictividad bélica interestatal, que ostenta Latinoamérica, con la dificultad de los estados de la región en recaudar impuestos. En efecto, los pueblos latinoamericanos no se destacan particularmente por elegir la negociación o el derecho, para resolver sus conflictos individuales, grupales o sectoriales. No obstante, América Latina es una de las regiones del mundo en la que ha habido menos guerras entre estados desde su independencia. Esto es particularmente evidente si se compara la historia latinoamericana con la europea desde 1810 en adelante.

En el escenario económico, este desarrollo del Estado moderno que paulatinamente va aplicando el producto de la recaudación impositiva a otros menesteres, amén del sostén de la maquinaria guerrera, se corresponde con el ascenso de la burguesía y –concomitantemente– con una forma de estratificación social en la que el dinero acumulado es más importante que el color de la piel o que el apellido, a la hora de definir la posición social del sujeto. En el ámbito de la legitimación, esto se vincula con la retirada de la religión al plano individual, abandonando su rol de principal regulador de las conductas y comportamientos sociales.

Si bien estos factores son comunes al surgimiento y consolidación de la llamada “modernidad” en todo occidente, no obstante adquiere desde su origen ribetes particulares que de algún modo condicionarán el desarrollo ulterior del capitalismo.

En efecto, podemos distinguir tres tipos distintos de capitalismo según sus diversos orígenes:

- a) *Capitalismo solidario o continental*: Si trazamos una línea imaginaria que una Bilbao, Barcelona, Roma, Viena, Estocolmo y de vuelta a Bilbao, encontramos una burguesía heredera de los artesanos y productores agrupados en los gre-

mios o gildas medievales. Estos gremios recibían aportes de esos artesanos y productores, conformando así un fondo común con el que afrontar las necesidades de auxilio económico que pudiese tener alguno de sus miembros o sus familias. Si a un panadero se le incendiaba su panadería, el gremio lo socorría dándole el dinero necesario para reconstruirla, y si se enfermaba gravemente o moría, su viuda sería mantenida por la guilda hasta tanto su hijo mayor pudiese hacerse cargo. Desde la Grand Platz de Bruselas hasta la Piazza della Signoria en Florencia, toda Europa continental conserva testimonios arquitectónicos del prestigio y poder acumulados por esos gremios. Claro que esta solidaridad no se hacía extensiva automáticamente a los varones en condición de trabajar pero sin posibilidad de acceder al empleo. Esa “conciencia social” es algo que irá llegando con el tiempo y las necesidades de la burguesía, generando nuevas mutaciones en la recaudación fiscal y en la constitución del gasto público, como lo explica Robert Castel en *La Metamorfosis de la Cuestión Social*.

- b) *Capitalismo individualista o anglosajón*: Siempre los anglosajones tuvieron una actitud más individualista que los europeos continentales. Umberto Eco resume magistralmente esta mentalidad en *El nombre de la rosa*, haciéndole decir a Adso de Melk, refiriéndose a las ideas del británico Guillermo de Baskerville: “ya otras veces le había escuchado hablar con mucho escepticismo de las ideas universales y con gran respeto de las cosas individuales, e incluso, más tarde, llegué a pensar que aquella inclinación podía deberse al hecho de que era británico (...)”. Este suelo será propicio para que germine el nominalismo con Ockham en el siglo XIV y el empirismo con Bacon en el XVII. Obviamente, será también propicio para que Mr. Lloyd inicie su actividad aseguradora a partir de jugar apuestas en su *pub* con los armadores de buques, dando origen al tipo de seguro “de casino” que hoy se ha impuesto en el mundo. Vale recordar que algunas de estas ideas fueron expuestas en *Capitalismo contra Capitalismo*, el polémico estudio de la diferencia entre ambos capitalismoos efectuado por Michel Albert a comienzos de los noventa.
- c) *Capitalismo prebendario o iberoamericano*: Como veremos en seguida, en los dos casos anteriores fue la burguesía la que ayudó decisivamente a consolidar las monarquías fuertes que ejercieron el poder público en toda Europa, dando origen al Estado Moderno. En cambio, en España fue una corona fortalecida por la expulsión de moros y judíos, la uniformidad lingüística y religiosa y –fundamentalmente– enriquecida por el oro y la plata procedentes de América, la encargada de dar origen a una burguesía configurada por una extensa burocracia administrativa y judicial. A su vez, esa burguesía era retroalimentada con las prebendas obtenidas por los estamentos eclesiásticos y militar, también

dependientes de la Corona. La economía española no se caracterizó por el fomento del comercio o la industria, sino por la extracción minera (recorremos que el subsuelo era parte del dominio eminente de la Corona) de cuyo fruto dependía –reitero– una burguesía que nació y creció medrando con las prebendas otorgadas por el Estado.

Naturalmente, como ocurre con toda hipersimplificación, al mencionar tan solo los rasgos principales, dejamos de lado una cantidad tal de factores que la realidad queda deformada. Es decir, hemos hecho una caricatura; pero si la caricatura está bien hecha, ella remite a un original reconocible. Esta caricatura, creo, nos permite entender un poco mejor algunas cosas. Por ejemplo, nos da otra mirada acerca de por qué aún Europa continental se debate por mantener un capitalismo preocupado por evitar el ensanchamiento de la brecha entre los que más tienen y los que menos tienen, lo que se evidencia, por ejemplo, en la extensión de la seguridad social, seguro de desempleo, etcétera. En el plano impositivo, es llamativo el consenso existente entre los tratadistas alemanes, franceses, españoles o italianos acerca de la importancia de garantizar la “justicia tributaria” y la progresividad fiscal como una de sus manifestaciones más relevantes. Incluso, la producción más reciente de la dogmática jurídica continental muestra una muy escasa preocupación por fundamentar el principio de progresividad. Tan extendido está que se lo acepta como algo “natural”, “dado” y que no puede ser de otra manera.

En cambio, en los países anglosajones nunca se aceptó la progresividad –ni aun la proporcionalidad– tan pacíficamente. El liberalismo manchesteriano en el siglo XIX, el impuesto por capitación que intentó implantar Margaret Thatcher o el Estado mínimo propuesto por Nozick y, de algún modo, impulsado por Reagan y los Bush, son ejemplos elocuentes de las consecuencias de la señalada mentalidad individualista.

Como se sabe, Nozick planteó en *Anarquía, Estado y Utopía* (obra insoslayable para comprender la mentalidad libertaria individualista que anima a buena parte de la derecha republicana estadounidense) que resulta perverso gravar con mayores impuestos a quien más tiene. Argumenta que los ricos –en el contexto de un Estado que solamente se ocupe de garantizar la seguridad física y jurídica– son los que más le brindan a la comunidad, en términos de empleo (p. ej. el presidente de un banco o de una industria automotriz), innovaciones (Bill Gates), diversión (estrellas del cine o del deporte), etcétera. En cambio, un pobre normalmente no le da a la comunidad nada que a ésta le importe y por eso ésta no le retribuye. Así las cosas, nada más justo que sumar todo lo que el Estado debe gastar anualmente en mantener la seguridad física y jurídica y dividirlo por la cantidad total de habitantes. Entonces, cada uno debería pagar exactamente lo mismo que los demás. Obviamente no es este el lugar adecuado para refutar estas ideas. Mi único interés acá es señalar las agudas diferen-

cias de percepción de la sociedad y de los deberes y derechos inherentes a la vida en comunidad, en uno u otro contexto sociocultural.

Por otra parte, tanto en el caso del capitalismo individualista como en el solidario, el empresario percibe al Estado como un instrumento para expandir y enriquecer a su empresa, ayudándolo a conseguir nuevos y mejores mercados, ya sea conquistando territorios, corrompiendo funcionarios de otras latitudes o manteniendo un eficiente sistema de fomento y promoción de las exportaciones.

En cambio, en el caso del capitalismo prebendario el empresario percibe al Estado como un protector a quien acudir para expandir su propia fortuna personal. Es paradigmático el caso de muchos empresarios argentinos: cuando el Estado les provee divisas baratas (Martínez de Hoz, Cavallo) en lugar de adquirir bienes de capital, gastan sus ahorros en Miami o realizan inversiones meramente especulativas y mientras tanto reclaman protección frente a las importaciones. Cuando la divisa alcanza un nivel óptimo que les genera pingües ganancias en pesos, se quejan por los impuestos, retenciones y otros instrumentos que emplea el Estado para captar recursos. Obviamente hay muchas y muy saludables excepciones y resulta injusto generalizar, pero es evidente que hay una tendencia a reiterar esas conductas por parte de una parte que quizá no sea mayoritaria, pero sí significativa, de nuestro empresariado.

Por último, el hecho de pagar impuestos tiene, entre otras funciones, la de contribuir decisivamente a gestar una conciencia de ciudadanía, de pertenencia a una sociedad y a un Estado. Por eso es tan importante generar mecanismos simples y eficaces para que todos puedan pagar sus tributos. Incluso aunque el mecanismo de recaudación resulte tan oneroso como lo recaudado, es fundamental que cada habitante cumpla con algún tipo de obligación tributaria perceptible como tal, más allá del IVA. En este sentido, la economía informal juega, en el terreno de las creencias, un papel sumamente disvalioso pues ralentiza la toma de conciencia ciudadana por parte del que se mueve en ese medio.

ESTRATIFICACIÓN SOCIAL Y EQUIDAD

Si vale la pena insistir en el rol fundamental que cumplen los organismos de recaudación fiscal en la constitución de ciudadanía es porque es posible quebrar fallas inerciales que nos vienen dadas desde hace siglos. Es preciso tener en cuenta que la historia no crea “esencias”. No hay una razón metafísica inmodificable para que los latinoamericanos estemos condenados a un capitalismo prebendario o a tener la conducta tributaria que tenemos. Lo que estoy exponiendo son tendencias, y las tendencias no erradican la libertad de los pueblos para reinventarse, cuando ello es

imprescindible para su propia supervivencia. Pero esa reinención no puede hacerse *ex nihilo*. La historia de la humanidad es la historia de los cambios y continuidades, las rupturas y las permanencias de los hombres y mujeres que con éxitos y fracasos, con aciertos y errores, con gozos y dolores, hicieron posible que en algunas épocas y en algunos lugares el hecho de vivir fuera más grato que en otras.

Creo que, tras lo expuesto, es posible avanzar en la elaboración de algunas categorías de análisis que pueden resultar de utilidad para abordar el estudio sociológico de las finanzas públicas. A continuación, enunciaré algunas de las más relevantes.

En primer término nos referimos a la llamada “estratificación social”. Con esta denominación –que la sociología toma prestada de la geología– se hace referencia a los distintos criterios que emplean las sociedades para ubicar a sus miembros, más arriba o más abajo, en una imaginaria pirámide social. Para algunos, entre los cuales me incluyo, sería deseable que no hubiese en la sociedad diferencias verticales de ninguna índole. Pero hasta ahora la historia de la humanidad no brinda un solo ejemplo de una sociedad de ese tenor, por lo que no queda más remedio que estudiar esos criterios de segmentación por cuanto en este terreno se juega, en no pequeña medida, la percepción que una sociedad tiene de sus propios niveles de equidad. A su vez, como ya hemos señalado, la aceptación social de la penalización de un incumplimiento tributario guarda estrecha relación con la percepción de equidad con que el sistema reparte las cargas impositivas. Hablo siempre de “percepción”, por cuanto la equidad no es un concepto susceptible de ser definido y medido con indicadores universalmente aceptados.

El primer tipo de estratificación es el que habitualmente se conoce como “estratificación por castas”. En él, la pertenencia a un estrato u otro se define por características raciales: el color de la piel, los rasgos de la cara, etcétera. El ejemplo típico es el de la India brahmánica, pero también podemos agregar el de Sudáfrica antes de la presidencia de Mandela, cuando los negros no podían acceder a determinados cargos, empleos o lugares ocupados por blancos. Éste es el sistema más rígido de todos: se nace y se muere indefectiblemente dentro de la misma casta.

Una segunda forma de estratificar es por “estamentos”. Aquí lo que importa es la cuna, la alcurnia, la “sangre azul”; en definitiva: el apellido. En general, las castas y los estamentos tienen su origen en supuestos derechos fundacionales o de conquista. El ejemplo más común de estratificación estamental es el de la Edad Media europea con los nobles y los señores feudales que ostentaban sus privilegios en virtud de su prosapia, derivada de los méritos guerreros de algún antepasado. Hay otros ejemplos más puros de esta forma de estratificación, como el caso de Arabia Saudita, pero son menos conocidos. Más aún, me atrevo a decir que hay muchos más ejemplos históricos y actuales de sociedades que clasifican a sus miembros por el color de su piel,

sus rasgos faciales o su apellido (o sea por castas o estamentos) que por virtud de su riqueza. Pero vamos por partes.

Poco después de la llegada de Colón a nuestras costas, comenzamos a exportar –no muy voluntariamente– a Europa cantidades ingentes de oro y plata. Esto, sumado a ciertos procesos sociales, políticos y culturales que se venían gestando en aquel continente, generó lo que hoy conocemos como el capitalismo moderno (el que a su vez con el andar del tiempo engendraría una serie de instituciones internacionales que reclamarían permanentemente a los países de Latinoamérica el pago de la deuda externa, pero a cuyos directivos jamás se les pasó por la cabeza la posibilidad de saldar la primigenia deuda de Europa con América, ni mucho menos rendir cuentas del uso que hicieron de nuestra riqueza, financiando guerras y explotando pueblos... pero esto es harina de otro costal), y con ese capitalismo moderno gestar una nueva forma de segmentación social en general, denominada “estratificación por clases sociales”. En efecto, la burguesía europea irá paulatinamente ocupando los lugares centrales de la estructura social, desplazando a la nobleza de los puestos de toma de decisiones. Así, el dinero fue reemplazando al apellido y al color de la piel o, dicho de otro modo, se fue convirtiendo en la forma hegemónica de estratificación, aquella que apelaba al conocido principio de “tanto tienes, tanto vales”.

Luego vendría la Revolución Industrial en virtud de la cual se consolidarían algunas tendencias y aparecerían nuevos problemas y nuevas ideas. Pero no nos vamos a detener ahora en ese período, por lo demás acabadamente estudiado por la historia económica y social, sino que vamos a saltar directamente a la actualidad. A partir de las transformaciones acaecidas en el período que va de la crisis del petróleo de 1973 a la explosión tecnoinformática de mediados de los 80, sobrevino el cambio de los modelos clásicos de producción, sobre los cuales en gran medida se había asentado la estructura de clases sociales propia del capitalismo de acumulación. Al ir quedando ahora la producción cada vez más en “manos” de las máquinas, ya no va a resultar tan importante el productor como el consumidor. Por ende, pasa a ser cada vez más importante cuánto se consume, en lugar de cuánto se tiene. La tarjeta de crédito va a empezar a reemplazar a la cuenta bancaria como indicador de prestigio.

Veamos algunos datos que fui relevando ya hace unos años, mientras elaboraba mi tesis doctoral, y que no solo conservan plena vigencia como indicadores, sino que resultan conservadores si se los compara con los que seguramente arrojan las mismas fuentes para el último decenio: entre 1992 y 1996 el número de tarjetas de crédito en circulación aumentó el 83% en Alemania, el 62% en Francia, el 48% en Estados Unidos y el 42% en Italia. Puede argumentarse que esto no indica nada, y que en todo caso, si hay más consumo, ello obedece a que han crecido los ingresos de los habitantes de esas regiones del planeta. Sin embargo, señala el informe de Desarrollo Humano del PNUD de 1998: “hay señales de que los consumidores están ejerciendo

presión sobre sus ingresos para comprar cada vez más, con el consecuente aumento del endeudamiento de los consumidores y la reducción de los ahorros del hogar. El hogar medio norteamericano ahorra solo el 3,5% de su ingreso disponible, cerca de la mitad de la tasa de hace 15 años, y el valor mediano de los activos financieros de los hogares era solo de 13.000 dólares en 1995. Una encuesta hecha en los Estados Unidos señaló que solo el 55% de los hogares había hecho algún ahorro el año anterior. Al mismo tiempo, el endeudamiento ha ido aumentando constantemente durante un decenio, hasta llegar a 5,5 billones de dólares en 1997. Gran parte de ese crecimiento es impulsado por el endeudamiento de las tarjetas de crédito, que se duplicó entre 1990 y 1996. En casi todos los países miembros de la OCDE se han ido reduciendo los ahorros de los hogares”. La misma tendencia se observa fuera del ámbito de la OCDE, que efectuó un análisis detallado de los cambios en la estratificación social en nuestras sociedades y sus impactos en el ámbito de la cultura y de la política en “Tiempos Modernos”, por lo que acá me limitaré a mencionar un solo ejemplo más reciente: el sobreendeudamiento que motivó la actual crisis del mercado inmobiliario norteamericano.

¿Cómo podemos denominar a esta nueva forma de estratificación social? Hasta que alguien encuentre un nombre mejor, propongo mantener el de “clases sociales”, porque en definitiva sigue siendo el dinero lo que marca la diferencia entre un estrato y otro. Pero creo que conviene hacer un agregado para distinguir entre ambas formas de estratificación por clases, y llamar a la anterior “estratificación por clases sociales en razón de la acumulación” y a la nueva “estratificación por clases sociales en razón del consumo”.

El nuevo mercado laboral exige al trabajador cambiar varias veces de empleo y de lugar de residencia, a lo largo de su vida.

Los países europeos occidentales de la Segunda Posguerra, construyeron una sólida institucionalidad democrática como medio de evitar los horrores vividos en la primera mitad de siglo. Entre otros factores, ello fue posible gracias a la estabilidad del empleo, lo que generó que el individuo conviviera con los mismos compañeros de trabajo y los mismos vecinos durante el tiempo suficiente como para ir construyendo una identidad de clase y de partido político, fuera éste el que fuere. En cambio, en el actual contexto de relaciones cambiantes, los vínculos que se generan son meramente epidérmicos, lo que atenta contra la posibilidad de establecer sindicatos y partidos políticos coherentes y consistentes. Evidentemente la calidad institucional se ve resentida, pues ambas instancias (especialmente los partidos) constituyen las mediaciones más idóneas entre el Estado y la sociedad civil. En Europa están sobrellevando con relativo éxito los problemas derivados de estas nuevas realidades, pues su irrupción se produce cuando casi todos los países han llegado a conformar un firme entramado institucional tanto en lo local, cuanto en lo nacional y continental. En

cambio, en nuestros países, esto nos está afectando con más fuerza, pues las sucesivas interrupciones constitucionales impiden la edificación de instituciones fuertes y vigorosas.

Asimismo, estas nuevas modalidades de convivencia hacen que ya no se conozca la historia personal, la trayectoria, del compañero de oficina o del vecino. Lo único que se sabe de él es lo que está dispuesto a mostrar. Por eso, en la estratificación por clases en razón del consumo, muchas veces la persona no consume los bienes o servicios que realmente quisiera consumir, sino que lo hace para mostrar que puede hacerlo, para que de esa manera los demás reconozcan que él ocupa un peldaño alto en la escala social. Entonces, ese sujeto ya no muestra propiamente ni lo que él es, ni lo que él tiene, sino que lisa y llanamente el sujeto *es lo que muestra*. Algo de esto pasa también con el cambio de inclinaciones profesionales de las chicas: las de la generación anterior querían ser actrices de cine (mostraban pero también hacían algo); ahora quieren ser modelos: simplemente *se* muestran. Esta tendencia, a su vez, se ve alentada por los medios audiovisuales, particularmente por la televisión. No son los programas de concursos, sin ningún contenido sustancial, los que trivializan a la sociedad, sino que es una sociedad trivializada a escala global la que consume esos programas: otro desafío, y no menor, a los intentos de mejorar la calidad institucional.

Paralelamente, estos cambios inciden en la crisis del Estado moderno, pues un nuevo tipo de gente tiene nuevos problemas y reclama nuevas soluciones. El mismo ordenamiento institucional que servía frente a los reclamos de una sociedad estratificada en clases en razón de la acumulación, hoy no está en condiciones de satisfacer las nuevas demandas.

Sobre esto hablaremos en el punto siguiente. Pero antes quisiera llamar la atención sobre el mote de “regresivo”, con el que se califica a los impuestos indirectos en general y al IVA en particular. Creo que esa regresividad obedece a la uniformidad de la alícuota que pesa sobre todos los productos gravados por ese impuesto. Mas las nuevas realidades nos exigen hacer un esfuerzo de imaginación y pensar qué pasará si se gravan diferencialmente productos dirigidos a públicos con distinto poder adquisitivo. Pienso que las nuevas realidades socioculturales nos tienen que hacer repensar los conceptos clásicos de progresividad y regresividad.

Veamos un ejemplo sencillo: el señor González tiene un taller de confección de camisas en Lanús. Algunas las vende con una marca propia y otras las vende a empresas de renombre con locales en los centros comerciales más conocidos. La misma camisa marca “González” que él vende a sus escasos clientes directos a \$ 100, las vende una conocida marca para clase media a \$ 150. Con alguna pequeña diferencia de confección y –obviamente– con el logo de una marca “sofisticada”, esa

misma camisa se vende a \$ 200. Pregunto: ¿es razonable que en los tres casos se tribute el 21%? ¿Por qué no gravar con el 15, el 20 y el 25 cada tipo de camisas? Además de una mayor equidad tributaria, esto tiene también un interesante efecto extrafiscal al bajar los precios de los productos dirigidos a los sectores de menores recursos, compensando al fisco con el mayor ingreso que provendría de los bienes gravados con el 25%. La implementación de un esquema de este tipo generaría algún inconveniente en la traslación del IVA, ya que solamente se podría imponer la alícuota respectiva al consumidor final, pero las nuevas tecnologías informáticas permiten imaginar un software que elimine o, al menos, minimice esta dificultad.

En líneas generales, se puede plantear que, si la nueva forma de estratificación social se basa en el consumo y no en la acumulación, no parece muy justo seguir pensando que los bienes que se poseen son el principal indicador de capacidad tributaria. En efecto, no parece justo que una viuda propietaria de su casa y dos locales, que le quedaron del duro esfuerzo que hizo con su marido para poder ahorrar “en ladrillos” y asegurarse el futuro cobrando un par de alquileres, tribute prácticamente lo mismo que un financista que cuenta con un ingreso muy superior, pero que todo lo que gana lo gasta en aquellos bienes o servicios que marcan su *status* social y que a menudo contrata un estudio jurídico contable para que lo asesore acerca de cómo eludir –e incluso evadir– sus obligaciones tributarias.

Se trata por tanto de aumentar la presión tributaria, no sobre los bienes o servicios en sí mismos, sino sobre los símbolos de pertenencia a un sector social. De esta suerte, el IVA pasaría a ser un impuesto acorde a los cánones de equidad y progresividad tributaria.

ESTADO, SEGURIDAD Y LEGITIMACIÓN DE LOS TRIBUTOS. LA CRISIS DEL PRINCIPIO DE RESERVA DE LEY

Ahora sí, llegados a este punto, quisiera hacer referencia a un tema más general, pensando siempre en el aporte de la Sociología Jurídica al estudio de los condicionantes políticos y sociales del cumplimiento tributario.

Retomando el análisis de la genealogía de nuestras modernidades, pero ahora desde una perspectiva más estrictamente sociológica, podemos decir que el Estado moderno surge como consecuencia de la demanda de seguridad, formulada por una sociedad estratificada en clases sociales.

En cierto sentido, esto se vincula al paso de lo que el filósofo italiano Espósito plantea con el paso de la *communitas* a la *immunitas*, pero creo que, en nuestro medio, resulta más adecuado sugerir que, si hubiera que elegir una sola palabra para

definir a la modernidad, debería ser la palabra “seguridad”. En una primera etapa se entiende en tres niveles:

a) Como *seguridad militar* en las tierras y los mares, a partir de la demanda de la burguesía para poner fin a las facciones armadas que generaron en Europa las guerras de religión, para evitar incursiones de rapiña y piratería y proteger y consolidar el dominio sobre las colonias extracontinentales, lo que llevó a la creación de ejércitos y flotas profesionales y permanentes.

b) Como *seguridad ciudadana* o policial. En la estratificación estamental, basada en la posesión de la tierra o del apellido, estos pueden ser usurpados pero no robados. En cambio, si lo que marca el lugar que se ocupa en la sociedad es la posesión de dinero y bienes muebles, como estos son susceptibles de ser robados hará falta crear cuerpos especiales encargados de combatir a los ladrones y una legislación penal que deje de poner el foco en la punición de brujas y herejes para centrarse en los delitos contra la propiedad y contra la vida.

c) Como *seguridad jurídica*, pues el comercio y la industria a gran escala solo pueden desarrollarse si los actores saben a qué atenerse y pueden prever qué pasará si se violan los términos de alguna negociación. No alcanza con algunos preceptos inmutables, ni con la aplicación del buen juicio de algún anciano sabio, para resolver un conflicto puntual. Aparecen así las leyes y los tribunales modernos.

Policía, ejércitos, legisladores y jueces son los pilares del Estado Moderno. Al principio, los mercaderes, los industriales y los financistas (figuras centrales en la estratificación por clases sociales) aceptaron un gobernante que garantizara estas seguridades, aunque no surgiese de sus propias filas: el monarca absoluto capaz de imponer orden por sobre la nobleza y las facciones religiosas. Pero con el correr del tiempo pretenden que sus representantes directos ocupen el centro de la escena política, designando presidentes o primeros ministros elegidos por ellos atendiendo –al menos en teoría– a su capacidad para gobernar y no a su apellido.

d) Como *seguridad social*. Más adelante aún, cuando la burguesía deje de ser eminentemente comercial y las industrias crezcan cualitativa y cuantitativamente, hará falta una nueva seguridad para contener pacíficamente las demandas y necesidades materiales de la población trabajadora. Surge así, ya en tiempos de Bismark, la cuarta seguridad: me refiero, claro está, a la *seguridad social* que a la larga llegará casi a identificarse con el Estado de Bienestar.

Todo esto requiere un Estado con arcas aptas para afrontar el pago de los recursos materiales y humanos necesarios para brindar estas seguridades. Naturalmente, la principal fuente de esos recursos es la recaudación fiscal. Se da entonces una suerte de contrato, en razón del cual el súbdito primero, y el ciudadano después, pagan sus impuestos para mantener esa estructura cuya creación él mismo demandó. A su vez,

al pagar, se siente de algún modo parte e incluso “dueño” de esa estructura que contribuye a sostener. Esto está en la base de la reconstrucción institucional de la Europa de posguerra, así como en el armado institucional de países como Canadá, Australia, Estados Unidos o Nueva Zelanda.

Como vimos en la primera parte de este trabajo, este análisis del origen del Estado y de la burguesía vale para Europa, e incluso para Estados Unidos y los mencionados países del Commonwealth, pero no para América Latina. En efecto, como sugerí más arriba, en nuestros países se vivió un proceso inverso: hasta bien avanzado el siglo XIX no hubo genuina burguesía comercial, industrial o financiera; apenas unos cuantos comerciantes, algunos profesionales y varios contrabandistas. Recién a partir de políticas definidas desde los Estados comenzaron a gestarse clases sociales propiamente dichas en algunas regiones (como el corazón del Mercosur, constituido por el corredor que bordea el Atlántico desde Río de Janeiro hasta Bahía Blanca, o como el caso de algunas ciudades como Monterrey en México o Valencia en Venezuela), pero aún hoy sigue siendo la estratificación estamental muy importante en amplios territorios del continente, especialmente en la región andina. En otras palabras, en Latinoamérica la estratificación por clases sociales es producto de una decisión de los Estados y no al revés, como en Europa o en Estados Unidos. Esto va a generar como consecuencia una relación de ajenidad entre la gente que no ve al Estado como algo propio y el Estado, cuyos gestores no se sienten *mandatarios* de esa sociedad, sino *mandantes*. Esto no ha de contribuir a consolidar la idea de que todos se benefician acatando la ley, que es la manifestación de la voluntad del Estado. Así se profundiza una tendencia que viene desde los albores de la conquista. Cuando los indígenas, alertados por los misioneros acerca de sus derechos consagrados en la legislación indiana acudían a los jueces para reclamar la aplicación de tales leyes, estos les contestaban con lo que fue la primera pauta interpretativa elaborada en estas tierras: “La ley se acata pero no se cumple”. Difícilmente pueda luego pretenderse que los indígenas se sientan particularmente motivados para cumplir con la ley. Algo similar ocurrió con los esclavos traídos desde el África y sus descendientes. No debe olvidarse que, en América Latina, lo “popular” consiste en la emergencia caótica e imprevisible del sustrato cultural resultante de la combinación de lo indígena y la negritud.

Asimismo, la protoburguesía prebendaria que se fue desarrollando en estas playas a lo largo del siglo XVIII se ve sometida a leyes que reprimían duramente el contrabando. Estas leyes fueron promulgadas por la corona española, imitando la tendencia propia de la época en Francia, Holanda y Gran Bretaña. Pero claro, en aquellos países había una burguesía productiva que le reclamaba al monarca protección para su industria. En cambio, en nuestros países no había desarrollo industrial de ninguna índole, por lo que no había ninguna industria *stricto sensu* que proteger. Por ejemplo:

los paños holandeses podían satisfacer la demanda de su mercado local tan bien como los paños franceses y mejor que los ingleses. En cambio, nuestros tejidos eran de inferior calidad, de acuerdo con los cánones de los estratos más aventajados. Entonces, la norma era vivenciada como absurda y, por consiguiente, el estraperlo era considerado una actividad ilícita pero legítima. Como se advierte, por cuestiones de espacio, estoy simplificando al máximo. Un muy buen análisis de estos temas los realizan John Nef y, en nuestro medio, Aldo Ferrer, en los trabajos que cito en la bibliografía.

En el caso particular de la Argentina, además, hay que tener en cuenta que sobre ese sustrato cultural se asentó, a partir de la segunda mitad del siglo XIX, una inmigración europea que, como toda migración, encontró serios problemas para adaptarse a la legalidad de la nueva tierra, pues esta legalidad no tenía las raíces históricas y culturales en las que el migrante nació y recibió su primera socialización.

Esto se va a retroalimentar con los golpes de Estado: se da el golpe pues no es tan importante respetar la legalidad, y como la legalidad es rota por el golpe, la población ve a la ley como algo aún más ajeno.

Obviamente esto es una generalización, que como tal admite algunas excepciones. El caso chileno es una de ellas. Ese país tuvo desde un principio un ejército nacional en lugar de los ejércitos de facción propios del resto de nuestros territorios, y tuvo también una burguesía vinculada por lazos de sangre y de intereses a la aristocracia. Esta relación burguesía-aristocracia-ejército-Estado se vio fortalecida tras la victoria de las armas chilenas en la guerra del Pacífico y explica en parte la situación atípica de Chile con respecto al resto de la región.

De todos modos, excepciones al margen, en nuestros países no se generó una sólida cultura tributaria fiscal; por tanto, se dificultó la gestación del concepto de pertenencia a la comunidad política denominado “ciudadanía”.

Hoy este concepto es sujeto a una profunda revisión. En parte, ello obedece a la emergencia de un nuevo escenario internacional que está resignificando el rol y el lugar de los Estados. Dejo para otra ocasión la consideración de las consecuencias tributarias de esta nueva realidad. Por ahora, me limito a señalar la necesidad de pensar en la eventual asunción de una suerte de potestad tributaria por parte de las Naciones Unidas en virtud de la cual, por ejemplo, puede imponerse el gravamen a los flujos de divisas conocido como “Tobin Tax”.

Sí, en cambio, voy a retomar brevemente el análisis de las consecuencias tributarias que tienen, al interior de los Estados, las nuevas formas de estratificación social, en las que el gasto reemplaza a la acumulación. Este nuevo modo de estratificación, como señalamos más arriba, es consecuencia del desarrollo de las tecnologías pro-

ductivas e informático-comunicacionales y su relación con las necesidades y demandas del mercado.

En efecto, la incorporación de esas tecnologías incrementó superlativamente los índices de productividad, generando un aumento del desempleo y —a la vez— una incentivación del consumo de productos con un mayor valor agregado, a fin de sostener el aparato productivo. Una de las consecuencias sociológicamente más relevantes de esta incentivación del consumo ha sido la promoción del trabajo de la mujer fuera de casa, con una doble finalidad: conseguir un doble ingreso salarial en el hogar y, a la vez, inducir a la mujer a tener menos hijos. En función de ello, decrece el consumo de bienes primarios o con escaso valor agregado, característicos de una familia numerosa (alimentos simples e indumentaria sencilla) y crece la demanda de los bienes y servicios complejos. Obviamente, una madre de familia con diez hijos, difícilmente pueda tener tiempo para otra cosa más que para cocinar, coser y atender a los críos, y seguramente no podrá ahorrar como para comprar, ni menos aún para cambiar frecuentemente el automóvil, el equipo de audio o la televisión, ni para abonarse a un proveedor de internet o tomar clases de gimnasia. Paralelamente, al llevar una vida fuera de casa, la mujer tiene ahora más posibilidades de encontrar una pareja de su misma condición sociocultural. Claro que esto vale también para el varón. Ergo, varones y mujeres, casados y solteros, tienen grandes posibilidades de conocer a otros y otras personas, lo que aumenta las posibilidades de formar una nueva pareja cuando la actual no satisface las expectativas de alguno de los esposos.

Por otra parte, las complicaciones que acarrea una estructura como la familia tradicional, en orden a las exigencias del nuevo mercado de trabajo, disuaden a muchos jóvenes no solo de institucionalizar su convivencia, sino incluso de la misma idea de vivir en pareja. Sumemos que ya ni la industria ni los ejércitos requieren las cantidades ingentes de hombres que requerían desde la revolución industrial y hasta los ochenta (o, si se prefiere, desde las guerras napoleónicas hasta Vietnam); por tanto, dejan de ser socialmente condenadas las prácticas sexuales no reproductivas. Homosexualidad, masturbación, control de natalidad, etcétera, son comportamientos cada vez más aceptados, especialmente en los conglomerados urbanos complejos.

Todo esto que acabamos de describir plantea un quiebre en las formas tradicionales de concepción de la familia. Precisamente la versión burguesa de organización familiar ha sido por antonomasia el ámbito de transmisión de la idea de respeto a la ley. Como ya dijimos en el capítulo anterior, en los países europeos y en los Estados Unidos, estos cambios operan en medios sociales en los que las instituciones están arraigadas y el respeto a la ley está firmemente asentado en las conciencias ciudadanas. Pero en América Latina estos cambios se producen precisamente cuando nuestras sociedades están comenzando a consolidar sus instituciones democráticas.

Por otro lado, la creciente inestabilidad laboral obliga a hombres y mujeres a cambiar frecuentemente de empleo. Ello implica cambiar de oficina o de fábrica o establecerse por cuenta propia y, en consecuencia, cambiar de compañeros de trabajo o quedarse solo, como el quiosquero o el taxista. Muchas veces, implica también cambiar de barrio, de ciudad o incluso de país. Sabido es que, en gran medida, la subjetividad se construye a partir de la mirada de los demás. Pero cuando “los demás” (la pareja, los vecinos, los compañeros de trabajo) cambian constantemente, se dificulta la construcción de una subjetividad integrada.

Todo lo cual genera nuevos problemas o agudiza otros preexistentes hasta niveles que ponen en jaque la legitimidad misma del Estado. Así, quienes quieren resolver el déficit de integración de su personalidad a partir de la búsqueda de una supuesta “esencia” identitaria, suelen adherirse a fundamentalismos de distinto signo, cuyo denominador común es la oposición frontal a la institucionalidad característica del Estado de Derecho. A su vez, para combatir las manifestaciones más violentas de esos fundamentalismos algunos estados tienden a resignar el respeto integral a los derechos humanos, por lo que pierden legitimidad a la vista de una parte importante de la ciudadanía.

Por otra parte, los niveles de producción industrial necesarios para satisfacer la demanda de bienes materiales, derivada de la compulsión al consumo conspicuo, generan impactos ecológicos que trascienden las posibilidades de actuación de los estados nacionales e, incluso, de los bloques regionales. El mercado olvida que no todo puede ser consumido y que no todo puede ser producido. Pero el mercado es más fuerte que muchos estados. Al menos, eso es lo que parece en vista, por ejemplo, de la dificultad para conseguir que Estados Unidos se adhiera a los protocolos de Kyoto y que Europa Occidental respete en la práctica –y no solo en el discurso– los compromisos ecológicos asumidos.

También se cuestiona la legitimidad del Estado en razón de su incapacidad para dar respuesta a la creciente inseguridad ciudadana con los instrumentos actuales. Si, tal como decíamos unas páginas más atrás, el hombre es lo que muestra y eso acontece en un marco social tan dinámico en el que nadie conoce la historia ni la trayectoria de su vecino (quien cambió de barrio, de ocupación y de pareja varias veces) sino que solo sabe de él qué marca de ropa usa o qué modelo de auto tiene, es muy difícil prevenir la tentación de incurrir en conductas corruptas. Todavía tratamos de combatir estas conductas con instituciones diseñadas para enfrentar la corrupción en sociedades estratificadas por clases sociales en razón de la acumulación, en las que la gente trabajaba toda su vida en la misma empresa, vivía en el mismo barrio y difícilmente cambiaba de cónyuge. Es el precio a pagar por vivir en una sociedad con una altísima tasa de movilidad social, especialmente del medio hacia arriba de la pirámide.

¿Y qué ocurre del otro lado de la pirámide social? Creo que es más sencillo entender esta cuestión con un ejemplo:

Juana se vino hace ya un década desde un pueblito del norte con Claudio, su hijo de cuatro años. Desde entonces, Claudio ya cambió tres veces de barrio y otras tantas de colegio, al que ya no asiste más. Juana, por su parte, cambió un par de veces de pareja y actualmente ni ella ni su compañero tienen trabajo. El sábado pasado, Claudio invitó a salir a Emilia, la chica que vive en el piso de arriba del monoblock de Fuerte Apache, pero ella le dijo que no podía porque no se sentía bien; sin embargo, un rato después Claudio la vio salir con otro chico, un poco mayor que él y que usaba zapatillas Nike y una campera Adidas. La televisión, la radio, los vecinos, todos le dicen que “para ser alguien tenés que tener cosas caras y mostrarlas. Si no, no existís”.

¿Es de extrañar que Claudio busque en una pandilla violenta la contención y el reconocimiento que no encuentra en otro lado? ¿Es de extrañar que Claudio piense que lo importante es tener bienes materiales sin importar cómo se consigan? No. Lo que sí es de extrañar es que haya tantos chicos en la situación de Claudio que respetan la vida, la honra y la propiedad de los demás.

En otros términos, es lógico que se incremente la tendencia a apoderarse de lo ajeno en una sociedad que plantea el consumo como pauta básica de estratificación, en el marco de la disolución de las estructuras de contención y de transmisión de la noción de respeto a la ley vigentes durante la modernidad: familia biparental monógama y permanente, vecinos y compañeros de trabajo estables, etc. La consecuencia obvia es un incremento de la propensión al delito de todos los sectores sociales, privilegiando la violencia física los de abajo y la violencia moral o simbólica los de arriba.

Mencionemos algunas consecuencias de esto en el plano de las finanzas públicas:

1. en Europa continental: mantenimiento de a) los subsidios agrícolas para ralentizar las migraciones del campo a la ciudad y b) de los subsidios al desempleo y del aparato de seguridad social para sostener una sociedad relativamente integrada; no obstante, el fenómeno migratorio está poniendo en entredicho la continuidad de estas políticas.
2. en el ámbito anglosajón: transferencia de recursos al sistema carcelario represivo y a la estructura de seguridad policial y militar; sin embargo, las altas tasas de delictividad violenta plantean serias dudas sobre la eficacia del modelo.
3. en el ámbito del capitalismo prebendario: insuficiencia del aparato estatal para dar respuesta a las demandas de seguridad física y jurídica y consecuente círculo vicioso: el ciudadano se pregunta para qué pagar impuestos a un Estado

que no da respuesta, y el Estado tiene entonces menos recursos para afrontar esas demandas.

Al hablar de insuficiente seguridad jurídica no me refiero solamente a la cuestión penal. En efecto, se le exige a un juez de familia que dé respuesta a los nuevos conflictos familiares con instrumentos caducos: leyes que no reflejan las situaciones actuales y una formación jurídicista que no incluye una adecuada capacitación en materias tales como psicología, sociología o antropología. Se le exige a otro juez que resuelva complejos delitos informáticos cuando a duras penas sabe cómo contestar un correo electrónico. Esta complejidad desborda también al legislador, que termina delegando en expertos que nadie eligió, y que muchas veces nadie conoce, las decisiones finales en materias de creciente dificultad como telecomunicaciones, transportes o energía. Todo esto se enlaza con la crisis de la representación, concepto desde un inicio ligado al principio de reserva de ley que fundamenta la potestad tributaria del Estado. Asimismo, resulta indispensable tener en cuenta estos factores para el diseño de una estrategia de (re)legitimación de la estructura tributaria.

CONCLUSIONES

Todo hecho social relevante reconoce motivaciones múltiples y complejas. Acá me he limitado a señalar algunas, con el exclusivo propósito de llamar la atención acerca de la necesidad de encarar un estudio serio, profundo y sistemático de las conductas sociales referidas al fenómeno tributario. Pero un análisis de ese tipo no estaría completo, si a la vez no abordara también el estudio de la contrapartida de los ingresos públicos: me refiero al gasto y la inversión estatal.

Tradicionalmente nuestros países resolvieron el problema de la actitud remisa de los pueblos, frente al cumplimiento de las obligaciones tributarias, apelando a la emisión monetaria o al empréstito. La actual situación macroeconómica muestra la inviabilidad de seguir insistiendo con esos mecanismos. Pero no será posible transformar actitudes tan arraigadas de un día para el otro.

La ley no tiene carácter autoejecutorio, pero sí tiene un carácter pedagógico, y *si la norma es vista como justa y razonable por un segmento suficientemente amplio de la sociedad*, el castigo al que la viola produce un efecto educativo que a la larga genera importantes transformaciones en las conductas colectivas. Pero subrayo que para ello, la norma debe ser vista como *justa y razonable*. Es decir, debe ser vivenciada como *legítima*. Hoy ya no se vivencia una norma como legítima por el solo hecho de haber sido dictada por la autoridad competente, empleando los mecanismos formalmente correctos. Hace falta algo más. En el caso de los tributos, la legitimación ha de venir por el lado del gasto público.

Por cierto, es fundamental que el *quantum* del tributo sea susceptible de ser pagado sin afectar gravemente la actividad que genera la renta. También es fundamental la percepción social de que el impuesto es pagado por todos los sujetos que se hallan en la misma categoría y que no hay una cantidad importante de evasores. Ésta es, a mi juicio, una de las principales razones sociológicas sobre las que se puede legitimar el impuesto. Particular importancia reviste, en este orden, el Derecho penal tributario. Este no puede nunca convertirse en un mero instrumento de recaudación fiscal. Lo que está en juego es algo mucho más grave para los intereses de la ciudadanía. En este punto resulta de particular interés institucional el estricto cumplimiento de la ley 24.769. La misma, al tipificar evasiones tributarias o de seguridad social de montos elevados, otorga al decisor judicial la posibilidad de enviar un doble mensaje muy audible hacia el ciudadano común, que nunca habrá de evadir por esas cifras: por un lado, está el clásico carácter ejemplificador de sancionar a un “pez gordo”, pero, sobre todo, envía una clara señal de que todos estamos en el mismo barco y que todos debemos realizar un esfuerzo a favor del todo social, contribuyendo así decisivamente a combatir el arraigado prejuicio según el cual “en este país nadie hace la plata trabajando” y “los únicos que pagamos somos los giles que laburamos”.

Pero, reitero, esto ya no alcanza: es imperioso que el contribuyente vea los resultados de su esfuerzo fiscal. Por eso creo que la nueva disciplina, cuya creación estoy proponiendo, no debe llamarse –como pensé en un inicio– “sociología tributaria” o “sociología de la tributación fiscal” sino “sociología de las finanzas públicas”, pues esta denominación engloba tanto al proceso de obtención de los recursos fiscales como al uso que de los mismos hace el poder público. En tal sentido, hago mía la recomendación que cito al comienzo de este ensayo: *La sanción penal tributaria tendrá carácter de último recurso del Estado cuando éste asegure a través de una legislación clara y precisa un control igualitario y general, así como la correcta gestión del gasto público.*

El principal desafío de la hora es cómo afrontar la fragmentación social, el individualismo extremo y las inequidades oprobiosas en el marco del más absoluto respeto a las instituciones. No se trata solamente de hacer que los pobres tengan acceso a un mayor consumo, sino de disminuir la brecha entre los que más tienen y los menos favorecidos. La pobreza absoluta degrada al individuo, pero la pobreza relativa degrada a la sociedad. Y la concentración de la propiedad no se combate propugnando la eliminación de la propiedad privada, sino posibilitando el acceso de todos a niveles equitativos de participación en la riqueza global. Una sociedad justa es una sociedad en la que la vida y las instituciones alcanzan un nivel óptimo de calidad. Vaya un botón de muestra: hemos hablado de la calidad de nuestro sistema de seguridad policial, y sabemos que una vida de calidad, entre otras cosas, requiere un amplio grado de libertad frente al peligro de verse afectado por el delito violento.

Pues bien, la Argentina de los años cincuenta tenía una de las tasas de homicidios más bajas del mundo, comparables a las de Suiza de aquel entonces. En esos años, el asalariado participaba con el cincuenta por ciento del PBI...

Hoy el Estado tiene en sus manos dos herramientas formidables para afrontar estos desafíos: la educación y el sistema tributario, cuestiones que guardan un vínculo más fuerte del que pueda percibirse a simple vista. No se trata de aplicar en estos ámbitos recetas formuladas por expertos en un escritorio, sino de abrir las puertas a la participación genuina de la comunidad. Este mismo concurso es un saludable ejemplo de una creciente toma de conciencia, por parte de todos nosotros, acerca de la importancia de debatir seriamente estas cuestiones. Está naciendo así una razonable expectativa de transformación de la realidad imperante, hacia una sociedad que brinde a cada uno de sus miembros la posibilidad de desplegar plena y libremente sus potencialidades como persona.

Para que esa expectativa no se vea frustrada, es necesario recordar que la insistencia en el cumplimiento de las obligaciones tributarias contribuye decisivamente a formar una conciencia ciudadana, fundamento, a su vez, de una mayor calidad institucional. Y, en una suerte de causalidad circular, el correcto funcionamiento de las instituciones legitima el reclamo de cumplimiento de las obligaciones tributarias a un habitante que va, así, tomando creciente conciencia de los deberes y derechos emergentes de su condición de ciudadano.

BIBLIOGRAFÍA

- Ahumada, Guillermo, *Tratado de Finanzas Públicas*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1968.
- Albert, Michel, *Capitalismo contra Capitalismo*, Buenos Aires, Emecé, 1992.
- Buchanan, James M., *Hacienda Pública*, Madrid, Editorial de Derecho Financiero, 1968.
- Collignon, Stefan, "The three Sources of Legitimacy for European Fiscal Policy", en *International Political Science Review*, vol. 28, No. 2, s.l., 2007.
- Corti, Horacio Guillermo, *Derecho Financiero*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997.
- Del Percio, Enrique, *Tiempos Modernos. Una teoría de la dominación*, Buenos Aires, Altamira, 2000.
- *Building the Empire State? Dinero, poder y representación en el nuevo escenario mundial*, Córdoba, Carta de América, 2004.
- "Las camisas del señor Yackimavicius y otros temas de sociología tributaria", publicado en *Spes*, Buenos Aires, 2004.
- "Apuntes para una sociología de las finanzas públicas", en *Urbi et Ius*, Buenos Aires, 2005.

- *La cuestión social. Poder, consumo y representación en el capitalismo tardío*, Buenos Aires, Altamira, 2006.
- Fasiani, Mauro, *Principios de Ciencia de la Hacienda*, Madrid, Aguilar, 1962.
- Ferguson, Niall, *Dinero y Poder*, Madrid, Santillana, 2001.
- Giuliani Fonrouge, C. M., *Derecho Financiero*, Buenos Aires, La Ley, 2004.
- Goldscheid, Rudolf, “Estado, presupuesto y sociedad”, en revista *Hacienda Pública Española*, No. 58, Madrid, 1979.
- Griziotti, Benvenuto, *Principio de Ciencias de las Finanzas*, Buenos Aires, Depalma, 1959.
- Jarach, Dino, *Finanzas Públicas*, Buenos Aires, Editorial Cangallo, 1978.
- Leroy, Marc, “¿Pourquoi la sociologie fiscale ne bénéficie-t-elle pas d’une reconnaissance institutionnelle en France?”, *L’Année Sociologique*, París, s.e., 2003.
- Mordegliá y otros, *Manual de Finanzas Públicas*, Buenos Aires, AZ Editora, 1977.
- Nef, John, *La conquista del mundo material*, Buenos Aires, s.e., 1969.
- Ferrer, Aldo, *Historia de la globalización. Orígenes del orden económico mundial*, Buenos Aires, FCE, 1997.
- Sainz de Bujanda, Fernando, *Sistema de Derecho Financiero*, Madrid, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1977.
- Villegas, Héctor B., *Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario*, Buenos Aires, Depalma, 1989.

Fecha de recepción: 04 de febrero de 2008.

Fecha de aceptación: 22 de abril de 2008.

Teoría de la interpretación y legitimidad del Tribunal Constitucional

*Claudia Storini**

RESUMEN

En este artículo se reflexiona acerca de la posibilidad de establecer la existencia, en la actividad hermenéutica de los Tribunales Constitucionales, de unas directrices o guías interpretativas que una vez especificadas puedan ser utilizadas como parámetro para controlar la juridicidad de la reconducción de la vida constitucional efectiva a las reglas de la Constitución. Todo ello pasando, en primer lugar, por el estudio de dos problemáticas: el papel de la jurisprudencia en el sistema de fuentes y los criterios de interpretación como instrumentos aptos para impedir o facilitar que dicha jurisprudencia pueda ser considerada fuente del Derecho; y, en segundo lugar, de los diferentes instrumentos hermenéuticos que se configuran como enlace entre disposición y norma y sus resultados interpretativos. Todo para llegar a demostrar que la utilización de los diferentes criterios de interpretación no puede ser evaluada por medio de un parámetro externo, como el de la teoría dogmática de la interpretación, sino que ellos se controlan por sí mismos; es decir, que el único control posible es un control de coherencia de su aplicación.

PALABRAS CLAVE: interpretación constitucional, legitimidad del Tribunal Constitucional, control jurisdiccional, estrategias argumentativas.

ABSTRACT

The article reflects on the possibility of establishing, within the hermeneutic activity of Constitutional Tribunals, certain interpretative policies or guidelines that may be employed as parameters for controlling lawfulness, while redirecting the constitutional approach in force to the content of the existing Constitution. The article studies two principal problems: first, the role of jurisprudence among other law sources, and interpretation criteria as instruments able to impede and/or facilitate that jurisprudence is considered a source of Law; and, second, the different hermeneutic instruments that are configured as links between laws and the results of their interpretation. The analysis leads to demonstrate that the employment of different interpretation criteria may not be assessed using an

* Profesora de Derecho constitucional, Universidad Pública de Navarra.

external parameter such as the dogmatic theory of interpretation. The article concludes that interpretation criteria are auto-controlled, as the only possible control is coherence in their application.

KEY WORDS: constitutional interpretation, legitimation of Constitutional Tribunal, jurisdictional control, argumentative strategies.

FORO

INTRODUCCIÓN

Si se considera que las mutaciones de las funciones, atribuidas a los órganos de jurisdicción constitucional, dependen tanto del significado que en cada contexto histórico adquiere el término “Constitución”, como de la relación existente entre soberanía, poder constituyente y modalidades de reforma de la Norma Fundamental, así como que en los ordenamientos contemporáneos, estos órganos han pasado de ser simples garantes de la Constitución, tal y como los definió la teoría kelseniana, a configurarse también como garantes del funcionamiento y efectividad de aquélla. Resulta de fácil comprensión que el control de la labor de los Altos Tribunales podrá conseguirse tan solo a través de la individualización de unos parámetros jurídicos, aptos para vincular las decisiones del intérprete supremo de la Constitución, y, por consiguiente, a través de la individualización de unos criterios interpretativos que, utilizados en el marco de una determinada teoría de la interpretación y no aleatoriamente, puedan ascender a la condición de parámetros jurídicos con los que sería posible evaluar las decisiones del órgano encargado de ser el mediador entre el texto constitucional y la realidad a la que dicho texto debe aplicarse.

El presupuesto según el cual, si bien el Tribunal Constitucional no dispone de una legitimación popular directa, sus decisiones pueden considerarse legítimas en la medida en que se configuren como decisiones jurídicas y no políticas, convierte la demostración del carácter jurisdiccional de este órgano en la fuente principal de su legitimación. Para ello será necesario demostrar el cumplimiento por el Tribunal Constitucional de las características del control jurisdiccional, es decir, verificar, en primer lugar, el carácter objetivo del parámetro, y, en segundo lugar, el carácter objetivado del canon de valoración del propio parámetro.

En relación con el primero de estos dos elementos, el análisis de las disposiciones constitucionales demuestra que su peculiar conformación no permite, desde un punto de vista teórico-normativo, la objetivación del parámetro de control. En este contexto –siendo la Constitución un conjunto de disposiciones que, por lo general, se con-

cretan a través de la interpretación—, puede llegarse a defender que la motivación proporcionada por el Tribunal Constitucional en sus decisiones alcanza una especial relevancia, pues dicha motivación, en cuanto relación entre argumentación y decisión, será el único instrumento que permita —en la medida en que dicha concreción sea posible— establecer si el parámetro de control es o no un parámetro objetivo.

La condición jurisdiccional del control de constitucionalidad vendrá, por tanto, a depender de un único elemento: la demostración de la existencia de criterios objetivos de interpretación que vinculen la labor realizada por el Tribunal Constitucional.

EL CONTROL DE LAS ESTRATEGIAS ARGUMENTATIVAS

Al tratar la indisponibilidad, por parte del Tribunal Constitucional, del parámetro de control, hay que distinguir dos problemáticas que están relacionadas entre sí, aunque se refieran a dos ámbitos diferentes, es decir, el papel de la jurisprudencia en el sistema de fuentes y los criterios de interpretación como instrumentos aptos para impedir o facilitar que dicha jurisprudencia pueda ser considerada fuente del Derecho.

El papel de la jurisprudencia y la libertad de interpretación son problemas distintos, desde el punto de vista conceptual aunque enlazados en la práctica, y este enlace tiene su máxima expresión en el Derecho constitucional.¹

Las problemáticas acerca de la creación jurisprudencial del Derecho han sido tratadas desde diferentes puntos de vista que es necesario analizar para clarificar algunos aspectos que pueden inducir a equivocación, ya que las palabras “jueces”, “creación” y “derecho” pueden ser utilizadas con diferentes significados, así como la acción creadora puede desarrollarse en distintos planos: el constitucional y el legal.

Tan solo la teoría mecánica de la interpretación parece no dejar ningún espacio a la creación judicial del Derecho. Según sus defensores, la interpretación debe ser entendida como una simple comprobación de significados,² es decir, como instrumento apto para revelar y describir el significado o los significados de una determinada expresión. Los enunciados hermenéuticos que corresponden a este tipo de interpretación son puramente descriptivos y, por tanto, no puede existir creación judicial del Derecho. A este respecto, no resulta difícil comprobar que prácticamente no hay un texto normativo del que se pueda defender seriamente un solo significado y que,

1. Así A. Rovira, “Hermenéutica y Constitución”, en *Revista de las Cortes Generales*, No. 22, 1991, p. 28.

2. H. Kelsen define esta interpretación como interpretación científica. Véase, de este autor, *La garanzia giurisdizionale della costituzione (la giustizia costituzionale)*, Milán, Giuffré, 1981, p. 190.

coherentemente, la interpretación descriptiva tan solo puede asumir la forma de un listado de diferentes significados que un determinado texto potencialmente puede expresar.³

Si se admite que un texto normativo puede contener diferentes significados, la interpretación consistirá en proponer o decidir la atribución a una expresión de un determinado significado que prevalece sobre los demás.⁴ El juez tiene que utilizar siempre este tipo de interpretación, que puede ser definida como “interpretación-decisión”. En este caso no hay creación judicial, porque la formulación de una determinada norma constituye creación tan solo cuando la norma formulada no está lógicamente implícita en otra preexistente.

Con el objeto de clarificar la utilización de las palabras “creación” y “decisión”, puede ser útil tomar como ejemplo la demostración de un teorema matemático. La demostración de un teorema implica sin duda un notable esfuerzo de creatividad intelectual; no obstante, el teorema puede entenderse contenido en los axiomas del sistema. Es cierto, por tanto, que cada teorema está contenido en el esquema de axiomas de una determinada teoría, pero es igualmente cierto que aquel que demostró el teorema ha añadido al corpus de las existentes una nueva creación intelectual que antes no existía en su formulación explícita. No ocurre lo mismo en el terreno de la decisión judicial, que puede ser justificada o arbitraria; por tanto, si se considera justificada aquella decisión que está motivada sobre la base de una norma general preexistente, se puede afirmar que el juez “crea” una norma tan solo cuando pronuncia una decisión arbitraria, es decir, no justificada.⁵

Esto se traduce, desde el punto de vista de la interpretación, en el reconocimiento de que una disposición legislativa o constitucional es siempre *polisémica*. Ante esto los intérpretes pueden bien atribuir a la disposición uno de los significados comprobado o comprobable, o bien otorgar a la disposición otro significado no comprobado o comprobable y, en estas circunstancias, la interpretación –admitiendo que se pueda seguir hablando de interpretación– no consiste ni en comprobar ni en decidir respecto de uno de los significados posibles, sino en crear uno nuevo. En este sentido, se puede decir que la formulación de una norma constituye creación de dicha norma tan solo si, así formulada, no estaba ya lógicamente implícita en otra norma preexistente.⁶

3. Así, por ejemplo, R. Dworkin, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1984, p. 63.

4. Se trata de la que Kelsen define como interpretación auténtica, en *La garanzia giurisdizionale della costituzione (la giustizia costituzionale)*, p. 193.

5. Entre otros, A. Rovira, “Hermenéutica y Constitución”, p. 27.

6. Por ejemplo, M. Aragón Reyes, “El sistema español de justicia constitucional. Comentario introductorio al título IX”, en O. Alzaga Villaamil, dir., *Comentarios a las Leyes Políticas. Constitución española de 1978*, tomo

Se puede, además, decir que los jueces crean Derecho cuando se entiende que la interpretación de los textos normativos no es una operación apta para conocer normas preexistentes, sino una operación que siempre produce normas nuevas. Para entender esta afirmación hay que distinguir, en primer lugar, los enunciados normativos contenidos en un texto –es decir en las disposiciones– del contenido de significados de los mismos –es decir, de las normas–. El significado del enunciado normativo, según esta teoría, no es algo preexistente a la interpretación sino una variable que depende de la interpretación misma, lo único que preexiste es la disposición.⁷ Las leyes, así como la Constitución, no tienen otro significado que aquel que le atribuyen los intérpretes. En este sentido, si se utiliza el término “Derecho” no para definir el conjunto de disposiciones legislativas o constitucionales, sino para designar el conjunto de normas que dichas disposiciones expresan, se tendrá que admitir que el Derecho no nace de la ley o de la Constitución, sino de la interpretación de éstas, o cuanto menos de la colaboración entre legislador / constituyente e intérpretes.⁸

Así las cosas, es evidente que se puede aceptar que la interpretación sea un sistema de producción de normas; sin embargo, hay que precisar, una vez más, el significado del término “crear”, es decir, determinar si “crear una norma” en el sentido de decidir un determinado significado de un texto entre los preexistentes es lo mismo que crear una norma en el sentido de formular un texto *ex novo*. Aunque no sea fácil determinar esta diferencia de modo claro, sí que puede ser defendida una diferencia en el nivel de libertad concedido en los dos supuestos. Ambas hipótesis comportan un grado de discrecionalidad directamente proporcional al tipo de textos preexistentes. Ni el constituyente, ni el legislador están vinculados a los textos preexistentes, pero sí los jueces, y la intensidad de esta vinculación depende de los textos, y aunque pueda llegar a ser mínima, como en el caso de la Constitución, sigue siendo un límite, porque en principio tendría que ser imposible para el Tribunal Constitucional atribuir a un texto cualquier significado.

Desde este punto de vista, y con el fin de demostrar la escasa base del fundamento de la teoría que defiende que la interpretación siempre es creación de normas, resulta determinante la obligación de los jueces de motivar sus sentencias, y de motivarlas sobre la base de la ley, de la Constitución o hasta de criterios extra-jurídicos. Dicha obligación es el elemento que limita, aunque sin eliminar, el margen de dis-

XII, Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, 1983, p. 10, defiende que “la Constitución no es lo que los Tribunales dicen que es, por la sencilla razón de que el órgano jurisdiccional tiene unos límites teóricos (lo que la Constitución dice de sí misma), normativos (lo que el precepto constitucional literalmente dice) y argumentativos (el razonamiento jurídico) que le vienen dados y que no puede legítimamente traspasar”.

7. R. Guastini, “Disposizione vs. Norma”, *Giurisprudenza Costituzionale*, No. 2, 1989, p. 1407.

8. R. Guastini, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milán, Giuffrè, 1993, pp. 383 y ss.

crecionalidad de los jueces, y esto porque no todas las decisiones pueden ser motivadas de manera razonable. Motivar sobre la base de la Constitución o de la ley significa crear una vinculación de subordinación de los jueces respecto del órgano que elaboró el texto y, gracias a esta vinculación, el juez está obligado a demostrar por medio de argumentos jurídicos que la norma que está aplicando era una norma preexistente en el texto o en el ordenamiento.⁹

Es cierto que esta vinculación puede ser muy débil; no obstante, es la única respuesta que permite excluir la posibilidad de formulación de una norma *ex novo* y, al mismo tiempo, reconducir la interpretación a una decisión respecto de la atribución a una expresión de un determinado significado que prevalece sobre los demás.

La interpretación puede, por tanto, entenderse como comprobación –operación científica– y como decisión –operación política que implica un acto de voluntad–. En este caso, admitiendo que el Tribunal Constitucional crea Derecho, no solo en el plano legal, éste tendría una “función constituyente porque es el órgano que tendrá que decidir allí donde no ha decidido el poder constituyente”,¹⁰ ya sea respecto de “los derechos naturales” olvidados por los redactores de la Constitución, ya sea respecto de las “situaciones de libertad” que emergen progresivamente en la conciencia jurídica y política y que son materializadas en las convenciones internacionales, en las leyes ordinarias o en los valores comúnmente admitidos por la sociedad.

Por último, la interpretación puede ser entendida como creación de significado. En este último caso, la labor del Tribunal sería algo más parecido a la legislación como creación de normas que a la interpretación, y en el supuesto, al Tribunal Constitucional, esta última hipótesis, se traduciría en la creación de normas constitucionales, convirtiendo el Tribunal Constitucional en un órgano capaz de suplantar al propio poder constituyente, alterando de esta manera la misma primacía de la Constitución.

En consecuencia, pues, tanto el carácter jurídico o político de las decisiones del Tribunal Constitucional, como la delimitación y legitimación de su función como “constituyente permanente” vienen a depender de una sola variable: la existencia de una teoría de la interpretación constitucional que consienta un control externo de la utilización de los criterios que llevan al juez constitucional a adoptar una solución concreta, de entre las múltiples que el texto permite.

9. M. Aragón, “La interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control jurisdiccional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, No. 17, 1986, p. 111.

10. I. de Otto “La posición del Tribunal Constitucional a partir de la doctrina de la interpretación constitucional”, en, *El Tribunal Constitucional*, Madrid, Dirección General de lo Contencioso del Estado, 1981, p. 1947.

La comprensión e individualización de los elementos que configuran la interpretación constitucional presupone el examen de algunos aspectos de la interpretación jurídica en general, respecto de la cual hay que empezar formulando una pregunta: ¿qué significa controlar la utilización de los criterios de interpretación?

Para que pueda existir dicho control se hace necesario individualizar unos parámetros de referencia, es decir, se requiere la comprobación de la existencia de un canon objetivo de valoración y de criterios predeterminados o predeterminables de composición de este canon; una teoría de la interpretación que permita con su aplicación que el acto de decisión libre se convierta en una decisión sometida a reglas conocidas y generalmente aceptadas. De esta manera, el hecho de que la jurisprudencia pueda ser fuente del Derecho no se traduce en la negación del carácter indisponible del parámetro de control, siempre que la actividad creadora esté sujeta a un modo de interpretar y razonar que no quede a la libre disposición del Tribunal.¹¹

A este respecto, hay que poner de relieve que cada teoría de la interpretación, detrás de una cortina lógico-lingüística, esconde y desarrolla los problemas centrales del funcionamiento de los sistemas jurídicos. En este contexto, la lucha entre los diferentes componentes del Derecho, para la atribución de un sentido a los textos normativos, se transforma en la lucha por el control de los resultados hermenéuticos.¹²

Cada componente intenta por esta vía vincular a los demás, con el fin de limitar el poder de interpretación. Esto resulta particularmente evidente allí donde se ha creado una dicotomía entre el poder legislativo, como único componente formalmente autorizado para dictar normas, y los demás componentes del Derecho a los que se atribuye tan solo el papel de intérpretes y nunca de fuentes. El instrumento principal para vincular y controlar a los intérpretes parece ser la interpretación literal de los textos. Seguir la literalidad de un texto significa, en efecto, utilizar el lenguaje común, que en cuanto instrumento de comunicación generalizado elude el control de los intérpretes, subordinando su interpretación al respeto de significados objetivos. No obstante, ningún sistema se basa exclusivamente en la literalidad como criterio hermenéutico; cada uno de los sistemas desarrolla técnicas de transformación de los textos para integrarlos, ponerlos al día, o subordinarlos a otros textos. Dichas técnicas se presentan como métodos para el descubrimiento del significado. No obstante, se hace siempre más evidente que se trata de técnicas de atribución de significado.

11. M. Aragón, "La interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control jurisdiccional", pp. 11 y ss.

12. Según L. Mengoni, "Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico", en *Jus*, No. 2, 1976, p. 34; las mismas reglas a las que se atribuye una determinada formulación lingüística intentan guiar la acción de individuos desconocidos en circunstancias concretas variables sin que sea posible prever exactamente los resultados a los que conducirán ya que "si las reglas fueran el resultado no se necesitarían los intérpretes".

Por una parte, entonces, está la disposición y, por otra, el conjunto de técnicas transformadoras, utilizadas por los intérpretes, por medio de las cuales la disposición recibe un significado dentro del mundo del Derecho. Los problemas de los intérpretes no son de naturaleza puramente lógica o hermenéutica, sino que dependen también de la propia situación en el *legal process*. La lógica de situaciones explica en concreto cómo se desarrolla la interpretación por parte de los agentes del *legal process*. Dicha dimensión de la interpretación puede apreciarse analizando el Derecho comparado, pues el estudio de los diferentes ordenamientos jurídicos permite verificar la coherencia de los elementos presentes en cada sistema y cómo la interpretación pone a disposición de los juristas, de los diferentes ordenamientos, los instrumentos idóneos para dar valor a las aplicaciones concretas del Derecho.¹³

LOS DIFERENTES TIPOS DE INTERPRETACIÓN

Si se considera que, de un lado, existe un enunciado normativo –la disposición– que debe ser interpretado y cuyo significado todavía no es notorio y, del otro, existe la norma interpretada, que constituye el resultado de la interpretación, en medio están los diferentes instrumentos hermenéuticos que se configuran como enlace entre disposición y norma: la interpretación analógica, la sistemática, la psicológica, la de autoridad, la histórica, la teleológica, etc. En definitiva, antes de la aplicación de estos criterios hermenéuticos el *interpretandum* no puede ser conocido, luego las diferentes normas que pueden ser individualizadas en materia de interpretación pueden referirse tan solo a los diversos resultados interpretativos, conseguidos por medio de la aplicación de diferentes criterios. Así, por ejemplo, el resultado interpretativo que se logra utilizando el criterio analógico *versus* el resultado que puede obtenerse utilizando el criterio histórico. La consecuencia es que no se puede contraponer una disposición a su interpretación y que tan solo pueden ser contrapuestos entre sí los resultados interpretativos.¹⁴

El conocimiento integral del significado de la norma coincide, por tanto, con el conjunto de todos los posibles resultados interpretativos que se alcanzan con la utilización de todos los instrumentos hermenéuticos existentes y la aplicación de la disposición conlleva, inexorablemente, la elección de un determinado resultado. De esta forma, existe siempre una contraposición entre la que puede definirse como inter-

13. Baste con pensar en las diferencias existentes entre los instrumentos utilizados por la retórica, la lógica o la hermenéutica, en el criterio de literalidad, en la *golden rule* o en el recurso a los trabajos preparatorios. Véase al respecto A. Plachy, *La teoria della interpretazione. Genesi e storia della ermeneutica moderna*, Milán, Giuffrè, 1974.

14. R. Sacco, *Il concetto di interpretazione del diritto*, Turín, Einaudi, 1947, pp. 167 y ss.

pretación integral –que se obtiene utilizando todos los criterios hermenéuticos– e interpretación parcial –llevada a cabo con el auxilio de tan solo algunos de los instrumentos interpretativos–, que es la interpretación que necesariamente se debe utilizar con el fin de dar aplicación a una disposición, y que presupone la elección de un resultado en menoscabo de los demás.¹⁵

Resulta entonces inútil contraponer en abstracto la voluntad del legislador al sentido literal de la disposición. Para que esta contraposición tenga un valor será necesario comparar los resultados obtenidos con la regla de la búsqueda de la voluntad del legislador y los resultados logrados siguiendo la literal. Esto se traduce en el hecho de que, siendo el significado de una disposición el resultado de la aplicación tan solo de un determinado criterio interpretativo, dicho significado será siempre una creación del intérprete, en cuanto elección de entre todos los existentes.

Quien defienda la existencia de un significado objetivo de la norma se verá obligado a encontrar un criterio de control de la exactitud de los resultados conseguidos por medio de la utilización de todos los criterios hermenéuticos, ya que sería un sin sentido hablar de una interpretación correcta si no fuera posible acreditarla en relación con todas la demás. Este criterio, en el contexto de la interpretación, tan solo puede coincidir con la correspondencia entre resultado interpretativo y significado del *interpretandum*. No obstante, resulta evidente que el significado del *interpretandum* puede ser alcanzado solo por medio de la aplicación de criterios interpretativos, y, por tanto, se puede llegar a defender que dicho criterio de control de la exactitud es inaccesible, y que la utilización de los diferentes criterios de interpretación no puede ser evaluada por medio de un parámetro externo, sino que ellos se controlan por sí mismos; es decir, que el único control posible es un control de coherencia de su aplicación. En definitiva, sería incorrecto sostener la exactitud o inexactitud de una interpretación ya que ésta tan solo puede ser apoyada, confirmada, seguida, auspiciada o coherente con las premisas hermenéuticas establecidas por el mismo intérprete.¹⁶

El planteamiento de esta teoría puede encontrar alguna dificultad para ser entendido, ya que desde el punto de vista histórico el significado de la interpretación siempre ha sido asumido como la introducción de unas “*rationes*” que conducen al significado propio de una norma, significado que tendrá luego que ser contrapuesto con los diferentes resultados que pueden conseguirse mediante el uso de esas mismas *rationes*, fundamentándose de esta manera el convencimiento acerca de un conteni-

15. G. Tarello, “Il problema dell’interpretazione»: una formulazione ambigua”, en *Diritto, enunciati, usi*, Bolonia, Il Mulino, 1966, p. 394.

16. Así A. Pensovecchio li Bassi, *L’interpretazione delle norme costituzionali. Natura, metodo, difficoltà e limiti*, Milán, Giuffré, 1972, pp. 28 y 29.

do de la norma que prescinde y puede ser contrapuesto a aquel que se obtiene sobre la base de diferentes *rationes*. No obstante, hay que defender que la contraposición no puede establecerse entre un sentido y otro de la disposición, sino entre los resultados que derivan de la utilización de una interpretación y los que derivan de la aplicación de todos los criterios. No se trata, por tanto, de la búsqueda de la norma adecuada por medio de los diferentes métodos interpretativos, ya que el proceso de búsqueda no se determina por medio del método, sino gracias a la anticipación del sentido y del valor que se quiere atribuir a la norma, mientras que la elección del método no es más que la consecuencia de la dirección que se quiere dar a la búsqueda con relación a lo que se quiere encontrar.¹⁷

Las teorías que resuelven el problema de la interpretación como problema de utilización de métodos no son de ninguna ayuda. Resulta evidente la improductividad de una investigación limitada a los métodos por sí solos, ya que estos últimos no coinciden con la interpretación y ésta no se traduce en ellos sino que se sirve de y se manifiesta en ellos.

El problema de la interpretación aparece como problema de métodos tan solo cuando a un método le corresponde una determinada visión ontológica del Derecho; en estos casos, el método no está en función de la decisión adecuada al caso, sino de la naturaleza del Derecho. La interpretación según la voluntad del legislador corresponde a una idea positivista del Derecho como simple voluntad de éste; la interpretación histórica ve al Derecho como formación histórica; la sociológica lo ve como producto social, etc.

Cuando la imposición de un método exclusivo se sustituye por un catálogo de métodos, se hace evidente la indecisión acerca de su naturaleza ontológica; el pluralismo de métodos –como, por ejemplo, el de la escuela histórica del Derecho, en el que confluyen el lógico, el sistemático, el gramatical y el histórico–¹⁸ se basa en la negación de la existencia de una única fuente originaria de todo Derecho, en este caso la ley, y conlleva el papel activo de “la convicción jurídica común de la sociedad”, abriendo de esta manera el concepto de Derecho a influencias histórico-sociales. El Derecho ya no tiene en sí mismo todo su valor, pues lo recibe en cuanto es funcional para algo que está fuera de él. El pluralismo de métodos pone en relación al Derecho con las diferentes exigencias sociales a las que debe servir.¹⁹ Por tanto, se puede afirmar que cuando el Derecho se considera independientemente de sus funciones, como

17. R. Sacco, *Il concetto di interpretazione del diritto*, pp. 62 y ss.

18. Como es sabido esta distinción se debe a F. K. Savigny, *Sistema del Derecho romano actual*, Madrid, Centro Editorial de Górgora, s.f., p. 372.

19. Véase, por ejemplo, L. Díez Picazo y A. Gullón Ballesteros, *Sistema de Derecho Civil*, vol. I, Madrid, Tecnos, 1985, pp. 208 y ss.

algo en sí mismo, la previsión de un solo método de interpretación sirve para limitar la libertad del intérprete y hacer que se respete su naturaleza; en cambio, cuando toma relevancia la función del Derecho, se debe necesariamente hacer referencia a una pluralidad de métodos, con el fin de conseguir la adecuación del mismo a las exigencias de cada supuesto concreto.

EL ARTÍCULO 3.1 DEL CÓDIGO CIVIL

Para demostrar el fundamento de la tesis hasta aquí defendida puede hacerse referencia a la interpretación de la ley y, en particular, al art. 3.1 del Código civil español, que, como es sabido, establece que: “Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas”.

En este precepto se encierran algunos elementos interpretativos de obligada observación para el intérprete. Sobre esta base, parte de la doctrina ha defendido que con estas disposiciones se ha elevado a norma legal obligatoria el empleo de unos determinados criterios, conforme a los cuales ha de llevarse a cabo el acceso cognoscitivo a las normas, y que, por tanto, ya no cabe tener preferencias interpretativas personales, pues es preciso atenerse a unos criterios preconfigurados como tales por el mismo legislador.²⁰ Pero esta opinión dista de ser unánime, ya que la mayoría de la doctrina ha sostenido que el art. 3.1 del Código civil no limita la libertad del intérprete, porque no se constituye en algo que pueda determinar y condicionar de manera unívoca la tarea hermenéutica.²¹

Dejando al margen los argumentos que pueden esgrimirse tanto a favor como en contra de la vinculación del intérprete al art. 3.1 del Código civil, no se puede dejar de señalar una evidente contradicción en la doctrina sobre la interpretación de la ley. De un lado, se sostiene que la propia naturaleza de la función interpretativa no admite limitaciones por parte de unas normas dictadas en esta materia por el legislador y, del otro, se afirma exactamente lo contrario, es decir, que existen normas capaces de limitar la libertad del intérprete. En este sentido, por ejemplo, nadie ha puesto en duda el derecho del legislador a establecer en el art. 5 de la LOPJ que los jueces y Tribunales “interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos

20. Así, por ejemplo, A. Hernández Gil, *Nuevas perspectivas para la interpretación del art. 464 del Código Civil*, Madrid, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 1976, p. 26.

21. Donde más ampliamente aparecen tratados todos los argumentos en contra del carácter vinculante de este artículo es en F. de Castro, “Naturaleza de las reglas para la interpretación de la Ley. Consideraciones en torno al art. 3, apartado 1 del Código civil”, en *Anuario de Derecho civil*, No. 4, 1977, pp. 839-843.

y principios constitucionales”, así como tampoco nadie discute el hecho de que el juez está completamente vinculado por este mandato. Con ello se niega y se afirma a la vez que el legislador no puede prescribir a nadie cómo debe razonar sobre temas jurídicos, y, al mismo tiempo, sí puede determinar cual de estos diferentes razonamientos posibles debe considerarse como correcto y generalmente válido en su Estado.²² No obstante, no parece suficiente aceptar y defender una de estas dos posturas, ya que lo que habrá que demostrar es que establecer el carácter vinculante o no del art. 3.1 del Código civil no es lo concluyente, porque si las teorías que intentan dar explicación a las problemáticas planteadas por la aplicación del Derecho, en general, y la interpretación en especial, dan la impresión de ser infinitas, irresolubles, y hasta aleatorias, es por una razón: la construcción del método jurídico ha consistido siempre en la elaboración de una teoría que simplemente acepta o no acepta el intérprete como sujeto activo en la aplicación del Derecho. Así, se puede defender la falta de vinculatoriedad del art. 3.1 del Código civil, del mismo modo que se puede optar por ser o no ser iusnaturalista, o ser o no ser partidario de la interpretación objetiva. Ante el intérprete siempre existe una serie de opciones metodológicas contrapuestas entre sí y cuya validez intrínseca es, por regla general, indemostrable.

Volviendo al art. 3.1 Código civil y partiendo del presupuesto de que se reconozca su obligatoriedad, puede, aún así, demostrarse que sus disposiciones no representan un instrumento interpretativo de aplicación en todos los casos. De hecho, puede haber supuestos que se resuelvan utilizando un solo artículo o una sola disposición e hipótesis que se solventen construyendo, a través de la utilización de diferentes artículos o disposiciones, una norma para la situación planteada.

Por tanto, la individualización de una norma puede ser problemática, tanto por su significado exterior como por la necesidad de su formulación, y es entonces cuando hay que preguntarse si en la expresión “se interpretarán” del art. 3.1 quedan incluidos los métodos propios del descubrimiento o los métodos propios de la reconstrucción.²³

Si se considera que también el término *norma* admite diferentes matizaciones, susceptibles de delimitar un ámbito distinto en la actividad del intérprete, será necesario investigar el significado que el art. 3.1 del Código civil da a la expresión utilizada. En primer lugar, hay que observar que en realidad las normas no se interpretan; lo que se interpreta es la disposición o el artículo, siempre que este último incluya una sola disposición, es decir, la expresión literal que conduce a la norma.

22. P. Salvador Coderch, “El casus dubius en los Códigos de la Ilustración Germánica. Estudios sobre la Codificación. Interpretación de las prohibiciones de interpretar”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. I, 1983, pp. 37 y 38.

23. C. Perelmann, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, Madrid, Civitas, 1979, pp. 10-11.

La norma no es nunca objeto de interpretación: es su consecuencia.²⁴ Cuando se discute un artículo, lo que se quiere obtener es la norma en él contenida, para lo cual, por ejemplo, se analizan las expresiones literales que este artículo formula. De este modo se obtiene una norma que, en sí misma, no es el objeto de la interpretación sino el resultado de la exégesis del texto escrito. En los casos en que la norma no se descubre, sino que se construye, tampoco hay verdadera interpretación de la norma, ya que ésta no existe como algo previo que haya que descubrir, sino como el resultado posterior de un proceso de reconstrucción. Es evidente que también en este caso habrá que incluir elementos característicos del descubrimiento de la norma, del pensamiento fenomenológico, porque tan solo cuando el significado de las expresiones literales de las disposiciones esté claro se podrá llegar a construir, a través de ellas, la norma aplicable al caso. No obstante, el resultado al que se llega por medio de la interpretación de los textos literales es diferente en el pensamiento fenomenológico y en el representacional: en el primer caso es un presupuesto, y en el otro un criterio de decisión. Si hay que construir una norma, la precisión del significado de varias disposiciones es el punto de partida que permite combinarlos para llegar a formular una norma. Pero si basta un artículo para definir la norma, la propia aclaración de las expresiones literales contenidas en el artículo es, al mismo tiempo, la definición de la norma. En este caso la norma se “descubre” tras una expresión literal que la contiene en el texto de la disposición.

Tal y como se ha señalado, si es necesario construir una norma, la precisión del significado de varias disposiciones es el punto de partida que permite combinar las unas con las otras para llegar a formular una norma, pero si es suficiente una sola disposición para llegar a individualizar la norma, la simple aclaración de las expresiones literales contenidas en ella se traduce automáticamente en la definición de la norma.

La lectura de los criterios de interpretación contenidos en el art. 3.1 del Código civil conduce a la conclusión de que en este texto se concretan pautas que pueden condicionar la tarea encaminada a la reconstrucción de una norma, ya que no existe ningún criterio que pueda tener la menor utilidad para combinar diferentes disposiciones.²⁵ Como máximo, estos criterios pueden ser un instrumento para establecer el significado de las disposiciones que el intérprete tendrá que utilizar, pero lo que no pueden hacer es establecer cómo se combinan los distintos textos legales, en orden a la formulación de una síntesis unitaria desde la cual resolver la cuestión planteada, ya que, en el caso de las normas derivadas de las combinaciones de diferentes textos,

24. Así F. Modugno, “Voce Norma (teoria generale)”, en *Enciclopedia del diritto*, vol. XXVIII, Milán, UTET, 1978, p. 395.

25. J. Villar Palasí, *La interpretación jurídica y los apogemas jurídico-lógicos*, Madrid, Tecnos, 1975, pp. 11 y ss.

la misma se construye para solucionar un caso concreto y, por tanto, no hay ningún enunciado que cumpla la función expresa de norma descubierta; los enunciados no tienen el sentido propio de sus palabras, ni contexto, porque no se contienen en cuerpo legal alguno, ni en los antecedentes históricos o legislativos.

No obstante, una disposición concreta sí que tiene un contexto determinado, un sentido propio de sus palabras y una serie de antecedentes históricos y legislativos. El art. 3.1, por tanto, define los cauces a través de los cuales debe interpretarse una disposición determinada, un cierto artículo, cuya expresión literal resulta imperfecta y necesita ser interpretada con el fin de aplicarse a un supuesto concreto. Pero lo que no hace es regular toda la fase de aplicación del Derecho. Si con ello no se puede resolver el problema planteado, como en los casos en los que hay que construir una norma a partir de varias disposiciones, el art. 3.1 del Código civil ya no tiene nada que decir, porque no determina ni contiene criterio alguno de combinación.²⁶ De este modo el art. 3.1 del Código civil adquiere un sentido que parece perfectamente capaz de superar las dificultades que contra él se han esgrimido, porque las reglas de interpretación contenidas en este artículo no eliminan la libertad del intérprete. Se puede así afirmar que el mandato en cuestión participa en el proceso de aplicación de la norma, pero esto no implica que en él se contengan directrices excluyentes para llegar a concretar la norma que debe de aplicarse para resolver un determinado supuesto. Su ámbito de aplicación es el de la determinación del significado normativo de las expresiones literales plasmadas bajo la forma de disposiciones. En función de la mayor o menor claridad con la que la manifestación exterior permita llegar a la norma que debe aplicarse al caso, y, por consiguiente, en función de la tendencia a utilizar un proceso de descubrimiento o de reconstrucción, los criterios contenidos en este artículo tendrán mayor o menor relevancia. Y como el ámbito de aplicación propio del art. 3.1 del Código civil no se identifica con el de la total estructura de aplicación de la norma, dicho precepto, aunque se considere preceptivo, no puede excluir, si hay que seguir un proceso de reconstrucción para la obtención de la norma, la utilización de otros elementos, como las reglas lógicas de argumentación o las de la tópica, por citar dos ejemplos. De la misma manera dicho artículo no impide, en el caso en que con las reglas en él contenidas el intérprete no pueda llegar a una conclusión segura y se haga necesario manejar otros criterios, el uso de cualquier otro método interpretativo.²⁷

Si en lugar de leer “las normas se interpretarán según...” pudiera leerse “las disposiciones en que las normas se contienen revelarán el contenido de éstas median-

26. R. Guastini, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, pp. 391 y ss.

27. F. Sainz Moreno, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Madrid, IEC, 1987, pp. 151 y ss. En contra F. de Castro, “La naturaleza de las reglas para la interpretación de la ley”, pp. 843-846.

te...”, probablemente sería mucho más fácil captar el sentido de lo que el legislador quiso regular mediante el art. 3.1 del Código civil.

ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y LEGISLATIVOS

Una vez expuestas las razones que conducen a considerar que el art. 3.1 no establece criterios generales acerca de la aplicación del ordenamiento jurídico a todos los casos que puedan darse en la práctica y, por tanto, que tan solo se limita a establecer cómo deben de interpretarse las disposiciones contenidas en un determinado enunciado legal, debe ser analizada la efectiva capacidad de vincular al intérprete que estos criterios encierran.

Si se parte de la consideración de que toda reforma legislativa conserva algunas soluciones anteriores, puede captarse la problemática que existe en las relaciones entre el antecedente histórico y el legislativo. De hecho, tan solo la permanencia del mandato pasado en el vigente hace posible que el primero permita o ayude la inteligibilidad del segundo.

No obstante, hay que preguntarse cuáles son los requisitos que permiten establecer, en efecto, que el mandato del pasado permanece en el vigente. Las respuestas proporcionadas a esta cuestión siguen dos planteamientos. Por una parte se afirma la posibilidad de la permanencia sobre la base de la expresa voluntad del legislador que así lo manifiesta. Los antecedentes históricos vienen a representar un material que tuvo a la vista el autor del nuevo texto legislativo, aprovechando algunas de esas cláusulas para la redacción de algunas disposiciones, entrando así, dicho material, a formar parte de los antecedentes legislativos y, por consiguiente, posibilitando la utilización del texto histórico para ayudar a la resolución de los problemas que eventualmente suscite su nueva formulación. De esta forma, el descubrimiento de la voluntad del legislador se considera como única finalidad del método histórico.²⁸

Pero también cabe una segunda posición, la que defiende que “el argumento histórico supone que el legislador es conservador y que permanece fiel a la manera mediante la cual quiso regular una determinada materia, a menos que haya modificado expresamente los textos legales”.²⁹ Este planteamiento implica una sustantividad propia de los antecedentes históricos ya que debe suponerse, salvo que se deduz-

28. Este concepto suele reflejarse allí donde los antecedentes históricos son considerados como una parte de los antecedentes legislativos. Así, por ejemplo, J. M. Castán Tobeñas (*Derecho Civil Español, Común y Foral*, Madrid, Reus, 1955, p. 367) habla de precedentes remotos, inmediatos y trabajos preparatorios como componentes del criterio histórico de interpretación, pasando a argumentar, después de la exposición del contenido de cada uno, el valor que tienen en cuanto manifestación, todos ellos, de la voluntad del legislador.

29. C. Perelman, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, p. 82.

ca lo contrario, la permanencia de sus mandatos. Deducción, esta última, que no está condicionada tampoco por el hecho de que el legislador haya manifestado expresamente su rechazo, sino por la constatación objetiva de que la continuidad no se ha producido.

El problema de la dinámica interpretativa del antecedente histórico se centra, por tanto, en determinar cómo hay que entender la voluntad del legislador. Es decir, se trata de definir si, antes de una disposición actual, este elemento debe operar como consecuencia de su aceptación por el legislador o si, por el contrario, puede funcionar con carácter automático, siendo aplicable siempre que no se deduzca lo contrario. En la solución de esta dicotomía se presenta como factor determinante el concepto que se tenga acerca del papel de la voluntad del legislador y, dependiendo de cómo se resuelva esta cuestión, el antecedente histórico tendrá un ámbito de operatividad u otro.

El espejo en el que se refleja el papel que se atribuye a la voluntad del legislador es la fuerza que se reconoce a los antecedentes legislativos. El entendimiento de esta afirmación puede facilitarse pensando en que el valor de los precedentes “ha sido exagerado por los partidarios de la teoría subjetivista, al indagar la intención del legislador y, en cambio, para la teoría objetiva su valor es nulo, al querer separar la ley del legislador”.³⁰

Con el fin de demostrar si los criterios establecidos en el art. 3.1 del Código civil vinculan al intérprete de manera efectiva, pierde sentido el análisis de los argumentos que sostienen la teoría objetiva, en cuanto que no confiere un valor especial a lo que se supone que pretendió el legislador y, por tanto, no considera los antecedentes históricos y legislativos como un criterio hermenéutico capaz de vincular el proceso interpretativo.³¹

No obstante, será necesario en este contexto analizar la teoría subjetivista y en particular la neosubjetivista, ya que desde ella se defiende que el antecedente legislativo no es solo un criterio interpretativo más, sino que es cualitativamente superior al resto de los que puedan concurrir con él.

Los argumentos que avalan esta postura son dos. En primer lugar el de la cientificidad: “la interpretación en clave subjetiva permite la posibilidad de contrastar, en términos de verdad o falsedad, los resultados de la actividad del intérprete. Estos pueden ser criticados racionalmente por referencia a los hechos históricos sobre los que

30 Así, D. Espín Canosa, *Manual de Derecho civil*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1966, p. 158.

31. Los antecedentes legislativos se consideran como algo a utilizar “con cautela y circunspección”. Ver D. Espín Canosa, *ibid.*, p. 159.

versan”.³² Con esto no quiere negarse la posibilidad de integración de las disposiciones a través de la interpretación, pero “no hay que llamar interpretación al desarrollo judicial del derecho y este comienza donde acaba la interpretación histórica”.³³

El segundo de los argumentos es el que defiende que “en los regímenes constitucionales y democráticos contemporáneos el neosubjetivismo es la única dirección compatible con los principios constitucionales. La idea del Estado de Derecho, la seguridad jurídica, la separación de poderes y la vinculación del juez a la ley postulan que los límites entre interpretación e integración queden correctamente definidos, es decir, que todo lo que suponga desarrollar el Derecho más allá de la previsión legislativa originaria conste como integración y, como tal, quede sometida a sus reglas”.³⁴ Si hay un argumento verdaderamente sólido en el neosubjetivismo éste probablemente sea el político, porque en un sistema en el que la soberanía reside en el pueblo, que la ejerce a través de un sistema de democracia representativa, el que toma las decisiones vinculantes para los ciudadanos es el legislador. De este supuesto debe deducirse el hecho de que si el legislador quiere introducir una solución y no otra, debe ser vinculante la solución, por él adoptada y no cualquier alternativa.

Aun admitiendo que a las anteriores conclusiones puede llegarse tan solo a condición de que pueda establecerse de modo unívoco que, en efecto, el legislador decidió en un determinado sentido, lo que importa en este momento es destacar cómo del concepto de democracia representativa se deriva el reconocimiento de la legitimidad de tomar las decisiones sobre lo que deben hacer los ciudadanos por parte de un órgano, el Parlamento, a quien no se pueda suplantar a través de una interpretación que utiliza criterios capaces de desvirtuar o prescindir de su voluntad.

No obstante, a este planteamiento se le pueden hacer dos objeciones. En primer lugar su supuesta validez puede respaldarse solo en consideración de normas aprobadas en un régimen democrático, no siendo aplicable a las que fueron introducidas en épocas en las que tal régimen no existía y, en segundo lugar, el problema que plantea la temporalidad, en el sentido de que cuanto más alejada esté la disposición en el tiempo menos relevancia tendrá lo que el legislador trató de recoger en ella.³⁵ Para

32. P. Salvador Coderch, “Los materiales prelegislativos: entre el culto y la polémica”, en *Anuario de Derecho civil*, 1983, p. 1682.

33. *Ibid.*, p. 1682.

34. *Ibid.*, p. 1683.

35. Estas dos objeciones representan puntos clásicos en los ataques contra la relevancia de la voluntad del legislador en la interpretación. Véase, por ejemplo, A. La Torre, *Introducción al Derecho*, Barcelona, Ariel, 1985, p. 176. Respecto de la temporalidad, la teoría de la interpretación histórico-evolutiva fue la primera en afirmar que la ley “una vez emanada del legislador, se desprende de la persona del mismo de igual manera que una criatura se libra del vientre materno”. Frase citada por M. Real, *Introducción al Derecho*, Madrid, Ediciones Pirámide, 1986, p. 78.

resolver estos inconvenientes puede contestarse que la voluntad del legislador no se agota en la de aquel que dictó la norma, ya que si ésta se mantiene es porque el legislador actual así lo ha decidido, aunque implícitamente. El mantenimiento de la norma conllevaría, por tanto, la aceptación por parte del legislador actual de la voluntad del legislador que la elabora. La filosofía propia del sistema democrático debe necesariamente conducir a este planteamiento. No se puede partir del presupuesto de que el legislador actual sea ignorante o negligente y, por tanto, hay que entender que la voluntad del legislador histórico es conocida, y que si no se cambia es porque no se quiere hacerlo. No tiene sentido proclamar que la soberanía reside en el pueblo, siendo ejercida a través de representantes por él elegidos, para después suponer que la actividad de éstos se rige por criterios de ignorancia o negligencia, lo que supone un grave quebranto de la seguridad jurídica. Semejante punto de partida es por sí mismo un ataque a la sociedad, presuponiéndola incapaz de trasladar sus demandas a sus representantes. Porque incluso admitiendo que fuera así, este extremo tiene que dejar indiferente al intérprete; no es él el que debe suplir las deficiencias del sistema sino que es el propio sistema el que prevé mecanismos de responsabilidad política para remediar estas deficiencias y, aunque estos mecanismos no resultan eficientes, no puede legitimarse la capacidad del intérprete para determinar por sí mismo lo que conviene a la sociedad.

Siguiendo este razonamiento, salta a la vista la problemática de la realidad social, como criterio de interpretación, ya que este elemento interpretativo puede, después de la Constitución, hasta considerarse de dudosa vigencia, puesto que se enfrenta de forma indirecta con el sistema democrático, al legitimar el desconocimiento de sus premisas. En un sistema cuyo presupuesto esencial es que solo el pueblo decide, a través de sus representantes, qué comportamientos son los vinculantes, la apelación al argumento de la realidad social no puede tener el menor sentido.³⁶

36 La pérdida de relevancia de la voluntad del legislador por el transcurso del tiempo es presentada, por algunos autores, como la dificultad principal de la teoría subjetiva de la interpretación, cosa lógica si se tiene en cuenta que defienden una jurisprudencia "progresiva" que consiste en que el juez aplique el Derecho según las exigencias derivadas del cambio de los tiempos. Pero ante el problema del arcaísmo, la solución está en el desarrollo de las posibilidades creadoras del sistema democrático. El progreso no tiene por qué descansar en la actividad judicial, sino más bien parece que su sede se encuentra en el desarrollo de aquellas condiciones que favorezcan la dinámica social y la traducción de ésta en el ordenamiento jurídico. La jurisprudencia puede ser acaso un remedio circunstancial del arcaísmo, pero no el principal por el que ha de regirse el avance de la sociedad. Por expresarlo gráficamente, se puede decir que frente a la jurisprudencia progresiva se contraponen la democracia exigente. Así, por ejemplo, A. La Torre, *Introducción al Derecho*, pp. 78 y ss.

ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y LEGISLATIVOS VERSUS REALIDAD SOCIAL

La opción lógica entre el uso de la realidad social y los antecedentes históricos y legislativos resulta pues fácilmente inteligible: en la medida en que la realidad social haga referencia a un cambio en las circunstancias en las que surgió la norma, o a una evolución de la mentalidad de una sociedad, parece obvia su oposición al manejo, tanto de los elementos propios del momento de la elaboración del texto legal, como de los que los preceden. La realidad social como instrumento de interpretación jurídica está en esencial contradicción con el argumento histórico.

Una de las formas para resolver esta contraposición consiste en negar la virtualidad, por ejemplo, de la realidad social dentro del razonamiento jurídico o en el reconocimiento de unos ámbitos de actuación marginales, secundarios y por tanto excepcionales. Este tipo de planteamiento puede ser detectado ya en Savigny, que, como es sabido, distinguió cuatro criterios de interpretación entre los que no se incluía el sociológico. No obstante, esto no prueba la negación por parte de este autor de la posibilidad de que la realidad social sea operativa a la hora de guiar la interpretación de una disposición. Según Savigny, la interpretación no es algo que pueda ser igual en todos los casos, es decir, algo que pueda desarrollarse en todos los supuestos de acuerdo con criterios uniformes y unitarios; por esta razón, el jurista alemán distingue las leyes “en su estado normal” de las leyes “defectuosas” y, dentro de esta última categoría, las leyes que son defectuosas por “expresión indeterminada” –es decir, las que no incluyen ningún pensamiento completo– y las que son defectuosas por una “expresión impropia” –caracterizadas por la contradicción entre su sentido aparente y “el verdadero pensamiento de la ley”–.³⁷

En función de la categoría a la que pertenece la ley, según el esquema antes delineado, ésta debe ser interpretada de acuerdo con unos criterios y no con otros. Se utilizan los elementos gramatical, lógico, histórico, y sistemático, en el caso de la interpretación de una ley en su “estado normal”, mientras que para interpretar las “leyes defectuosas” hay que acudir a tres diferentes instrumentos que consisten “el primero en examinar el conjunto de la legislación; el segundo en referir la ley a su motivo; el tercero en apreciar el mérito del resultado obtenido por la interpretación”.³⁸ Individualizando concretamente en qué consiste esta determinación del sentido de la ley mediante la apreciación de los resultados que producen las diversas interpretaciones, Savigny defiende que “deberá preferirse el que sea más racional, el que res-

37. F. K. Savigny, *Sistema del Derecho romano actual*, p. 192.

38. *Ibíd.*, p. 192.

ponda mejor a las necesidades de la práctica; por último el que sea más humano y menos violento”.³⁹ Aunque “las necesidades de la práctica” no son exactamente el equivalente de la realidad social, tampoco la excluyen. Pero lo que importa en este razonamiento es el punto de partida, es decir, el reconocimiento de que el sentido de la norma no se determina siempre por ella misma, sino que cabe en la interpretación la referencia a factores que están fuera de la propia norma. Este tipo de argumentación debe operar en un ámbito muy restringido, ya que “la apreciación del resultado obtenido es de todos los medios de interpretación el más aventurado, pues el intérprete corre riesgos de excederse en sus poderes y adentrarse por el dominio de la legislación”.⁴⁰ Por esto, según Savigny, este criterio solo puede ser operativo en la interpretación de la ley defectuosa por causa de una “expresión indeterminada” y solo después de que hayan actuado, sin éxito, el examen de la legislación en su conjunto y del motivo de la ley.

En el caso de defecto por “expresión impropia”, no se puede emplear la apreciación de resultados de la interpretación, porque “evidentemente, el hacerlo no sería poner en armonía la expresión y el pensamiento, sino corregir el pensamiento mismo, trabajo quizás utilísimo para el progreso del derecho, pero que no tendría de interpretación más que el nombre”.⁴¹

La descripción de la postura de Savigny sirve para destacar la perennidad del problema y de los términos de su planteamiento y, al mismo tiempo, para concluir que las dificultades planteadas por la coexistencia de estos dos criterios pueden ser solucionadas tan solo como un problema relativo a las fronteras de aplicación de los mismos.⁴²

Por todo lo que hasta aquí se ha dicho, puede defenderse que el diferente valor atribuido por las teorías subjetivista y objetiva a los criterios de interpretación analizados demuestra que el problema del establecimiento de una jerarquía entre los elementos interpretativos incluidos en el art. 3.1 del Código civil no puede ser solucionado desde la perspectiva de una determinada teoría, porque dicha jerarquización tan solo sirve con el fin de defender una determinada concepción del funcionamiento del ordenamiento jurídico y no como instrumento aséptico apto para controlar la idonei-

39. *Ibíd.*, p. 196.

40. *Ibíd.*, p. 193.

41. *Ibíd.*, p. 202.

42. Perennidad del problema en la que insiste J. L. de los Mozos, *Metodología y ciencia en el Derecho privado moderno*, Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, 1977, p. 160, quien lo remonta al Derecho romano. Véase también, E. Betti, *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, 1975, pp. 122 y ss.; A. Pace, “I limiti dell’interpretazione ‘adeguatrice’”, en *Giurisprudenza costituzionale*, 1963, pp. 1071 y ss.

dad de la interpretación. Y, por tanto, hay que coincidir con lo que ya afirmaba Savigny –aunque tan solo en relación con las leyes en “su estado normal”–: que todos los elementos interpretativos deben ser utilizados conjuntamente para comprender la norma.

Puede, no obstante, por otra parte, defenderse que “con ello se encubriría el problema con una formulación elegante”,⁴³ porque es posible que los resultados que ofrecen los criterios interpretativos se opongan entre sí. Y es cierto que nada asegura que el antecedente histórico diga lo mismo que el contexto o el antecedente legislativo. La única solución para esta problemática es, por tanto, la de determinar un orden de prioridades entre los diferentes criterios que permita resolver las contradicciones entre los mismos. Si existe esta jerarquía, el resultado del criterio superior se impone automáticamente sobre el inferior, eliminándose la contradicción.

La aparente lógica de este argumento debe ser contestada, porque en él se parte de la suposición de que las contradicciones entre criterios son todas de la misma naturaleza, es decir, que los elementos interpretativos tienen el mismo valor, lo cual no siempre es así. Puede imaginarse el caso, por ejemplo, de que el intérprete se encuentre con unos antecedentes legislativos perfectamente inteligibles: toda la discusión parlamentaria acerca de la formulación de una determinada disposición que refleja con nitidez el problema al que responde la formulación de una determinada norma y lo que a través de ella se pretende hacer. Por otra parte, también es posible que el intérprete se encuentre con unos antecedentes legislativos constituidos por la obra doctrinal que sobre el mismo tema escribió el mismo autor de la disposición ante la que se plantea la duda. En ambos casos se puede hablar de precedentes legislativos, porque sendas hipótesis pueden ser útiles para la interpretación aunque resulte incuestionable que no pueden tener el mismo valor. Lo que es necesario evidenciar en este contexto es que unos y otros son antecedentes legislativos y que nada impide que en algunos casos las opiniones doctrinales puedan conducir a comprender el espíritu y finalidad de la norma más fácilmente que un debate parlamentario. De esta forma, lo que no puede hacerse es determinar con anterioridad si el antecedente legislativo, considerado en términos generales, se impone o no sobre otros criterios interpretativos, porque dependerá de las circunstancias, y por tanto habrá que ver en cada caso concreto cuál es el valor que cada criterio tiene en relación con los demás.

En ese caso, se pueden distinguir diversos niveles de solidez en el resultado alcanzado por medio de la utilización de todos los elementos interpretativos, para tratar luego de confrontarlos entre sí. No obstante, este proceso tiene una visible tendencia

43. K. Engisch, *Introducción al pensamiento jurídico*, Madrid, Guadarrama, 1967, p. 110.

al infinito, porque no hay dos o tres grados de solidez en el resultado que puede alcanzarse con cada argumento, sino centenares, y más aún si se relacionan entre sí, como, por ejemplo, en el caso antes citado de los debates parlamentarios, es decir, del antecedente legislativo. Además del ejemplo utilizado, los antecedentes pueden reflejar un espíritu discordante con el texto en el que se formula la norma, o pueden aclarar solo algunos aspectos, o bien ser ambiguos por sí mismos, por citar solo algunas de las hipótesis posibles.

A estas dificultades debe añadirse el hecho de que a todos los criterios de interpretación se le puede aplicar el mismo proceso hacia el infinito. Así, por ejemplo, hay que decidir si vale más un resultado obtenido de un antecedente legislativo, claramente expresado en el debate parlamentario, pero defectuosamente en el texto legal y contrario al contexto, frente a un resultado obtenido por un antecedente histórico evidente, apoyado por la más probable perspectiva de contexto que, sin embargo, entra en contradicción con algunos discursos parlamentarios, y así puede seguirse hasta el infinito.

No se trata, por consiguiente, solo de jerarquizar los elementos interpretativos de manera abstracta, sino de ordenar el valor de los resultados obtenidos en cada caso por el conjunto de ellos, lo cual parece una tarea irrealizable.

Cuando Savigny definió que la interpretación puede ser entendida como ciencia y como arte,⁴⁴ parece estar contradiciéndose. Sin embargo, tal vez solo se trató de un adelanto de lo que Albert Einstein afirmara tiempo después: “cuanto más primitivo es el estado de una ciencia, tanto más fácilmente puede el científico vivir de la ilusión de que es un puro empírico”.

Así como puede afirmarse que una obra arquitectónica es el conjunto de reglas matemáticas que la hace posible y a la vez un producto que puede ser evaluado desde el punto de vista artístico, por lo que se refiere al manejo de los instrumentos interpretativos puede decirse que su obtención y la determinación de su resultado es algo susceptible de un tratamiento racional y, vale decir, externo; pero su utilización forma parte de lo que se suele definir como “sensibilidad jurídica del intérprete”. En palabras de Savigny se puede decir que pertenece al campo del arte la sensibilidad jurídica, como único instrumento que permite resolver las implícitas contradicciones existentes entre los elementos interpretativos. Por tanto, será dicha sensibilidad jurídica la que, en muchas ocasiones, tiene la última palabra. Así pues, ante la imposibilidad de formular una teoría de la interpretación que sirva de referente a la actividad del intérprete, y dada la necesidad de otorgar a la sensibilidad jurídica del propio intérprete un papel tan relevante, dicha sensibilidad, en el caso de existir, puede ser

44. F. K. Savigny, *Sistema del Derecho romano actual*, p. 183.

controlada y valorada tan solo desde dentro, es decir, desde el parámetro de la coherencia y del respeto de una teoría de la interpretación elaborada por el mismo intérprete. Porque a este último puede admitírsele tan solo una libertad, que puede definirse como inicial y que en el ulterior desarrollo de su labor tiene que estar condicionada por sus propios precedentes.

LA INEXISTENCIA DE UNA TEORÍA DOGMÁTICA DE LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY Y DE LA CONSTITUCIÓN CAPAZ DE VINCULAR AL TC

De conformidad con lo que se ha observado acerca de la escasa significación del discurso teórico sobre la utilización de los instrumentos de interpretación de la ley, puede del mismo modo afirmarse la inexistencia en la doctrina de una teoría de la interpretación constitucional que demuestre la posibilidad de vincular el Tribunal Constitucional al respeto de un método preestablecido o de un orden metodológico definido. Dicha circunstancia, lejos de poderse definir como una inexplicable laguna, debe interpretarse como el reflejo de la escasa significación que puede tener el acercamiento a la interpretación constitucional a través de sus métodos. Respecto de estos últimos se pueden destacar continuas oscilaciones, que corresponden a una gran libertad, flexibilidad e imprevisibilidad de los elementos hermenéuticos al alcance del intérprete constitucional, afirmándose un acentuado pluralismo metodológico, y pasándose desde un método muy cerrado y formal, que se fundamenta en la utilización de la interpretación histórica, de la voluntad del legislador constitucional o del criterio literal,⁴⁵ a otros métodos que están abiertos a consideraciones más amplias, de carácter sistemático, y relativas a las condiciones jurídicas e histórico-sociales en las que la Constitución se aplica.⁴⁶

El contexto en el que se mueve la interpretación constitucional prescinde, además, del esquema de fuentes interpretativas contenido en el art. 3.1 del Código civil.⁴⁷

45. Sobre las posturas formalistas véase, E. Alonso García, *La interpretación de la Constitución*, Madrid, CEC, 1984, pp. 137 y ss. Así como, por ejemplo, C. Carboni, *L'interpretazione delle norme costituzionali*, Padua, Cedam, 1952, pp. 87 y ss.

46. Véase, por ejemplo, G. Pierandrei, "L'interpretazione della Costituzione", en *Scritti di diritto costituzionale*, Turín, Giapichelli, 1965, pp. 512 y ss.; C. Mortati, *La Costituzione in censo materiale*, Milán, Giuffrè, 1940, pp. 182 y ss.; S. Bartole, "Costituzione materiale e ragionamento giuridico", en VV. AA., *Scritti in onore di V. Crisafulli*, Padua, Cedam, 1985, pp. 98 y ss.

47. Niegan el valor de Constitución material del art. 3.1 del CC A. E. Pérez Luño, "La interpretación de la Constitución", p. 114; E. Alonso García, *La interpretación de la Constitución*, pp. 77-84. El carácter constitucional de estas disposiciones es defendido por M. Herrero de Miñón, "Aspectos constitucionales del nuevo título preliminar del Código Civil", en *Revista de Estudios Políticos*, No. 198, pp. 91 y ss.; P. Lucas Verdú, "Política

Aquí tal vez resida una ulterior prueba de la insensatez de un discurso teórico sobre los métodos de interpretación, desarrollada respecto del análisis de los métodos. Por lo que concierne a la Constitución, las vinculaciones jurídicas de la interpretación son mínimas, siendo casi siempre posible proponer nuevas perspectivas sistemáticas capaces de reajustar, conforme a nuevas arquitecturas, los elementos del Derecho constitucional, ya que en este ámbito la presión innovadora es máxima.⁴⁸ El poder contraponer a un supuesto modelo constitucional las decisiones de los intérpretes constitucionales queda tan solo como una falsa ilusión, porque el modelo constitucional no es un modelo definitivo, es decir, que se comprende en sí mismo, sino algo que se construye a partir de las soluciones dadas a los casos que puedan plantearse.⁴⁹ Por tanto, será necesario tener en consideración la función de los criterios generales de categorización del sentido y del valor de las normas en cada uno de estos mismos casos. Haciendo una abstracción de los mismos se llegará, inexorablemente, a una de estas dos realidades opuestas: por una parte, la concepción de una Constitución cristalizada y, por la otra, una visión casuística de la decisión constitucional.

Estas consideraciones pueden ser confirmadas respecto de todos los conceptos constitucionales indeterminados, que necesitan ser concretados por medio de “concepciones” que tan solo el intérprete puede determinar.⁵⁰ Se puede pensar, por ejemplo, en la no-arbitrariedad de las leyes. Por mucho que se intente racionalizar el uso de este criterio de control de legitimidad constitucional de las leyes resulta evidente cómo en este caso las vinculaciones derivadas del Derecho constitucional son casi inexistentes.⁵¹

y justicia constitucional. Consideraciones sobre la naturaleza y funciones del Tribunal Constitucional”, en VV. AA., *El Tribunal Constitucional*, vol. II, p. 1517.

48. Como señala J. Wroblewski, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, Madrid, Civitas, 1985, p. 77, la “ideología dinámica”, que supone una continua adaptación del Derecho a la vida social, es “ex definitione” creativa.
49. Como ha destacado L. López Guerra, *Introducción al derecho constitucional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1994, pp. 57 y 58, una mutación constitucional puede producirse por reinterpretación de un término constitucional, que experimenta un desarrollo en la conciencia social; pero la garantía de que el cambio es real y general radica en su admisión expresa y formal, que suele producirse mediante la jurisprudencia constitucional.
50. La apertura de los principios constitucionales permite una actitud más activa por parte de los Tribunales Constitucionales. Esta es la base de la conocida distinción que realiza Dworkin entre concepto y concepción. Para este autor las cláusulas “vagas” que contiene la Constitución son “conceptos”, que en cada momento deben entenderse de acuerdo con una concepción concreta. Véase R. Dworkin, *Los Derechos en serio*, especialmente pp. 213 y ss.
51. Sobre el principio constitucional de “interdicción de la arbitrariedad” como disposición constitucional que contiene un concepto indeterminado, véase T. R. Fernández, *De la arbitrariedad del legislador. Una crítica de la jurisprudencia constitucional*, Madrid, Civitas, 1998; así como, del mismo autor, “Discrecionalidad” e “Interdicción de la arbitrariedad”, en A. Montoya Melgar, dir., *Enciclopedia Jurídica Básica*, Madrid, Civitas, 1995, vol. II, pp. 2517-2522 y 3644-3647.

Todo esto indica que en el caso de la interpretación constitucional se multiplican las razones por las que se llegó a la conclusión de que no existe una teoría dogmática de la interpretación de la ley.⁵² Y si se vuelve a recordar el presupuesto del que se partió, es decir, que el carácter indisponible del parámetro de control se demuestra tan solo a condición de que la actividad creadora esté sujeta a un modo de interpretar y razonar que no queda a la libre disposición del Tribunal Constitucional, la conclusión a la que se puede llegar, ante las circunstancias expuestas, es que la actividad creadora de este órgano no tiene límites. Sin embargo –como ya se puso de relieve con respecto a la interpretación de la ley– para llegar a estas conclusiones es necesario dar un paso intermedio, porque en principio debe defenderse que estos límites, en caso de existir, hay que buscarlos dentro de las motivaciones, es decir, desde una teoría de la interpretación constitucional elaborada por el Tribunal Constitucional. Una teoría que más que un discurso estéril sobre los criterios de interpretación tiene que representar el conjunto de definiciones aptas para individualizar unas directrices o guías que no representan principios lógicos desde los que poder deducir con resolución, sino simples *loci communes* obtenidos empíricamente.⁵³ Estas directrices, una vez individualizadas, servirán tanto como parámetro para controlar la juridicidad de la reconducción de la vida constitucional efectiva a las reglas de la Constitución, como para establecer el carácter de la jurisdicción constitucional.

En este contexto, algo que suele definirse como accesorio del carácter jurisdiccional de la jurisdicción constitucional llega a ser un elemento esencial para la correcta configuración de la misma, ya que frente a la imposibilidad de establecer límites externos tan solo puede existir una vinculación para el Tribunal Constitucional: el respeto de su “estándar” de decisión. Mutaciones injustificadas o pronunciamientos *overruling* demasiado repentinos o bruscos chocarían con el intento de asunción de la coherencia interna del sistema de jurisdicción constitucional como instrumento de control de la misma. Resulta evidente el hecho de que siempre

52. La individualización de los principios y valores constitucionales como causas de la apertura de la Norma Fundamental que permiten un mayor ámbito de discrecionalidad en su interpretación ha sido defendida con diferentes matices. Así, por ejemplo: K. Hesse (“La interpretación constitucional”, en *Escritos de Derecho Constitucional*, Madrid, CEC, 1992, p. 35), advirtió que el recurso acrítico a los valores provocaría una inseguridad en la interpretación. E. W. Böckenförde “Teoría e interpretación de los derechos fundamentales” en *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, Nomos, Baden-Baden, 1993, p. 60, afirma que la teoría de los derechos fundamentales como orden de valores oculta decisiones ponderativas tomadas en otras partes y que de esta forma logran mantener una apariencia racional y, por tanto, se convierte en una forma velada de decisionismo judicial. Igualmente crítico es E. Forsthoff (citado y comentado por A. E. Pérez Luño, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 2005, pp. 284 y ss.) al defender que el método de la jerarquía de los valores es extralegal y extrajurídico y, al mismo tiempo, que “hace inseguro el derecho constitucional y disuelve la ley constitucional en la casuística”, lo cual permite que cuando el juez interpreta de acuerdo a los valores se convierta en “señor de la Constitución”.

53. T. Viehweg, *Tópica y jurisprudencia*, Madrid, Taurus, 1986, p. 15.

habrá que admitir la posibilidad de distinguir, y por tanto aceptar, que el Tribunal pueda argumentar la especificidad del caso respecto de los demás y demostrar la imposibilidad de invocar la autoridad de sus precedentes. No obstante, allí donde esta posibilidad no existe, la fuerza del precedente tendrá que hacerse sentir con toda su plenitud, con el fin de poder hablar de un “criterio de continuidad jurisprudencial críticamente controlada”⁵⁴ como único elemento capaz de asegurar el carácter jurisdiccional del Tribunal Constitucional.

El carácter jurídico o político de las decisiones de este órgano vienen por tanto a depender de una nueva variable: la existencia de una teoría interna de la interpretación constitucional. Que dicha teoría pueda demostrarse es el único instrumento capaz de legitimar la labor de este órgano.

De esta forma, a la pérdida de relevancia de un análisis general de la teoría de la interpretación constitucional se corresponde un potenciamiento del papel de la teoría de la interpretación, plasmada por parte de cada uno de los Tribunales Constitucionales. De hecho, aunque admitiendo que estos órganos sigan por lo general pautas comunes,⁵⁵ no puede dejar de ponerse de relieve el importante papel, en materia de interpretación de la Norma Fundamental, jugado, en primer lugar y en mayor medida, por los valores políticos y sociales que caracterizan cada uno de los regímenes jurídicos en los que los diferentes Tribunales operan, y, en segundo lugar, por las características propias de cada Texto Constitucional considerado desde el punto de vista formal.⁵⁶

A este respecto, es suficiente hacer referencia a las diferentes indicaciones que acerca de la relación y del significado de los términos normas, principios y valores, se ofrecen en las jurisprudencias constitucionales de Estados Unidos, Alemania, España e Italia, y al heterogéneo alcance que en estos estados ha tenido la jurisprudencia de valores.⁵⁷

54. G. Zagrebelsky, habla del “principio de continuidad jurisprudencial críticamente controlada”, como uno de los seis tipos por medio de los cuales puede controlarse la actividad del Tribunal Constitucional, en “Appunti in tema di interpretazione e di interpreti della costituzione”, *Giurisprudenza Costituzionale*, 1970, p. 916.

55. Así por ejemplo el acercamiento entre el sistema de Common Law y el de Civil Law, o la influencia de la jurisprudencia del Tribunal Supremo Estadounidense sobre la justicia constitucional europea. Así, J. Santamaría Ibeas, *Los valores superiores en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid, Dykinson, 1997, pp. 152 y ss.

56. Piénsese, por ejemplo, en la original referencia axiológica contenida en el apartado 11 del art. 1 de la CE y en su efectividad en la práctica. Véanse al respecto, entre otros, J. Santamaría Ibeas, *Los valores superiores en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, pp. 95 y ss.; F. J. Díaz Relvar, *Valores superiores e interpretación constitucional*, pp. 79 y ss.

57. Así, por ejemplo, como característica específica de la jurisprudencia de valores en Estados Unidos puede citarse la evolución de la cláusula del debido proceso, cuya investigación no se centra en el procedimiento legal por el que uno es declarado culpable por haber violado la ley, sino en la propia ley y en si se le puede exigir a una

Por todo ello, la valoración de la labor de interpretación del texto realizada por los *tribunales constitucionales* no puede prescindir de su contexto, y su juridicidad tiene que ser valorada por referencia al valor que los criterios de interpretación adquieren en este contexto, porque solo a condición de que la jurisdicción constitucional se desarrolle en el respeto a los procedimientos y garantías de un discurso racional, y no conforme a prácticas difícilmente ajustables a Derecho, podrá defenderse la legitimidad de este órgano, en cuyas manos se deja depositada la salvaguardia de una Constitución que parece haber renunciado a una de sus principales connotaciones –la rigidez– en nombre de una *ductilidad* que parece más ajustada a las necesidades de los estados constitucionales actuales.⁵⁸

Fecha de recepción: 23 de febrero de 2008.

Fecha de aceptación: 22 de abril de 2008.

persona que obedezca dicha ley. Llegando, de esta manera, a proteger los derechos en contra de cualquier privación legislativa arbitraria. Véase, C. Wolfe, *La transformación de la interpretación constitucional*, Madrid, Civitas, 1991, pp. 202 y ss. También puede citarse la utilización por la jurisprudencia italiana del método del *bilanciamento*, que difiere de la *preferred position* de la doctrina americana y prescinde de “un orden objetivo de valores” tal y como lo ha entendido el Tribunal Constitucional alemán. Sobre ello puede verse; R. Bin, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milán, Giuffré, 1992, pp. 56 y ss.; C. Amirante, “La Costituzione come ‘sistema di valori’ e la trasformazione dei diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte Costituzionale federale”, en *Politica del Diritto*, No. 1, 1981, pp. 9 y ss.; J. C. Gavara de Cara, *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, Madrid, CEC, 1994, pp. 85 y ss.; E. Alonso García, *La interpretación de la Constitución*, Madrid, CEC, 1984, pp. 413 y ss.

58. G. Zagrebelsky, *El derecho dúctil*, Madrid, Trotta, 1999, p. 14.

La responsabilidad del Estado por la falta de efectividad del proceso de integración andino

David Padilla Moreno*

RESUMEN

Aunque ha existido un notable crecimiento del comercio en la Comunidad Andina, la integración se encuentra en una fase imperfecta de unión aduanera. No existe una verdadera solidaridad subregional, ya que cada Estado mantiene su posición en cuanto a la política exterior. Esta visión estatalista se contrapone a la integracionista. La falta de voluntad política es también la causa de una ausencia de efectividad de la Comunidad, cuya consecuencia es la responsabilidad de los países sobre la base de la protección de los derechos de los particulares que se encuentren vulnerados, por cuanto ellos son los principales destinatarios del proyecto integracionista. Por ello, cabe derivar un *derecho de reparación* por los daños que provoque el incumplimiento de las disposiciones comunitarias.

PALABRAS CLAVE: indecisión política, compromisos jurídicos de la Comunidad Andina, derecho de reparación, incumplimiento de disposiciones comunitarias.

ABSTRACT

Although commerce has grown significantly within the Andean Community, the integration process is still at an imperfect phase: a customs unity. There is no real solidarity between the countries of the Subregion, as each State holds an individual position regarding foreign policies. This state-focused vision opposes to integration. Lack of politic willingness is also a cause for the ineffectiveness of the Community. The direct consequence is the responsibility of countries, founded over the ground of their obligation of protecting the rights of individuals, who are the principal addressees of the integration project. It is necessary to consider reparation for the damages caused by the inobservance of communitarian provisions.

KEY WORDS: political indecision, juridical commitments of the Andean Community, reparation rights, inobservance of communitarian provisions.

FORO

* Profesor de Derecho de la propiedad intelectual, Universidad Alfredo Pérez Guerrero (UNAP), y de Comercio Exterior en el Diplomado de Tributación de la Universidad Técnica Particular de Loja (UTPL). Fundador del Estudio Jurídico PH Asociados. Ex Asistente de Magistrado en el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

INTRODUCCIÓN

El Acuerdo de Integración Subregional Andino suscrito en Cartagena de Indias el 26 de mayo de 1969, ha sido modificado en cinco ocasiones por los Protocolos de Lima (1976), de Arequipa (1978), de Quito (1987), de Trujillo (1996) y de Sucre (1997), y tiene una vigencia de más de 37 años. Conocido como el Acuerdo de Cartagena, es el instrumento jurídico que fija el nacimiento del proceso de integración de los ahora cuatro países Andinos: Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú. Sin embargo, es una realidad que la ahora Comunidad Andina no ha alcanzado el grado de integración que previeron sus creadores y visionarios. Por ello, consideramos de suma importancia referirnos al papel que han tenido los Estados suscriptores del Acuerdo en la consecución o no de sus fines.

La Comunidad Andina se muestra actualmente desconocida por los habitantes de los cuatro países, y refleja un proceso de integración económico que ha avanzado a pasos sumamente lentos, en comparación con otros que se han dado en el mundo, lo que ha provocado una escasa credibilidad en la institucionalidad de la integración andina y en el propio proyecto de unidad de los pueblos. Por ello, y dado que el Ecuador, junto a otros países del continente, plantean seguir comprometiéndose en diversos acuerdos de tipo económico-comercial, es imperioso referirse a la responsabilidad que adquieren los Estados cuando alegremente negocian y concuerdan proyectos integracionistas, pero en la práctica no los ejecutan ni concluyen.

En el desarrollo de este ambicioso ideal integrador de la Región Andina, son múltiples las obligaciones que se han ido asumiendo y, ciertamente, no son pocas las que han dejado de ser acatadas por los Estados y por sus respectivos organismos. Este desconocimiento claro de los compromisos adoptados en el marco de un ordenamiento normativo que difiere del propio de cada Estado, así como del proveniente de cualquier otro Tratado internacional, lleva a que sin duda alguna exista la responsabilidad por todo agravio y perjuicio que haya provocado ese incumplimiento de las obligaciones comunitarias. Para fijar la responsabilidad del Estado por esa verdadera y objetiva falta de credibilidad en la Comunidad Andina, corresponde examinar los principales instrumentos normativos que sustentan este proceso,¹ ya que de ellos únicamente se pueden destacar los propósitos de la integración y verificar su falta de concreción.

Según el tipo de integración que se pretende alcanzar se puede confirmar en qué medida se han cumplido los objetivos que se encuentran establecidos en la normativa fundamental de la Comunidad Andina, lo que justifica el análisis de la ausencia

1. Principalmente, el Acuerdo de Cartagena en sus distintas codificaciones, y el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y sus protocolos modificatorios.

de voluntad política de todos los Gobiernos de los países andinos, que viene a ser la principal causa para deslegitimar cualquier proyecto, y que también incide en la falta de políticas integracionistas claras y permanentes. Todo lo anterior sustenta la tesis respecto a la responsabilidad que han tenido los Estados en desanimar cualquier avance y desarrollo del proceso de integración andino.² La responsabilidad lleva implícita el resarcimiento de los daños causados a los perjudicados por el incumplimiento de los compromisos y obligaciones asumidos; por lo que se vuelve imprescindible analizar el modo cómo los perjudicados pueden exigir ese resarcimiento por parte del Estado responsable, en cuyo caso cabe cuestionarse si es realmente necesario que concurra, en lo esencial, la violación de derechos conferidos y expresamente definidos por el propio ordenamiento comunitario, y si existe en la actualidad el procedimiento que se debe seguir para obtener dicha reparación.

FALTA DE EFECTIVIDAD DEL PROCESO DE INTEGRACIÓN ANDINO

La Comunidad Andina se conformó hasta el 21 de abril del año 2006 por el territorio de cinco países, y en la actualidad se compone por los cuatro que hemos aludido anteriormente. Esto implica que la subregión (sin Venezuela) tiene una superficie de 3.806.270 kilómetros cuadrados, con una población estimada de 97 millones de habitantes, y un Producto Interno Bruto que para el año 2002 ascendió a 205 mil millones de dólares para los cuatro países. La Comunidad funciona como una Zona de Libre Comercio desde 1993 entre Bolivia, Colombia y Ecuador, a la que se ha sumado plenamente el Perú a partir de enero de 2006. Se han ido liberalizando paulatinamente los servicios de transporte en sus diferentes modalidades; ha habido un incremento, en más de 80 veces, de las exportaciones intracomunitarias, al pasar de 111 millones de dólares en 1970, a 9.072 millones de dólares en 2005 (valores FOB). El incremento del componente manufacturero de los productos que comercializan los andinos entre sí, pasó del 48 por ciento en 1970 al 90 por ciento en el 2001. Ha aumentado en más de 4 veces la inversión extranjera acumulada, al pasar de 3.400 millones de dólares en 1970, a 14.344 en 2005.³

-
2. Por ejemplo, se puede aludir al conocido tema del Arancel Externo Común (AEC), cuya adopción fue decidida por los presidentes andinos conforme a lo acordado en el Acta de Barahona, en fecha 5 de diciembre de 1991; sin embargo, a pesar de haberse emitido una normativa expresa en el año de 1994 (Decisión 370), hasta ahora no se concreta este compromiso asumido y, sin duda, existen muchos perjuicios y daños que han sido causados, además de la falta de credibilidad en el proceso que ello acarrea.
 3. Referencias estadísticas elaboradas por la Secretaría General de la Comunidad Andina, publicadas en la página web <http://www.comunidadandina.org/>

Cabe destacar que el aspecto esencial que ha permitido alcanzar estas realidades que hoy constituyen la carta de presentación a nivel internacional de la CAN, ha sido la creación –a partir de la suscripción del propio Acuerdo de Cartagena– de una Organización supranacional sustentada en un Derecho propio y especial, que se desarrolla y fortalece según los requerimientos y urgencias del proceso de integración, que goza de características y principios particulares, y que se denomina Derecho comunitario. Así mismo, la Comunidad “es una organización subregional con personería o personalidad jurídica internacional”,⁴ que goza de los privilegios e inmunidades propios de toda Organización Internacional. Además, el ordenamiento comunitario ha establecido órganos autónomos que cumplen las funciones esenciales de un *Supra Estado*, y que gozan de facultades necesarias para seguir alimentándolo.

Volviendo a las estadísticas, ellas nos reflejan que, sin lugar a dudas, los Estados Miembros han logrado crear beneficios del proceso de integración establecido desde 1969. Además, es cierto que unidos en un bloque de integración, cada uno de los países tiene una mejor situación que de encontrarse separados, o incluso enfrentados, en los aspectos económicos y comerciales. Lamentablemente, si bien es justo reconocer los grandes avances que ha tenido el proceso de integración, sobre todo en la década de los años 90, todos esos beneficios solo han sido útiles para un pequeño margen de los habitantes de la subregión, ya que la mayoría de la población no se ha visto favorecida con esos logros. Prueba de la escasa utilidad que representa la Comunidad Andina para una gran parte de sus habitantes, es el desconocimiento mayoritario que se tiene de la misma, y más aún, de las propias instituciones que conforman el Sistema Andino de Integración.

Si bien es cierto que todo proyecto ambicioso de cualquier orden no nace con los problemas ya resueltos, ni con ningún tipo de altibajo, y que, el ir creando una institucionalidad sólida no es tarea fácil, con el transcurso del tiempo y el logro de los objetivos planteados permiten que aquel proyecto se convierta en una realidad. Sin embargo, la CAN, a sus 37 años de haberse ideado, no tiene una verdadera consolidación que la haga ser reconocida y apreciada por una buena parte de la propia población andina. Esta realidad refleja una falta de efectividad de la Comunidad y, aunque es certero reconocer los grandes beneficios y mejoras que reflejan las citadas estadísticas económicas, también es necesario levantar una crítica a la posición de los *países miembros* frente a sus obligaciones, expresamente asumidas en los tratados que dieron nacimiento a este proceso de integración. Por tanto, procede analizar cuáles son los principales compromisos que han debido llevar a cabo los Estados andi-

4. Art. 48 del Acuerdo de Cartagena.

nos, en qué medida se ha dado cumplimiento a los mismos, y a base de ello desprender las causas que justificarían, actualmente, esa falta de credibilidad en la Comunidad Andina.

OBJETIVOS Y FINES DE LA INTEGRACIÓN SEGÚN EL ORDENAMIENTO FUNDAMENTAL: GRADO DE OBSERVANCIA DE LOS MISMOS

El Acuerdo de Cartagena fue publicado en el Ecuador mediante Decreto Ejecutivo No. 1932, de 24 de octubre de 1969, y ha sido objeto de modificaciones, la última de las cuales fue realizada mediante el Protocolo de Sucre de 1997, que entró en vigor el 14 de abril de 2003.⁵ Con su suscripción, conforme lo ha manifestado el Tribunal Andino,

(...) los países firmantes adquirieron un compromiso de carácter internacional que trasciende los principios y características del derecho internacional tradicional, puesto que a más de respetar y cumplir las cláusulas establecidas en el referido Acuerdo se obligaron, dentro del marco, los principios y características propios del derecho comunitario, a cumplir con el ordenamiento jurídico que se establecía a partir del Tratado Constitutivo y que se estructuraba además, sobre la base de las normas jurídicas supranacionales que se iban generando por los distintos organismos comunitarios.⁶

En definitiva, este nuevo ordenamiento llamado Derecho comunitario, viene a limitar el campo de acción de los *países miembros* en determinadas materias, y establece “una coordinación de competencias nacionales y comunitarias”, ya que con la suscripción del Acuerdo de Cartagena, determinadas competencias antes ejercidas solo por cada Estado, hoy se ejecutan “ ‘en común’ por los cinco *países miembros* en el marco de un ordenamiento jurídico y de una estructura institucional, ahora comunitaria”.⁷

Adicionalmente, con la suscripción, el 28 de mayo de 1979 en Cartagena, del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena –actualmente modificado por el Protocolo de Cochabamba de 28 de mayo de 1996, con el que se da vigencia al Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad

5. Codificado mediante Decisión 563 de la Comisión de la Comunidad Andina, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena No. 940, del 1 de julio de 2003.

6. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina emitida en el Proceso 07-AI-98, del 21 de julio de 1999, publicada en la G.O.A.C. No. 490 del 4 de octubre de 1999.

7. Sentencia del TJCA emitida en el Proceso 02-AN-98, de 2 de junio de 2000, publicada en la G.O.A.C. No. 588 de 2 de agosto de 2000.

Andina—,⁸ se prevé de modo expreso la estructura de este nuevo ordenamiento de tipo comunitario, puesto que en su art. 1 se fijan las normas que lo conforman,⁹ y también se desprenden las siguientes características: obligatoriedad, vigencia inmediata, efecto directo y supremacía.

La obligatoriedad se detalla en el art. 2 *ibíd.*, al señalar que “Las Decisiones obligan a los *países miembros* desde la fecha en que sean aprobadas por el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores o por la Comisión de la Comunidad Andina”; la vigencia o aplicabilidad inmediata de sus disposiciones se expresa en su art. 3, en que se indica que, en principio, el Derecho comunitario no requiere ser adoptado por la legislación interna de cada País Miembro, ya que entra a regir a partir de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena (G.O.A.C.), salvo que en la propia norma conste la fecha de entrada en vigor, o cualquier otra disposición expresa. Adicionalmente, cabe indicar respecto de esta característica, que las providencias del Tribunal emitidas en asuntos particulares, también son exigibles inmediatamente conforme lo dispone el art. 41 *eiusdem*.¹⁰ En cuanto al efecto directo de las disposiciones comunitarias, se ha señalado que “constituyen fuente de derechos y obligaciones y, por consiguiente, pueden ser invocadas ante los jueces nacionales por los particulares de los *países miembros* de la comunidad supranacional, en defensa de sus intereses”.¹¹ Finalmente, la supremacía del Derecho comunitario se desprende del art. 4, por cuanto es imperativo y prima “sobre una norma de derecho interno, de manera que allí donde se trate de aplicar normas legales, en actos jurídicos contemplados en el derecho de integración, deberá acudir al ordenamiento jurídico comunitario, con prevalencia sobre el derecho interno”.¹²

-
8. Codificado mediante Decisión 472 de la Comisión de la Comunidad Andina, publicada en la G.O.A.C. No. 483, del 17 de septiembre de 1999.
 9. “Artículo 1.- El ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina comprende:
 - a) El Acuerdo de Cartagena, sus Protocolos e Instrumentos adicionales;
 - b) El presente Tratado y sus Protocolos Modificatorios;
 - c) Las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y la Comisión de la Comunidad Andina;
 - d) Las Resoluciones de la Secretaría General de la Comunidad Andina; y,
 - e) Los Convenios de Complementación Industrial y otros que adopten los Países Miembros entre sí y en el marco del proceso de la integración subregional andina”.
 10. “Artículo 41.- Para su cumplimiento, las sentencias y laudos del Tribunal y los laudos de la Secretaría General no requerirán de homologación o exequátur en ninguno de los Países Miembros”.
 11. Marcel Tangarife Torres, *Derecho de la Integración en la Comunidad Andina*, Bogotá, Editorial Raisbeck, Lara, Rodríguez y Rueda (Baker & McKenzie), 2002, p. 211.
 12. Mauricio Alfredo Vega Plazas, *Derecho Tributario Comunitario. La Armonización Tributaria en el Sistema Andino de Integración*, Bogotá, Legis, 2001, p. 144.

Al hallarse provista la normativa que conforma el Derecho comunitario andino de fuerza vinculante, al tiempo de atribuir derechos impone también obligaciones de hacer y de no hacer a los *países miembros*. En efecto, el referido art. 4 del Tratado declara que los Estados están obligados a adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que integran el ordenamiento jurídico de la Comunidad, y se encuentran comprometidos a no adoptar ni emplear medida alguna que sea contraria a dichas normas o que de algún modo obstaculice su aplicación.

Para que el proceso de integración andino pueda alcanzar el fin para el cual fue estructurado, a través del establecimiento y consecución de los objetivos expresamente establecidos, la Comisión de la Comunidad Andina o el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, aprueban las distintas Decisiones relativas a las materias correspondientes, y la Secretaría General emite las Resoluciones que, comúnmente, vienen a reglamentar o desarrollar con mayor especificidad aquellas Decisiones.¹³

Cabe referirse brevemente al Tratado constitutivo del Parlamento Andino, suscrito el 25 de octubre de 1979, que crea al Órgano deliberante del proceso de integración (art. 1), y que tiene como principales propósitos: coadyuvar a la promoción y orientación del proceso de integración (art. 12, literal a); sustentar el imperio de la democracia en su más amplio ejercicio participativo (literal b); velar por el respeto de los derechos humanos (literal c); promover la participación de los pueblos como actores del proceso de integración (literal d); y desarrollar una conciencia comunitaria andina (literal e).

Volviendo a la norma constitutiva de la Comunidad, en su art. 1 se expresan los objetivos asumidos por los Estados Miembros, referidos a promover su desarrollo equilibrado y armónico en condiciones de equidad, mediante la integración y la cooperación económica y social; a acelerar su crecimiento y la generación de ocupación; a facilitar su participación en el proceso de integración regional, con miras a la formación gradual de un mercado común latinoamericano; a disminuir la vulnerabilidad externa y a mejorar su posición en el contexto económico internacional; a fortalecer la solidaridad subregional y a reducir sus diferencias de desarrollo. Como fin propio e interés fundamental de la Comunidad, los *países miembros* establecen el mejoramiento del nivel de vida de los habitantes de este espacio Subregional. Por lo que, el cumplimiento de los objetivos de desarrollo de los países, viene a ser el medio para procu-

13. En la actualidad, la Comisión de la Comunidad Andina ha emitido 634 Decisiones, y la Secretaría General (junto con el trabajo realizado por la anterior Junta del Acuerdo de Cartagena) ha producido algo más de 1.550 Resoluciones.

rar el fin último de satisfacción de las necesidades fundamentales de los habitantes. Al respecto, el Supremo Órgano Jurisdiccional comunitario ha manifestado que:

En lo que concierne al mejoramiento del nivel de vida, es decir, de las condiciones económicas, sociales y culturales de los habitantes de los Países Miembros, su procuración, en tanto que finalidad del desarrollo y de la integración, pasa por el aumento de los niveles de renta real per cápita y por la evolución de una serie de indicadores económicos, tales como los señalados en el art. 2 del Acuerdo, es decir, la expansión de las exportaciones globales de cada País Miembro, de la balanza comercial, del producto interno bruto, del empleo y del capital, pero también por la satisfacción progresiva de necesidades fundamentales como la alimentación, la salud, la educación, el trabajo y la seguridad social.¹⁴

Para la consecución de los objetivos antes referidos, el art. 3 del Acuerdo establece los mecanismos y las medidas que deberán emplear los *países miembros*, que vienen a ser las políticas que de modo imprescindible deben irse cumpliendo para que la integración anhelada se vaya alcanzando, de los cuales podemos destacar los siguientes:

1. El relacionamiento con esquemas extrarregionales en los ámbitos político, social y económico-comercial (literal a), a través del establecimiento de una “Política Exterior Común” encargada de fortalecer y coordinar las posiciones de los *países miembros* de modo conjunto (capítulo III).
2. La armonización gradual de políticas económicas y sociales (literal b), con miras a lograr el desarrollo integrado del área andina, mediante programas de Desarrollo Industrial, programas de Desarrollo Agropecuario y Agroindustrial, programas de Desarrollo de la Infraestructura Física, programas de Liberación de los Servicios, la armonización de las políticas cambiaria, monetaria, financiera y fiscal, una política comercial común frente a terceros, y la armonización de métodos y técnicas de planificación (capítulo IV).
3. El Programa de Liberación (literal d), cuyo objeto es eliminar los gravámenes y las restricciones de todo orden que incidan sobre la importación de productos originarios del territorio de cualquier País Miembro (capítulo VI).
4. El establecimiento de un Arancel Externo Común (literal e) como medio para alcanzar la armonización gradual de las diversas políticas económicas, y contemplado en niveles adecuados de protección en favor de la producción subregional (capítulo VIII).

14. Sentencia dictada en el Proceso No. 137-IP-2003, del 10 de marzo de 2004, publicada en la G.O.A.C. No. 1054, del 15 de abril de 2004, caso “Demanda de inconstitucionalidad parcial del artículo 4 de la Ley 822 del 10 de julio de 2003”.

5. Los Programas de Desarrollo Agropecuario y Agroindustrial (literal f), cuyos objetivos son, entre otros, el mejoramiento del nivel de vida de la población rural y el incremento de la producción de los alimentos básicos y de los niveles de productividad (capítulo IX).
6. La integración física (literal i), principalmente en los campos de la energía, los transportes y las comunicaciones, implementando las medidas necesarias para facilitar el tráfico fronterizo (capítulo XIII).
7. El adelanto de programas y acciones de cooperación en materias económicas y sociales (segundo párrafo), tales como el aprovechamiento y conservación de los recursos naturales y del medio ambiente, la eliminación de la pobreza de sectores marginales, la “participación plena del habitante de la subregión en el proceso de integración”, el mejoramiento de la calidad de la educación básica, o el fomento y participación de las pequeñas y medianas industrias (capítulo XVI).

En definitiva, podemos concluir que el fin último de la Comunidad Andina es el mejoramiento del nivel de vida de sus habitantes, que se lograría alcanzar con el cumplimiento de los objetivos referidos principalmente a factores económicos, pero que también abarcan lo social y cultural, todo lo cual se concretaría mediante el establecimiento necesario de políticas –o mecanismos y medidas– para ser adoptadas por la Comunidad, y acatadas por los *países miembros*. Aunque solo con potestades deliberantes, el Parlamento Andino puede brindar un gran apoyo al proceso si, en este marco, cumple sus propósitos referidos *ut supra*, relativos a orientar el proceso de integración, defender el imperio de la democracia, vigilar que se respeten los derechos humanos (que, en el marco de aquellos que pertenecen a los sociales, económicos y culturales, perfectamente caben todas las obligaciones asumidas por los Estados y que son objeto del presente análisis), y promover la participación de los ciudadanos en el desarrollo de la Comunidad.

Sin embargo, los objetivos y sus respectivas políticas que, en virtud del propio Acuerdo de Cartagena, competen a los Estados, se refieren fundamentalmente a: i) El desarrollo equilibrado de los Estados en el ámbito económico, que se conseguiría con una balanza comercial favorable, el aumento del producto interno bruto y de la renta real per cápita, el incremento de la producción de alimentos (teniendo en cuenta que se trata de países fundamentalmente agrícolas) y de la productividad de los principales bienes de exportación, generando ocupación, ahorro y consumo, lo que llevaría a una satisfacción progresiva de las necesidades fundamentales (alimentación, salud, empleo, vivienda). ii) La cooperación social, mediante la participación del habitante de la subregión en el proceso de integración. iii) El fomento de la solidaridad subregional, que se lograría con la adopción de una “Política Exterior

Común”, o de posiciones andinas conjuntas frente a terceros en lo económico-social. iv) El establecimiento de un mercado común latinoamericano, para lo cual debe estar en funcionamiento pleno y efectivo una zona de libre comercio (con un Programa de Liberación, y una integración física verdadera), y una unión aduanera (con un Arancel Externo Común) a nivel de la Comunidad Andina.

En el contexto estudiado, podemos entonces afirmar que en materia económica –que es el área a donde más se dirige el proceso de integración–, ha existido un ligero desarrollo de los países que forman parte de la Comunidad Andina, en comparación con su situación en los años 70 (se han incrementado las exportaciones, ha crecido el PIB, y ha aumentado la inversión extranjera, plasmada en cierta industrialización de la economía) y, sin lugar a dudas, ha existido un notable crecimiento del comercio intrasubregional en distintas áreas que antes ni siquiera se podía prever, lo cual ha tenido como principal motor de apoyo toda la normativa de liberalización del comercio que se han ido emitiendo y acatando de modo paulatino. Sin embargo, ese ligero desarrollo –que no implica que se haya dejado el subdesarrollo– no ha sido equilibrado,¹⁵ por cuanto cada Estado ha crecido a su ritmo, y no han existido realmente proyectos de desarrollo conjunto, o que, por ejemplo, se encaminen a especializar la productividad económica de cada Estado, en el sentido de promover la ventaja comparativa junto con el intercambio y complementariedad de la producción de cada País. A esto se suma el elevado nivel de asimetrías que existen incluso dentro de cada País.

En los aspectos económico-sociales, si bien se ha concretado la apertura de fronteras y la libre circulación de personas, lo que ha llevado a una mayor interrelación de los pueblos en los aspectos culturales, fundamentalmente en las zonas fronterizas, así como a un aumento considerable del turismo a nivel subregional, todavía queda mucho por hacer en cuanto a una auténtica participación del habitante en el proceso de integración, lo que consideramos se alcanzaría desde el fomento de la identidad andina a ser enraizado a partir de la educación primaria, que perfectamente corresponde a las funciones del Parlamento Andino, hasta la libre circulación de trabajadores a nivel subregional.¹⁶

15. Tal desequilibrio en el crecimiento económico podemos ver, por ejemplo, en un notable aumento de las exportaciones en importantes áreas de la economía nacional que ha vivido Colombia; un mejoramiento en la administración financiera, con un fuerte apoyo a la productividad nacional y a la colocación de estos bienes exportables en el mercado mundial que ha sabido demostrar el Perú; una estabilidad en su economía mono productiva que vive Venezuela; una diversificación de sus exportaciones que ha alcanzado el Ecuador; y una contracción de la economía que vive Bolivia.

16. Pasa por el mejoramiento conjunto de la educación básica, estudios superiores a nivel andino, validación de títulos en la subregión, apoyo a la micro y mediana empresa, creación de empleo, etc. Todo lo cual debe ser fomentado tanto por los Estados Miembros como por los propios Órganos del Sistema Andino de Integración.

Así mismo, a pesar de haberse consolidado un bloque de negociación andino en ciertos foros internacionales,¹⁷ de existir un capítulo expreso en el Acuerdo de Cartagena que regula lo relativo a las Relaciones Externas, en que se asigna al Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores la potestad de formular la Política Exterior Común “para los asuntos que sean de interés subregional. A tal efecto, concertará posiciones políticas conjuntas que permitan una participación comunitaria efectiva en foros y organizaciones políticas internacionales” (art. 50), y a pesar de que la propia Decisión 458¹⁸ contempla los “Lineamientos de la Política Exterior Común” cuyo objetivo es “El incremento de la capacidad de negociación internacional de los países miembros y de la Comunidad Andina”, no existe una verdadera “solidaridad subregional”, ya que cada Estado continúa manteniendo su posición en cuanto a la política exterior, e incluso llevan a cabo negociaciones con terceros a espaldas de los otros países, o en contra de los compromisos ya asumidos a nivel andino.

Es una realidad que la zona de libre comercio está muy avanzada, por lo que hay muchos más bienes liberalizados que aquellos pocos pero importantes que aún no se negocian (lo que crea trabas, o todo tipo de restricciones al comercio, que es normal que ocurra, hasta cierto punto, en un libre mercado), pero es cierto que no se ha llegado ni a la décima parte que se exige para alcanzar una unión aduanera,¹⁹ lo que destruye cualquier discurso integracionista, y más aún el objetivo de alcanzar un “mercado común latinoamericano”.

¿SE HAN ALCANZADO LOS PRESUPUESTOS QUE SE DEBEN DAR PARA LA CONFORMACIÓN DEL MERCADO COMÚN ANDINO?

En tanto que la conformación del mercado común latinoamericano constituye uno de los objetivos del proceso de integración andino con miras a alcanzar el mejoramiento del nivel de vida de los habitantes de la subregión, y que para alcanzar tal

17. En 1998, la CAN se constituyó como observadora en la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), cuya representación la asume la Secretaría General (Decisión 431). En 1992 y 2003, se suscribieron Acuerdos de Cooperación entre la CEE y la CAN, existiendo otros acuerdos de cooperación y desarrollo de los que emanan derechos y obligaciones para la Organización Andina. Actualmente se negocia en bloque el Acuerdo de Asociación CAN-UE.

18. Decisión 458 de la Comisión de la Comunidad Andina, publicada en la G.O.A.C., No. 444 del 1 de junio de 1999.

19. Al respecto, resulta interesante analizar cronológicamente la situación del Arancel Externo Común en la Comunidad Andina, ya que ello refleja la falta de seriedad de los *países miembros* en llevar a cabo este importante y necesario paso en la conformación del Mercado Común Andino.

objetivo es necesario que se cumplan de modo previo y efectivo los presupuestos de una zona de libre comercio y de una unión aduanera, podemos concluir que para llegar a tal mercado común a nivel Latinoamericano, es necesario alcanzar primero el mercado común de la Comunidad Andina.

Todo proceso de integración de Estados soberanos que avizora un mejoramiento de sus economías –que también acarrea de modo mediato un mayor progreso en los aspectos sociales–, puede ir adquiriendo determinadas características que vienen a constituir una escala ascendente de etapas en que lo más simple representa el mínimo grado de integración, mientras que lo más complejo conlleva un nivel de integración muy avanzado.²⁰ Ello implica que ningún proceso puede alcanzar una determinada etapa sin antes haber culminado de modo satisfactorio otra anterior. Así, tenemos que los procesos de integración de Estados soberanos pueden pasar por una *zona de libre comercio* como primera escala de la integración, lo que una vez satisfecho permite estructurar de modo adecuado una *unión aduanera*, que al ser debidamente conformada y puesta en marcha facilita la adopción de un *mercado común* que, finalmente, habiendo sido alcanzado de modo efectivo, admite establecer una verdadera *unión económica*.

Como ha sido referido, la Comunidad Andina prevé como mecanismo para alcanzar sus objetivos, el establecimiento de un Programa de Liberación, que se traduce en las políticas que deben emplearse para alcanzar una zona de libre comercio, donde cada uno de los *países miembros* abre sus fronteras para permitir el libre intercambio de bienes provenientes de los demás socios en condiciones de igualdad, sin ningún tipo de restricción o traba comercial.²¹ Tras un análisis de lo ocurrido en este campo a nivel Andino, es justo reconocer que los países han sabido, con cierta parsimonia y diferencias –comunes a todo proceso de liberalización–, obtener beneficios compartidos y por ende conseguir este primer paso de la integración. Esto se desprende de la creación de una codificación propia que identifica (interna y mundialmente) los productos de los *países miembros* de la Comunidad (nomenclatura NANDINA y sus constantes actualizaciones); el establecimiento de Normas Especiales para la Calificación y Certificación del Origen de las Mercancías, que permite identificar cada producto como proveniente de algún País Miembro, y por tanto beneficiario de

20. Este tipo de modelos o formas que pueden ir adoptando los proceso de integración entre los Estados ha sido ampliamente desarrollado por los especialistas en la materia, tales como Richard Lipsey G. (*Integración internacional: uniones económicas*), Alberto Zelada Castedo (*Derecho de la Integración Económica Regional*), Marcel Tangarife Torres (*Derecho de la integración en la Comunidad Andina*), y distintos textos y normativa de la Organización Mundial del Comercio.

21. Lo que incluye la eliminación de todo tipo de arancel, la unificación de reglamentaciones y medidas de seguridad para la importación de productos, y la supresión de políticas gubernamentales que favorezcan injustamente a sectores de la economía nacional.

la liberalización comercial; un Régimen Andino sobre control aduanero, que establece los mismos parámetros básicos para ser exigidos en cada Aduana para el comercio intrasubregional, lo cual se apoya en el establecimiento de un sistema de Sanidad Agropecuaria Andina (las mismas reglas en materia fito y zoo-sanitaria para todo los productos), la conformación de un inventario subregional de plagas (imprescindible actualizarlo para exigir nuevos requisitos de importación), normas para el registro, control, comercialización y uso de productos veterinarios, y una gran cantidad de normativa relativa a la liberalización de bienes específicos, tales como: la armonización de legislaciones en materia de productos cosméticos, la norma sobre las medidas para el comercio de productos de la cadena de oleaginosas, la estrategia para la consolidación del mercado ampliado subregional y el mejoramiento de la competitividad de la cadena del arroz, entre otros.

Cabe recordar que el Perú ha tenido un norma propia (Decisión 414), que regula el “Perfeccionamiento de la Integración Andina” para dicho País, y que, a pesar de no constituir un régimen armonizado ni solidario con los demás Estados, se ha ido cumpliendo con suficiente responsabilidad, ya que existen en la actualidad grandes beneficios del Perú hacia la Comunidad y viceversa. Así mismo, existen importantes convenios bilaterales suscritos entre los distintos países y que han corroborado en gran medida para facilitar la liberalización del comercio a nivel comunitario.²²

Adicionalmente, se han emitido importantes regulaciones que facilitan que esa liberalización sea beneficiosa para los comerciantes y para el consumidor, tales como las múltiples normas para la protección y promoción de la libre competencia, las relativas a la eliminación de subsidios y armonización de incentivos a las exportaciones intrasubregionales, y la creación del Comité Andino de Autoridades de Promoción de Exportaciones, entre otras.

En cuanto a la libre circulación de personas, que no corresponde propiamente a una Zona de Libre Comercio, pero que es necesario llevar a cabo con alcances mínimos para facilitar aquella liberación comercial, se ha previsto la Tarjeta Andina de Migración (TAM, Decisión 397), y el reconocimiento de documentos nacionales de identificación (Decisión 503). En materia de servicios –que más bien corresponde a otra de las etapas más avanzadas de un proceso de integración– se han dado importantes liberalizaciones del transporte aéreo, marítimo y multimodal para carga y pasajeros; la liberalización del Transporte Internacional de Pasajeros por Carretera (Decisión 567), la Utilización Comercial del Recurso Órbita-Espectro de los *países*

22. V. gr. el Acuerdo Comercial entre la República del Perú y la República de Bolivia, del 12 de noviembre de 1992, suscrito en el marco de la Decisión 321 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, el cual dispone que “los países signatarios desgravarán el universo de productos en su comercio recíproco” (art. 2), y que “El Programa de Liberación del presente Acuerdo no incluirá ninguna Lista de Excepciones” (art. 3).

miembros (Operación y Explotación de Sistemas Satelitales); las normas que regulan el proceso de integración y liberalización de las telecomunicaciones (Decisión 462); el régimen para el desarrollo e integración del turismo (Decisión 463); y el marco general para la interconexión subregional de sistemas eléctricos e intercambio intracomunitario de electricidad (Decisión 536).

Por último, conforme se ha señalado anteriormente, existe un sinnúmero de decisiones y resoluciones que regulan la adopción del Arancel Externo Común por parte de cuatro *países miembros*, paso indispensable para alcanzar la unión aduanera, y que permitiría que la Comunidad Andina sea efectivamente reconocida a nivel mundial, como un mercado que no solo intercambia libremente sus bienes, sino que también tiene una posición uniforme y conjunta en sus relaciones comerciales con el resto de países. Este mecanismo previsto en el Acuerdo de Cartagena para la consecución de los objetivos de la integración,²³ ha sido propuesto por las *países miembros* como compromiso en favor de la producción Subregional, aunque su cumplimiento se ha dilatado sin que exista en la actualidad una verdadera estructuración y consecución de un arancel externo común, con lo que se impide que la Comunidad avance hacia sus objetivos y fin específicos.

Sin embargo, es necesario reconocer los avances que también se han logrado conseguir en el ámbito de la Unión Aduanera –que es el estado en que se encuentra la Comunidad Andina desde hace varios años–, como el novedoso y práctico “Sistema Andino de Franjas de Precios” (Decisión 371), que constituye un mecanismo que permite gravar las mercancías que se importan a la subregión según el precio del mercado internacional, por lo que al dejar que el arancel fluctúe se ven beneficiados los productos de la Comunidad, que en su mayoría son agrícolas.²⁴ Este sistema ha permitido incluso que los países andinos se enfrenten a terceros con un arma que constituye un fuerte peso en las negociaciones. Esto también ha llevado a que existan lineamientos para la negociación multilateral sobre la agricultura en el seno de la Organización Mundial del Comercio, y la armonización de derechos consolidados y contingentes arancelarios.

23. Art. 3, literal e, y capítulo VIII, arts. 81 a 86.

24. Ya que este tipo de productos son los que más se ven afectados por la variación constante de precios en el mercado. Al Respecto el Tribunal Andino ha señalado que la Decisión 371 “tiene por objetivo establecer el Sistema Andino de Franjas de Precios Agropecuarios, a fin de estabilizar el costo de importación de un grupo de productos agropecuarios caracterizados por una marcada inestabilidad de sus precios internacionales, o por graves distorsiones de los mismos. A este fin, la norma precisa que los *países miembros* han de aplicar, a las importaciones de esos productos procedentes de terceros países, derechos variables adicionales al Arancel Externo Común, cuando los precios internacionales de referencia de dichos productos sean inferiores a determinados niveles piso, y rebajas al Arancel Externo Común cuando tales precios de referencia sean superiores a determinados niveles techo”. Sentencia del TJCA emitida en el Proceso 25-AI-2001, del 4 de junio de 2003, publicada en la G.O.A.C., No. 945 de 14 de julio de 2003.

AUSENCIA DE VOLUNTAD POLÍTICA DE LOS ESTADOS PARA LA CONSECUCCIÓN DE LOS FINES DE LA INTEGRACIÓN

Cabe entonces preguntarnos por qué la Comunidad Andina no es lo que se ha previsto que sea tras 37 años de existencia, o por qué no se concluye lo que los propios tratados constitutivos de la misma expresamente lo prevén. Como respuesta principal a estos cuestionamientos, que no son más que el reflejo de la falta de efectividad del proceso de integración andino, está la ausencia de voluntad política de cada uno de los Estados en cumplir con los objetivos y fines de la integración, y en hacerlos realidad a través de la adopción de medidas, mecanismos o políticas –tanto conjuntas como nacionales– que permitan crear en la Comunidad y percibir sus beneficios.

Siendo aquella falta de voluntad política de los Estados la causa principal de la situación en la que se encuentra la Comunidad Andina, cabe hacer una breve referencia a los principales motivos internos que han llevado a que los países carezcan de una verdadera actitud que favorezca la concreción de un proceso de integración serio y del cual emanen mayores resultados beneficiosos para el habitante de la subregión; sin perjuicio de no profundizar en el análisis de la política exterior de dependencia que, por esos motivos internos, caracteriza a los países de la región, lo que en alguna medida justifica el hecho de que el principal mercado de exportación de los Estados andinos –como el de la gran mayoría de países del mundo– sea los Estados Unidos de Norteamérica, relegando al mercado andino a un segundo plano.

Así, tenemos que en Bolivia, hasta comienzos de los años ochenta, se ha vivido una inestabilidad política debido a las dictaduras vigentes, por lo que el movimiento indígena empezó a crear una fuerte oposición frente a los partidos políticos clásicos que también fueron perdiendo credibilidad. Esto llevó a que se presentara una gran crisis económica y política a finales de la década, pero permitió que en los noventa se diera un fuerte y efectivo proceso de institucionalización democrática, encabezada por Gobiernos de las élites que unidos a través de coaliciones, pudieron incentivar el desarrollo del país. En efecto, “las reformas, por más parciales y calculadas que hayan sido, han tenido efectos sustantivos en la ampliación y democratización del sistema. Los problemas de legitimidad sin embargo persisten...”.²⁵ Estas coaliciones no se mantuvieron y la oposición indígena –que se fundamenta en discursos de extrema izquierda– ha venido ganando mayor protagonismo, lo que ha llevado al País, desde comienzos del nuevo milenio, a una nueva situación de inestabilidad y a una

25. Martín Tanaka, *La situación de la democracia en Bolivia, Chile y Ecuador a inicios de siglo*, Lima, Comisión Andina de Juristas, Serie Democracia, No. 7, 2003, p. 62.

falta de legitimación muy elevada del sistema de Gobierno.²⁶ Con la ascensión del presidente Morales al poder, se están percibiendo cambios en distintos aspectos socioeconómicos y políticos, aunque todavía se espera que estos sean acordes con las necesidades urgentes de la población mayoritaria, que sigue siendo la más necesitada de las que constituyen el proceso andino de integración.

En Ecuador, un desarraigado sistema de partidos políticos provocada por un fuerte regionalismo en la constitución y estructura de los mismos, ha llevado a que el País, desde su regreso a la democracia en 1979, no goce de estabilidad política ni de credibilidad en sus instituciones de Gobierno. Ello también ha permitido que nuevos actores irruman en el escenario político (*outsiders*), solo con discursos populistas que van en contra del orden establecido (*stablishment*), para que se consoliden como líderes relámpagos que no tienen preparación alguna.²⁷ Adicionalmente a ello, la organización y crecimiento del movimiento indígena se ha ido convirtiendo en un fuerte núcleo de oposición que, unido al descontento y poca credibilidad ciudadana de las autoridades, ha llevado a que en la última década el País esté inmerso en una desestabilidad y fragilidad del orden democrático sumamente grave, que pone incluso en riesgo la consolidación del Estado.

En Colombia, a diferencia de los demás países de la región, no fue tan aguda la crisis económica en los años ochenta, y más bien la situación conflictiva interna que llevó a la desaparición de fuertes líderes políticos (magnicidios), provocó que, en lugar de un descontento de los partidos, se cree un bipartidismo sólido (liberales y conservadores). El trabajo más destacable de concertación se hizo al establecer la Asamblea Constituyente de 1991 –en que incluso alcanzó la segunda votación el grupo guerrillero M-19–, lo que permitió que se fijaran bases institucionales sólidas para la década de los noventa. A parte de la terrible situación conflictiva interna en que vive el País, sumado a otras inestabilidades propias de la política, el bipartidismo ha sabido gobernar con eficacia y mayor credibilidad.

En el Perú, a partir del golpe de Estado de 1993 que buscó poner fin al sistema caduco de partidos políticos, se percibió una momentánea recuperación en lo econó-

26. El estudio de Tanaka explica incluso que: “La persistencia de los problemas sociales hizo que la política de pactos fuera percibida por muchos como acuerdos entre élites excluyentes, dentro de una ‘partidocracia’ alejada de los intereses de los sectores populares. A esto hay que sumar por supuesto la reiterada denuncia de prácticas corruptas y clientelísticas en los sucesivos gobiernos. Todo esto hace que Bolivia muestre junto con Ecuador los niveles más bajos de confianza en sus instituciones políticas...”, *ibíd.*, p. 53.

27. Según Tanaka, en el Ecuador no existen partidos políticos con carácter nacional sino regional, lo que “no es tanto problema del sistema de partidos o del sistema electoral, sino expresión de un país efectivamente regionalizado”. Esto impide construir coaliciones estables y que los gobiernos desarrollen “políticas eficaces... esta situación explicaría el relativo atraso de Ecuador en la aplicación de políticas de reforma estructural, por lo que seguiría atrapado en una suerte de limbo, entre un modelo agotado y un nuevo modelo no implementado”, *ibíd.*, pp. 68 a 70.

mico y político, aunque el propio Gobierno cayó en el mismo manejo sucio e incorrecto del poder. Lo anterior, sumado a que durante aquella época no hubo una oposición fuerte puesto que ésta se mantenía dividida (lo cual explica que el movimiento indígena nunca haya representado mayor poder, dado que los partidos clásicos han sabido canalizar ideologías de izquierda que no han hecho necesario crear movimientos distintos), ha llevado a que a la caída de este particular régimen de Fujimori, los antiguos grupos desorganizados de un sistema de partidos colapsado, vuelvan a tomar las riendas del sistema, lo que impide la existencia de una verdadera estabilidad y política a largo plazo.

Por último, como Estado que hace poco ha dejado de ser miembro de la CAN, tenemos que en Venezuela, desde finales de los años ochenta, la crisis económica llevó a una inestabilidad política y a un debilitamiento de los partidos. Tras un golpe de estado fallido, el Presidente no pudo culminar su período, lo cual aventajó a la oposición para llegar al poder y demostró ese debilitamiento de las instituciones y de los actores políticos. En ese período de mitad de los noventa, a pesar de que hubo cambios en los regímenes seccionales, no se vislumbraron líderes que retomaran el orden, lo que explica que un *outsider* con discursos *anti establishment* llegara con gran apoyo al gobierno. Tras una crítica situación política interna, finalmente esta nueva fuerza logró casi eliminar por completo a los partidos clásicos e instaurarse como fuerza única. Lamentablemente, similar a la del Perú, este nuevo Gobierno cayó en el mismo sistema sucio y no transparente de hacer política. A pesar de que se ha buscado no destruir la poca institucionalización que quedaba, y sin que exista en la actualidad alternativa alguna distinta al régimen, se ha llegado a estabilizar la economía mono productiva del País, sin que esto signifique que el sistema autoritario y de manipulación haya permitido alcanzar una efectiva estabilidad y desarrollo.²⁸

En consecuencia, tras este breve recuento de la situación política interna en la que se han venido desarrollando los gobiernos de los cinco países estudiados, se puede afirmar que, sin lugar a dudas, la política exterior dirigida a impulsar el avance y crecimiento de la Comunidad Andina no ha representado, desde hace varios años, la

28. Respecto de estos tres últimos países comentados, Tanaka señala que la debilidad del Estado colombiano “se hace patente en las dificultades o imposibilidad de imponer la autoridad frente a los muchos actores *extrasistémicos*: guerrilleros, paramilitares, narcotraficantes”. Por su parte, la debilidad del Estado en Perú y Venezuela “se manifiesta en las dificultades para implementar políticas públicas eficaces en medio de la crisis económica y de los actores sociales y políticos. Las nuevas fuerzas que aparecen y asumen la conducción del Estado no poseen la fuerza o capacidad para lidiar con las demandas y expectativas de una población sin confianza en el sistema”. En definitiva, concluye el autor que estos tres países “no están solos en su problemática y desafíos, que, con mayor o menor intensidad, están presentes en toda la región. Esto pone sobre la agenda la necesidad de enfrentar colectivamente nuestros problemas. Para esto, un primer paso es conocernos mejor...”. Martín Tanaka, *La situación de la democracia en Colombia, Perú y Venezuela a inicios de siglo*, Lima, Comisión Andina de Juristas, Serie Democracia, No. 4, 2002, pp. 118 y 119.

principal preocupación a nivel gubernamental. Por tanto, si bien el sistema de integración de tipo comunitario, que ha sido establecido a nivel andino, ha permitido que sean sus Instituciones las que en mayor medida trabajen por el desarrollo del proceso, es la difícil y triste realidad política de los Estados la que impide que ese desarrollo cobre un verdadero impulso y muestre más claramente sus resultados.

De todos modos, creemos que existe un País que tiene la capacidad para llevar a cabo el liderazgo que el proceso de integración andino requiere –que debe siempre surgir para que el proyecto avance–,²⁹ aunque no se distingue su verdadera voluntad en hacer realidad los objetivos y fin por el cual se creó la Comunidad Andina, en cuyo caso el ideal bolivariano tardará en alcanzar verdaderos frutos para su población que lo sustenta.

RESPONSABILIDAD DE LOS ESTADOS POR LA FALTA DE EFECTIVIDAD DE LA COMUNIDAD ANDINA

Una vez analizada la situación actual de la Comunidad Andina a la luz del fin último y de los objetivos previstos en las disposiciones normativas que conforman el Derecho comunitario, que reflejan la falta de efectividad del proceso de integración, procede ahora señalar la principal consecuencia que necesariamente acarrea esa realidad andina para los Estados suscriptores del Acuerdo de Cartagena, que es su responsabilidad frente a las obligaciones asumidas. Para ello compartimos plenamente la opinión de que “la responsabilidad del Estado se genera, en principio, siempre que el Derecho Comunitario impone al Estado la obligación de alcanzar un resultado concreto”.³⁰

Así, tenemos que el incumplimiento del ordenamiento positivo, que prevé el establecimiento de derechos y obligaciones para todos los sujetos a quienes va dirigido, acarrea determinada responsabilidad; sin embargo, estimamos que la infracción de los compromisos asumidos en las distintas disposiciones que forman parte del ordenamiento jurídico comunitario, lleva a que los individuos –principales destinatarios del proceso de integración– se sientan desalentados y no confíen en la conquista de

29. Nos referimos a Colombia, que ha sido el País que más ha trabajado por alcanzar los logros de que ahora se beneficia la Comunidad Andina. Eso mismo sucede en otros importantes procesos de integración, destacándose Alemania en el ámbito comunitario europeo, Brasil en el MERCOSUR, y Estados Unidos en el NAFTA. En todo caso, es cierto que quien lidera el proceso es comúnmente quien saca mayores ventajas de los demás; aunque también, si el objetivo es realmente la integración económica con matices sociales, sirve de apoyo para equiparar a los demás países que requieren de mayores privilegios.

30. Ricardo Alonso García, *La responsabilidad de los estados miembros por infracción del Derecho Comunitario*, Madrid, Civitas, 1997, p. 76.

los objetivos integracionistas, lo que trae como resultado aquella falta de credibilidad en el proceso como tal, por lo que el incumplimiento del deber consagrado en la norma positiva viene a ser una de las causas de esa ausencia de efectividad, ya que ésta también deriva de otras razones como la ya aludida carencia de voluntad política, el desconocimiento ciudadano en la Comunidad, los beneficios reducidos y sectorizados de la integración, entre otros, que en definitiva constituyen un debilitamiento del proyecto Comunidad Andina desde los aspectos no solo jurídicos, sino también económicos y sociales.

De todos modos, la principal consecuencia que esa falta de efectividad acarrea, causada por los distintos factores políticos, económicos, jurídicos y sociales, es la responsabilidad que deben asumir y se les debe exigir a los *países miembros*, que se fundamenta en el reconocimiento necesario de que al pertenecer a una comunidad de estados, no solo existe la obligación de aplicar de manera íntegra y uniforme el Derecho comunitario, “sino un deber más amplio de solidaridad política y económica”.³¹ Por ello se tiene que en Europa, a partir de la Declaración Schuman de 1950, se habló de una “solidaridad de hecho” con una visión funcionalista de la integración, ya que “La puesta en común de la producción del carbón y del acero bajo una autoridad autónoma sería un primer paso de un destino en adelante compartido”.³²

Es necesario entonces partir del presupuesto según el cual, la suscripción del Tratado Internacional denominado Acuerdo de Cartagena viene a crear una Comunidad Supranacional de Estados, en que ciertas parcelas de soberanía correspondientes a determinadas materias que antes eran reguladas en exclusiva por cada Estado, han sido constitucionalmente entregadas a dicha Comunidad, para que, a través de una simultánea participación de todos los sujetos que conforman este nuevo espacio de integración (Estados en su acepción más amplia, Órganos del Sistema de Integración, y todo tipo de personas naturales y jurídicas con verdadero interés en la región), sean reguladas de modo uniforme, a fin de alcanzar objetivos directamente relacionados con aquellas materias, y referidos principalmente a aspectos económico-comerciales con trascendencia en el campo social, por cuanto benefician a los Estados todos, así como al proyecto integracionista que se constituye en un ideal compartido de los mencionados actores.

De lo contrario, al no tener claro cuál es la única y necesaria actitud que se debe tener frente a un ambicioso y tan importante proceso de integración como es el comunitario andino, los Estados continuarán actuando en el marco del Derecho Internacional clásico, o más bien del Derecho Internacional del Comercio, que fun-

31. Javier Laso Pérez, *La cooperación leal en el ordenamiento comunitario*, Madrid, Editorial COLEX, 2000, p. 32.

32. *Ibíd.*, pp. 33-34.

damentalmente regula una comunidad en que cada participante solo se ocupa de relacionarse con los demás en salvaguarda de sus propios intereses. Esta visión estatista, que se contrapone a la integracionista, vela exclusivamente por los intereses del Estado, e incluso dentro de éste, por los intereses de ciertos sectores privilegiados, pero se aleja sobremanera del concepto de interés general ya sentado por Rousseau y que fundamenta la idea de interés comunitario explícitamente definido por Jean Monnet como “*une fusion des intérêts particuliers des Etats*”.

En un proceso comunitario de integración, y en toda actividad económica de una Sociedad determinada, defender los intereses propios o nacionales no viene a constituir un acto contrario al principio de colaboración, que permite que se rechacen decisiones comunitarias o conjuntas a pesar de ser beneficiosas para la Comunidad, con fundamento en el propio sistema democrático, que también exige, y de modo fundamental, que los Estados adopten una actitud de “participación efectiva” en las Instancias de decisión comunitarias, contraria a la falta de presencia así como a una estrategia de oposición sistemática y a la paralización del proceso de decisión (...). El concepto de interés comunitario es quizá de difícil concreción pero no está separado de los intereses de los Estados”.³³

De este modo, si los *países andinos* adoptaren como guía en la política exterior a los principios de solidaridad y de cooperación leal, se dejaría de concebir en el ordenamiento comunitario al principio de reciprocidad, que constituye una sanción en el Derecho Internacional Público, especialmente en los acuerdos de carácter económico, y también recogido en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 en su art. 60,³⁴ puesto que permite a una parte desvincularse de sus obligaciones respecto de un Estado que no haya cumplido sus compromisos, lo que en un proceso de integración como la Comunidad Andina lleva simplemente a que no exista progreso. Sin embargo, tal principio, incompatible con un proyecto comunitario, uniforme y compartido de integración, ha sido utilizado de modo reiterado por los propios *países miembros* en casos concretos conocidos en la jurisdicción andina.

Así se tiene que en el Proceso 02-AI-97,³⁵ seguido por la Secretaría General contra la República del Ecuador, a causa del incumplimiento del ordenamiento comunitario al exigir una licencia previa para la importación de licores, el Gobierno alegó que tal incumplimiento “tiene su origen en el grave incumplimiento de la República de Colombia”.³⁶ Al respecto, el Tribunal Andino señaló que si bien

33. Javier Laso Pérez, *La cooperación leal en el ordenamiento comunitario*, pp. 470-474.

34. Que versa sobre la “Terminación de un tratado o suspensión de su aplicación como consecuencia de su violación”.

35. Sentencia del TJCA emitida en el Proceso 02-AI-97, del 24 de septiembre de 1998, publicada en la G.O.A.C., No. 391 del 11 de diciembre de 1998.

36. E incluso en la etapa prejudicial había indicado expresamente el Gobierno ecuatoriano su “positiva disposición

la República del Ecuador, admite el incumplimiento de la Resolución de la Junta del Acuerdo de Cartagena, amparando su incumplimiento en una previa actitud que pueda tomar la República de Colombia frente a su política de comercialización de los licores a nivel Subregional ... el país infractor no ha adoptado las medidas necesarias para que cese el incumplimiento. La infracción denunciada será la contradicción que exista entre la conducta reiterada del país infractor con lo ordenado por la Junta en el dictamen.

En el Proceso 03-AI-97,³⁷ que correspondió a la denuncia de la Secretaría General contra la República de Colombia por su restricción al comercio de licores provenientes del Ecuador, la parte demandada hizo referencia a las “retorsiones del Ecuador”, por las cuales los “licores colombianos, no han podido ni pueden ingresar sino muy ocasionalmente al Ecuador, originándose así una balanza comercial inmensamente desfavorable para Colombia, en el comercio de productos del sector”. En su fallo, el Tribunal desestimó tales argumentos y ordenó al país infractor poner su normativa acorde al Derecho comunitario.

Dentro del Proceso 26-AI-2001,³⁸ la defensa del País Miembro denunciado expresaba que “la situación de incumplimiento acusada es generalizada en los tres países obligados por la Decisión 370”, que el desacato del art. 2 de la Decisión 466, “es resultado de la no ejecución de los compromisos mutuos adquiridos, originada en la omisión del cumplimiento por parte de uno de ellos”, por lo que a su juicio “y a la luz del derecho internacional, le exime... de cumplir con el compromiso que por voluntad de las partes se asumió de manera recíproca y voluntaria por medio de las Decisiones 370 y 466”. En respuesta a tales argumentos que tienen como sustento el principio de reciprocidad, el Tribunal sostuvo que

La República de Colombia tenía la obligación de dar cumplimiento a la Decisión 466 de la Comisión, y no condicionar su obligación al cumplimiento de otros Países Miembros [...] (no constituye) causa eximente para el Gobierno colombiano que otro país incumpla. [...] el derecho comunitario es impositivo, de aplicación directa y de obligatorio cumplimiento. El principio de morosidad se aplica en los tratados bilaterales, no en los acuerdos comunitarios, porque el incumplimiento de uno no implica el de los demás, así el sistema de integración no se desarrollaría como tal, en cambio en un acuerdo donde solo existen

a dejar de inmediato sin efecto las Disposiciones administrativas de licencia previa para la importación de licores procedentes de Colombia, una vez que, sobre la base del contenido y del espíritu del Acuerdo de Cartagena, Colombia, por su parte, cumpla con adherir a sus normas en forma incondicionada, en tanto derogue la legislación que instituye el arbitrio rentístico departamental que le impide abrir en los mismos términos de igualdad, equidad y reciprocidad, el comercio bilateral de licores entre nuestros países”.

37. Sentencia del TJCA emitida en el Proceso 03-AI-97, del 8 de diciembre de 1998, publicada en la G.O.A.C., No. 410 del 24 de febrero de 1999.

38. Sentencia del TJCA emitida en el Proceso 26-AI-2001, del 24 de octubre de 2001, publicada en la G.O.A.C., No. 736 de 27 de noviembre de 2001.

dos partes, el cumplimiento o no de una de esas partes justifica que la otra parte también proceda con la misma conducta, ya que tan solo son sus intereses, y su cumplimiento o no, será siempre recíproco. [...] el incumplimiento que alega Colombia de sus obligaciones no debe estar vinculado al cumplimiento o no de otros Países Miembros, pues el efecto directo de las normas comunitarias no está condicionado a determinada conducta de otros miembros, sino a su compromiso contraído como Estado frente a la Comunidad Andina. [...] el incumplimiento de otro miembro no genera efectos justificatorios o evasivos para evitar el cumplimiento de sus obligaciones como País Miembro de la Comunidad Andina.

Además de la imposibilidad de aplicar el indicado principio de reciprocidad, por cuanto trastoca la solidaridad y cooperación que fundamentan la integración, tampoco es dable a los Estados invocar razones de orden interno para justificar el incumplimiento del ordenamiento comunitario, lo cual ha sido reiteradamente manifestado por el Tribunal Andino. Igualmente, es importante tener en cuenta que al responsabilizar al Estado por la falta de credibilidad que acarrea ese desacato jurídico, aquel no solo abarca al Gobierno en su Función Ejecutiva, sino a todas las funciones e instituciones que con sus actos u omisiones provocan la ausencia de efectividad reflejada en una falta de concreción de los compromisos comunitarios. De igual manera, toda medida de carácter discriminatorio y proteccionista, que adoptan los Gobiernos con exceso de patriotismo y más bien en defensa de intereses económicos particulares, es inconsistente –conforme irónicamente indican los propios especialistas de países desarrollados– con la sola idea de una unión política, incluso de una unión federal limitada, ya que tal proteccionismo en Derecho es el equivalente económico a guerra, pues en esencia es hostil.³⁹

Así mismo, es importante tener en claro que la responsabilidad de estos principales actores del proceso de integración que son los Estados, viene dada por la obligación de respetar los compromisos que ellos mismo –y previo rigurosos estudios y negociaciones– han plasmado de modo unánime en las normas comunitarias, por lo que todo argumento proveniente de un Estado que busque manifestar su posición contraria al momento de haber sido adoptada la norma como defensa de su desacato, no puede ser acogido, por cuanto carece de valor jurídico dado que tales posiciones u observaciones no quedaron plasmadas en la misma. El Tribunal europeo ha sido enfático al respecto, sobre la base de que son las disposiciones normativas las que se

39. En efecto, D.H. Regan, en *The Supreme Court and State protectionism: making sense of the dormant commerce clause*, Mich.L.Rev, 1986, vol. 84, p. 1094, señala que: “[Protectionism] is inconsistent with the very idea of a political union, even a limited federal union. Protectionism in legislation is the economic equivalent of war. It is hostile in essence”.

encuentran “destinadas a los justiciables, quienes han de poder confiar en su contenido, con arreglo a las exigencias del principio de seguridad jurídica”.⁴⁰

En definitiva, son los *países miembros* quienes se encuentran obligados, de conformidad con el art. 4 del Tratado de Creación del Tribunal Andino, a adoptar toda medida necesaria para dar fiel cumplimiento a las normas del ordenamiento jurídico de la Comunidad, ya que un Estado que en beneficio de sus propios intereses, o por causa de cualquiera otra medida de las referidas en este capítulo, desconoce en forma unilateral sus obligaciones comunitarias, en desmedro de los intereses de los demás Estados, de los objetivos y fin de la integración, y por ende de los ciudadanos de la Comunidad, está afectando gravemente la confianza que debe presidir las relaciones entre los países miembros y, conforme lo ha expresado recientemente nuestro Tribunal comunitario en un reciente e importante fallo:

(...) tiene la obligación de reparar las consecuencias que sobrevengan del mismo, ya que si los Países Miembros o particulares no tuvieran la posibilidad de obtener una reparación cuando sus derechos fueran lesionados por una violación del Derecho Comunitario imputable a un País Miembro, la plena eficacia de las normas comunitarias se vería seriamente cuestionada, y menoscabada la protección de los derechos que ellas consagran. (...) el incumplimiento grave, por parte de un Estado Miembro de sus obligaciones y compromisos comunitarios... no solo infringe la norma correspondiente, sino que atenta contra las bases del Acuerdo de Cartagena y del proceso de integración.⁴¹

Con la falta de efectividad del proceso de integración andino, dado el desconocimiento de los objetivos y obligaciones que el proceso de integración exige, y que se encuentran fundamentados en el propio ordenamiento comunitario, viene acompañada la responsabilidad de los Estados que necesariamente debe alcanzar el resarcimiento patrimonial a que están obligados, sobre la base de la protección de los derechos de los particulares que se encuentren vulnerados, por cuanto ellos son los principales destinatarios del proyecto integracionista. En tal virtud, y de modo histórico, el Tribunal Andino reconoció en su fallo último citado, que el País Miembro incumplidor se encontraba compelido a adoptar toda medida necesaria a fin de cesar el incumplimiento declarado, debiendo abstenerse de emitir nuevas medidas restrictivas, “sin perjuicio del derecho de los afectados por el incumplimiento declarado en esta sentencia para que puedan perseguir, en la vía interna, la reparación de los daños y perjuicios que pudieran corresponder”.

40. Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Asuntos acumulados C-283/94, C-291/94 y C-292/94, caso Denkavit International BV, VITIC Amsterdam BV y Voormeer BV vs. Bundesamt für Finanzen, párrafo 29.

41. Sentencia del TJCA emitida en el Proceso 118-AI-2003, del 14 de abril de 2005, publicada en la G.O.A.C., No. 1206 del 13 de junio de 2005.

RESARCIMIENTO POR LOS DAÑOS CAUSADOS

La responsabilidad de los Estados se debe reflejar en el resarcimiento de los daños causados a las personas naturales y jurídicas afectadas por el incumplimiento de las obligaciones comunitarias. De todos modos, es necesario reconocer que son las características o principios del Derecho comunitario los que vienen a constituir el principal fundamento de la tutela de derechos de los particulares, ya que las razones políticas, económicas e incluso sociales antes vistas, que conducen a la situación de escasa efectividad en que se encuentra el proceso de integración, si bien hacen responsables de la misma a los *países miembros*, no pueden recaer en derechos a favor de los afectados sino solo cuando tales acciones u omisiones de los Estados sean exigibles, en virtud de una norma del ordenamiento comunitario, en cuyo caso los derechos sí pueden ser tutelados por los encargados de administrar justicia.

Por ello, consideramos aplicable lo manifestado por los especialistas europeos respecto a que “El Derecho comunitario se configura como un ordenamiento que genera un conjunto de derechos autónomos a favor de los particulares que se integran en su patrimonio jurídico y que se sitúan al margen de aquellos derechos que se pueden derivar de los respectivos ordenamientos nacionales”.⁴² Esta característica de autonomía del Derecho comunitario, sumada a las ya referidas obligatoriedad, aplicación inmediata, efecto directo y supremacía de sus disposiciones, hace que —como lo ha manifestado reiteradamente el Tribunal andino— existan derechos y obligaciones “para todos aquellos a quienes afectan, ya se trate de Estados miembros o de particulares que son parte en relaciones jurídicas que entran en el ámbito del derecho comunitario...”⁴³

Sobre esa base, consideramos que es aplicable al Derecho Comunitario andino lo sentenciado por el Tribunal Europeo en el conocido caso *Francovich*, en el cual, tras recordar la particularidad del Derecho comunitario de engendrar derechos a favor de los particulares, indicó que el mismo “impone el principio de que los Estados miembros están obligados a reparar los daños causados a los particulares por las violaciones del Derecho comunitario que les sean imputables”.⁴⁴ Posteriormente, el Tribunal estableció que “el derecho a reparación constituye el corolario necesario del efecto directo reconocido a las disposiciones comunitarias cuya infracción ha dado lugar al

42. Joan David Janer Torrens, *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos nacionales por infracción del Derecho Comunitario*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, p. 38.

43. Sentencia del TJCA emitida en el Proceso 03-AI-96, del 24 de marzo de 1997, publicada en la G.O.A.C. No. 261 del 29 de abril de 1997.

44. TJCE. Asuntos acumulados C-6/90 y C-9/90, casos *Andrea Francovich y Danila Bonifaci y otros vs. República italiana*, párrafo 37.

daño causado”.⁴⁵ Así, no solo existen las características mencionadas del ordenamiento comunitario que lo hacen especial y distinto del Derecho Internacional Público y de las normas nacionales de los *países miembros*, sino que también cabe derivar un “derecho de reparación” por los daños que provoque el incumplimiento de sus disposiciones.

La importante tesis sentada por el Tribunal europeo fue reafirmando cada vez más, con ciertos altibajos propios de un proceso de integración tan trascendental, y ha ido encaminándose, en definitiva, a que sean los propios jueces nacionales quienes garanticen la plena eficacia del Derecho comunitario y la protección de los derechos conferidos a los particulares, ya que de lo contrario la eficacia del proyecto integracionista se vería cuestionada si los particulares no pudieran obtener una reparación cuando sus derechos fueran lesionados por una violación del Derecho comunitario imputable a un Estado. En ese sentido, el Tribunal europeo estableció los requisitos mínimos para que haya lugar a la responsabilidad de los Estados, y que son necesarios para engendrar el derecho de indemnización a favor de los particulares:

El primero de estos requisitos es que el resultado prescrito por la Directiva implique la atribución de derechos a favor de particulares. El segundo requisito es que el contenido de estos derechos pueda ser identificado basándose en las disposiciones de la Directiva. Por último, el tercer requisito es que exista una relación de causalidad entre el incumplimiento de la obligación que incumbe al Estado y el daño sufrido por las personas afectadas.

Estos requisitos son suficientes para generar, en favor de los particulares, un derecho a indemnización que está basado directamente en el Derecho comunitario.

Con esta reserva, el Estado debe reparar las consecuencias del perjuicio causado en el marco del Derecho nacional en materia de responsabilidad.⁴⁶

En definitiva, para que exista responsabilidad Estatal, y para que ésta sea exigible, es necesario que haya una violación claramente identificada del ordenamiento comunitario respecto de normas que gozan de efecto directo –es decir, de normas que confieren derechos a favor de los particulares y que pueden ser invocadas ante los jueces nacionales–, y que exista un nexo causal entre tal infracción y el perjuicio sufrido. En todo caso, se puede señalar que esa clara identificación de la infracción es lo que ha traído no pocos debates en el seno de la Justicia europea, ya que el margen de apreciación de cada Estado al respecto puede variar notablemente. Por ello, opina la doctrina en el sentido que:

45. TJCE. Asuntos acumulados C-46/93 y C-48/93, casos Brasserie du Pêcheur S.A. vs. Bundesrepublik Deutschland y The Queen vs. Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd. y otros, párrafo 22.

46. TJCE. Asuntos acumulados C-6/90 y C-9/90, ya citados, párrafos 40 a 42.

La exigencia de que para interponer una demanda de indemnización contra los poderes públicos nacionales se produzca una violación suficientemente, caracterizada de una disposición comunitaria que atribuya derechos subjetivos a los particulares y que medie un nexo causal entre la conducta contraria al ordenamiento comunitario y el perjuicio que se ha generado, pone de relieve el carácter restrictivo y poco acorde con la tutela de los derechos subjetivos de los particulares.⁴⁷

Cabe destacar que el derecho de reparación o indemnización que tienen los particulares, en virtud de la responsabilidad del Estado, se hace extensivo a todos los poderes públicos, como ocurre cuando es el Congreso de un País quien no aprueba las leyes necesarias para dar cumplimiento a las disposiciones comunitarias, en cuyo caso, de demostrarse que esta inactividad del Legislativo ha producido un daño al no poder gozar del derecho conferido por la norma comunitaria, es procedente entablar la acción de responsabilidad. La doctrina, al respecto, señala que “En definitiva, el principio es válido para cualquier supuesto de violación del Derecho comunitario independientemente de cuál sea el órgano del estado miembro a cuya acción u omisión se deba el incumplimiento”.⁴⁸

Un parámetro de apreciación sobre el incumplimiento suficientemente caracterizado o manifiestamente identificado de la norma comunitaria, por parte de cualquier entidad con funciones de Estado, puede entonces desprenderse cuando, por ejemplo, “nos encontramos ante una obligación claramente delimitada de actuar, o de abstenerse de hacerlo, conforme a cláusulas de *stand still*”.⁴⁹ Es evidente que el derecho de los particulares a reclamar cualquier indemnización nace de la existencia de normas que crean derechos subjetivos a su favor, aunque corresponde a una autoridad verificar la existencia de esos derechos, su violación por parte del Estado, y el nexo causal entre tal desacato y el daño sufrido, en cuyo caso se estima que no es necesario una sentencia del Tribunal comunitario que declare cualquier incumplimiento. Al respecto, el Órgano Judicial europeo ha expresado que:

Uno de estos requisitos consiste en que la violación del Derecho comunitario esté suficientemente caracterizada. Pues bien, la existencia de una sentencia anterior del Tribunal de Justicia en la que se declare el incumplimiento es un elemento sin duda alguna determinante, pero no indispensable para comprobar que se cumple dicho requisito (...) supe-

47. Joan David Janer Torrens, *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos nacionales por infracción del Derecho Comunitario*, p. 366.

48. Martín Araceli Mangas y Diego Liñán Noguera, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Madrid, Tecnos, 2002, pp. 433 y 434.

49. Ricardo Alonso García, *La responsabilidad de los Estados miembros por infracción del Derecho Comunitario*, p. 73. Debe entenderse a la obligación de *stand still* como el deber de los Estados de no aumentar los aranceles existentes, ni crear nuevos aranceles o medidas de efecto equivalente.

ditar la reparación del daño a la exigencia de una declaración previa, por parte del Tribunal de Justicia, de un incumplimiento del Derecho comunitario imputable a un Estado miembro sería contrario al principio de efectividad del Derecho comunitario, puesto que excluiría todo derecho a indemnización mientras el presunto incumplimiento no hubiera sido objeto de un recurso interpuesto por la Comisión en virtud del art. 169 del Tratado y de una condena por parte del Tribunal de Justicia.⁵⁰

Por tanto, para que realmente exista efectividad de la Comunidad Andina, o confianza en el proceso de integración, debe reconocerse la competencia de los jueces nacionales para declarar que la inobservancia o desconocimiento del Estado de una norma comunitaria, que confiere derechos a favor de los particulares, puede o no ser calificada de suficientemente caracterizada para generar responsabilidad del Estado infractor. En ese proceso de indemnización por los daños sufridos, a causa del incumplimiento de las obligaciones comunitarias por parte de un Estado, que conozca el juez nacional, será perfectamente aplicable, al no estar claro el alcance del precepto comunitario presuntamente incumplido, según el grado del juez, “y con independencia de la mayor o menor presencia de elementos reglados o discrecionales... recurrir a la cuestión prejudicial”.⁵¹ De este modo, será el Tribunal comunitario quien conozca de modo indirecto el asunto y establezca una interpretación auténtica y vinculante respecto de la norma andina para el caso concreto, el que velará por la uniformidad en la aplicación de ese precepto comunitario y quien dará el correcto alcance en el contexto integracionista a dicha norma, a fin de que se reconozca o no el derecho del particular para ser indemnizado por el Estado transgresor.

Visto lo anterior, y conforme lo plantea la doctrina europea, cabe analizar en el ámbito comunitario andino si la acción de indemnización “ha de considerarse subsidiaria o alternativa con relación a otras acciones, problema especialmente espinoso si la pretensión de un ejercicio efectivo del derecho sustantivo y la pretensión de un ejercicio efectivo del derecho a indemnización han de ventilarse ante distintos órdenes jurisdiccionales”.⁵² Esto lleva a que se formulen incluso críticas, dado que, si bien el Tribunal europeo ha avanzado de modo sorprendente en el establecimiento del principio de responsabilidad del Estado,

...los problemas reales de los ciudadanos ante una infracción estatal en (*rectius* de) normas directamente aplicables... [Son]: primero, tiene que entablar un juicio reclamando los derechos que le confiere la norma comunitaria (con eventual reenvío prejudicial), después

50. TJCE. Asuntos acumulados C-46/93 y C-48/93, casos Brasserie du Pêcheur, ya citados, párrafos 93 y 95.

51. Ricardo Alonso García, *La responsabilidad de los Estados miembros por infracción del Derecho Comunitario*, p. 98.

52. *Ibid.*, p. 33.

tiene que iniciar otro proceso para demostrar la relación de causalidad entre el daño y la falta de transposición de la directiva (con eventual reenvío prejudicial sobre si hay o no violación caracterizada). Necesitará tener un gran patrimonio para soportar tanto juicio, muchísima suerte para tener un buen juzgador...y paciencia para cobrar la reparación del Estado.⁵³

Sobre la base de estas consideraciones, es necesario puntualizar que la acción de indemnización por los daños sufridos, que en el caso del Ecuador puede corresponder a cualquier acción de daños y perjuicios a ser interpuesta contra el Estado,⁵⁴ o contra el Órgano que haya violado la norma comunitaria, no depende de otra acción que busque declarar el incumplimiento del Estado. En efecto, la acción de incumplimiento prevista en el Tratado de Creación del Tribunal Andino es independiente de la acción que el propio Tratado prevé en su art. 31.⁵⁵ En consecuencia, todo particular que se vea perjudicado en sus derechos, sobre la base de una disposición del ordenamiento andino que le confiera tales derechos, podrá entablar:

- i) Bien sea la acción de incumplimiento ante el Tribunal comunitario, previo el agotamiento del procedimiento administrativo a instancias de la Secretaría General de la Comunidad, en cuyo caso, de existir una sentencia favorable del Tribunal, podrá, en virtud del art. 30 del mencionado Tratado,⁵⁶ requerir al juez nacional la indemnización de daños y perjuicios por parte del Estado; o,
- ii) Entablar directamente ante el juez nacional la acción de daños y perjuicios correspondiente contra el Estado, o contra la autoridad administrativa o de cualquier índole que cumpla las funciones de Estado, para que cese el incumplimiento de la norma jerárquicamente superior, y se le indemnice por los daños sufridos. Dependerá del órgano del Estado por cuya acción u omisión se estén violado los derechos de los particulares, consagrados en una norma del ordenamiento comunitario, para que se interponga la respectiva acción –admi-

53. Martín Araceli Mangas y Diego Liñán Nogueras, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, p. 437.

54. El principal fundamento para ello lo tenemos, para el caso ecuatoriano, en el art. 20 de la Constitución Política de la República. Así mismo, en lo que respecta a la Función Ejecutiva, existen los arts. 209 a 213 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva sobre la responsabilidad de las administraciones públicas. Finalmente, se considera que es de aplicación lo previsto en el art. 63 del Código de Procedimiento Civil, que establece la adopción del trámite ordinario a toda controversia del Derecho Común que no tenga un procedimiento especial.

55. “Artículo 31.- Las personas naturales o jurídicas tendrán derecho a acudir ante los Tribunales nacionales competentes, de conformidad con las prescripciones del derecho interno, cuando los Países Miembros incumplan lo dispuesto en el artículo 4 del presente Tratado, en los casos en que sus derechos resulten afectados por dicho incumplimiento”.

56. “Artículo 30.- La sentencia de incumplimiento dictada por el Tribunal, en los casos previstos en el artículo 25, constituirá título legal y suficiente para que el particular pueda solicitar al juez nacional la indemnización de daños y perjuicios que correspondiere”.

nistrativa o contenciosa— según las prescripciones de la legislación nacional.⁵⁷ De este modo, será más bien esta acción que conozcan los jueces nacionales la que hará posible que el Estado cumpla más efectivamente su obligación comunitaria, y haga cierta la vigencia de los derechos consagrados por el ordenamiento de la Comunidad Andina. La actuación del juez nacional en cualquiera de los dos procedimientos, que insistimos son independientes aunque también excluyentes,⁵⁸ debe ser muy cautelosa y apegada a los principios que fundamentan el Derecho comunitario, por cuanto su propio accionar puede causar responsabilidad del Estado. En cuanto a la indemnización que debe ser cubierta por el Estado, el juez debe tener en cuenta para su cálculo los principios de equivalencia y efectividad, que permiten que la reparación no sea menos favorable en relación al daño y perjuicio sufridos, además de que sea verdaderamente exigible y eficaz.

Resta establecer el procedimiento que debe seguirse para que proceda la acción por indemnización y que lo conozcan los jueces nacionales, y para que también sea efectiva, por cuanto todo juez debe primero gozar de competencia para conocer cualquier causa para validar su actuación. Frente a este escenario, el Tribunal europeo señaló que el Derecho nacional puede fijar estándares mínimos, ya que:

(...) a falta de una normativa comunitaria, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro designar los órganos jurisdiccionales competentes y regular las modalidades procesales de los recursos judiciales destinados a garantizar la plena protección de los derechos que corresponden a los justiciables en virtud del Derecho comunitario. Debe señalarse, además, que las condiciones, de fondo y de forma, establecidas por

57. En el caso del Ecuador pueden aplicarse las disposiciones consagradas en el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, arts. 69, 77, 79, 83 y en el libro II sobre el procedimiento administrativo común de la Función Ejecutiva, cuando sea algún órgano o entidad que integra la Administración Pública Central e Institucional y que dependa de la Función Ejecutiva, al que deba denunciarse por la violación de la norma jerárquicamente superior. También serán aplicables, consecuentemente, las previsiones de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, o toda disposición en materia tributaria, aduanera, comercial, entre otras, que faculte al órgano competente a exigir del Estado (o de cualquier ente, institución o autoridad administrativa que cumpla las funciones de Estado), una actuación determinada que permita cesar con el desconocimiento de la norma comunitaria en beneficio del habitante de la subregión.

58. Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina: “Artículo 25.- Las personas naturales o jurídicas afectadas en sus derechos por el incumplimiento de un País Miembro, podrán acudir a la Secretaría General y al Tribunal, con sujeción al procedimiento previsto en el artículo 24.

La acción intentada conforme a lo dispuesto en el párrafo anterior, excluye la posibilidad de acudir simultáneamente a la vía prevista en el artículo 31, por la misma causa”.

Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina: “Artículo 49.- Requisitos adicionales de la demanda en acción de incumplimiento. La demanda de incumplimiento deberá llevar anexa, además de lo determinado en el artículo 46: (...) c) Si el actor es una persona natural o jurídica, deberá, además, adjuntar declaración bajo juramento de que no se está litigando por los mismos hechos ante ninguna jurisdicción nacional”.

las diversas legislaciones nacionales en materia de indemnización de daños no pueden ser menos favorables que las referentes a reclamaciones semejantes de naturaleza interna y no pueden articularse de manera que hagan prácticamente imposible o excesivamente difícil obtener la indemnización.⁵⁹

Ese criterio ha sido matizado con posterioridad, siendo oportuno en el presente trabajo recoger el precedente sentado en la sentencia *Brasserie du Pêcheur*, en el sentido que

(...) la reparación de los daños causados a particulares por violaciones del Derecho comunitario debe ser adecuada al perjuicio sufrido, de forma que permita garantizar una tutela efectiva de sus derechos (...) para determinar el perjuicio indemnizable, el juez nacional puede comprobar si el perjudicado ha actuado con una diligencia razonable para evitar el perjuicio o reducir su importancia, y, si, en especial, ha ejercitado en tiempo oportuno todas las acciones que en Derecho le correspondían. (...) Corresponde al órgano jurisdiccional nacional pronunciarse respecto a las clases de perjuicios indemnizables conforme al Derecho nacional que aplica (...) la reparación, a cargo de los Estados miembros, de los daños que han causado a los particulares por las violaciones del Derecho comunitario debe ser adecuada al perjuicio por éstos sufrido. (...) No es conforme al Derecho comunitario una normativa nacional que limite, de manera general, el daño indemnizable únicamente a los daños causados a determinados bienes individuales especialmente protegidos, excluyendo el lucro cesante sufrido por los particulares. (...) admitir que la obligación de indemnización a cargo del Estado miembro interesado pueda limitarse únicamente a los daños sufridos con posterioridad a que se haya dictado una sentencia del Tribunal de Justicia en la que se declare el incumplimiento de que se trate equivaldría a volver a poner en entredicho el derecho a indemnización reconocido por el ordenamiento jurídico comunitario.⁶⁰

Por tanto, es el ordenamiento jurídico comunitario que fija el derecho de los particulares a ser indemnizados por los daños y perjuicios causados por los Estados al incumplir lo en él previsto, en cuyo caso se debe entender que el fundamento normativo que legitima la actuación de los jueces nacionales que gozan de competencia para conocer de cualquiera de las acciones antes referidas, va más allá de las disposiciones adjetivas nacionales, y se encuentra justamente en aquellas normas de Derecho comunitario que son de obligatorio cumplimiento y que ostentan de preeminencia en relación a cualquier norma nacional que las contradiga.

En todo caso, a pesar de que existe el fundamento en el Derecho comunitario, es cierto que no hay regulación procedimental de las acciones que debe seguirse ante

59. TJCE. Asuntos acumulados C-6/90 y C-9/90, ya citados, párrafos 42 y 43.

60. TJCE. Asuntos acumulados C-46/93 y C-48/93, ya citados, párrafos 82, 84, 88, 89 y 94.

los jueces nacionales; sin embargo, vemos cómo claramente ha sido el Tribunal europeo que, en salvaguarda de los derechos de los particulares y siempre atento a la observancia de requisitos y procedimientos claros y del debido proceso, ha ido brindando la solución más apropiada para que la integración sea efectiva y ofrezca confianza y credibilidad a sus ciudadanos. Si bien lo más adecuado es que exista una norma comunitaria que establezca ese procedimiento y demás aspectos para hacer aún más viable la garantía de los derechos de los particulares, lo cual difícilmente se da a nivel comunitario andino dado que ello simplemente implica que los propios Estados actúen en perjuicio propio, creemos que sí es posible en la actualidad encontrar las vías jurídicas apropiadas para que la responsabilidad de los Estados, por la falta de efectividad del proceso de integración andino, brinde los derechos suficientes a los particulares afectados en beneficio, finalmente, del proyecto integracionista como tal.

CONCLUSIONES

- Debemos ser conscientes de que el pertenecer a una Comunidad de integración con fines muy importantes en lo económico y social, beneficia a todos los Estados, a pesar de que, de modo incidental, algunas disposiciones comunitarias puedan ser vistas como contrarias a ciertos intereses individuales, los mismos que deben ser dejados de lado, por cuanto muchas de las veces responden a pequeños y poderosos grupos de poder. Asimismo, no hay duda de lo favorable para cada uno de los *países miembros* que enfrentemos la globalización de modo unido en un bloque de integración, a pesar de que en la actualidad una buena parte de los beneficios que ha traído este proceso andino han sido útiles para un pequeño margen de los habitantes de la subregión, ya que la mayoría de la población no se ha visto favorecida con esos logros. Queda, por tanto, todavía mucho por hacer en cuanto a una auténtica participación del habitante en el proceso de integración, constituyéndose como clave para que la Comunidad Andina sea alternativa para el desarrollo de los pueblos, que se alcance un equilibrio entre el interés comunitario y los individuales o sectoriales.
- Siendo el fin último de la Comunidad el mejoramiento del nivel de vida de sus habitantes, éste se lograría alcanzando el cumplimiento de los objetivos referidos principalmente a factores económicos, pero que también abarcan lo social y cultural, todo lo cual se debe ir concretando mediante el establecimiento necesario de políticas –o mecanismos y medidas– para ser adoptadas por la Comunidad, y acatadas por los *países miembros*. Sobre esa base, se tiene que en materia económica, sin lugar a dudas, ha existido un notable creci-

miento del comercio intrasubregional en distintas áreas, lo que ha tenido como principal motor de apoyo la normativa de liberalización del comercio que se ha ido emitiendo y acatando de modo paulatino. En la actualidad, la Comunidad Andina se encuentra desde hace ya varios años en una etapa inicial de Unión Aduanera, a pesar de no existir una verdadera estructuración y consecución de un arancel externo común, lo que impide que se avance hacia los demás objetivos de la integración.

- Se puede afirmar que no existe una verdadera “solidaridad subregional”, ya que cada Estado continúa manteniendo su posición en cuanto a la política exterior, lo que hace que esta visión estatalista –que se contrapone a la integracionista– precautele exclusivamente los intereses del Estado, e incluso dentro de éste los intereses de ciertos sectores privilegiados, pero se aleje sobremanera del concepto de interés comunitario. Por tanto, es necesario que los *países andinos* adopten como guía en la política exterior de cada Estado a los principios de solidaridad y de cooperación leal, dejando de lado al principio de reciprocidad. En definitiva, es la carencia de políticas transparentes en beneficio del anhelo bolivariano, reflejada en la falta de voluntad política de los Estados, lo que constituye la causa principal de la ausencia de efectividad en la que se encuentra la Comunidad Andina. La principal consecuencia que esa falta de efectividad acarrea, es la responsabilidad que deben asumir y se les debe exigir a los *países miembros*, sobre la base de la protección de los derechos de los particulares que se encuentren vulnerados, por cuanto ellos son los principales destinatarios de todo el proyecto integracionista.
- En consecuencia, es razonable que se reconozca al sistema de integración de tipo comunitario establecido a nivel andino, como el mecanismo que permita que sean sus Instituciones las que en mayor medida trabajen por el desarrollo del proceso, además de que son las características o principios del Derecho comunitario los que constituyen el principal fundamento de la tutela de derechos de los particulares. De este modo, el hecho que se desconozcan los compromisos adoptados en el marco de un ordenamiento comunitario, lleva a que sin duda alguna exista la responsabilidad por todo agravio y perjuicio que provoca ese incumplimiento. En efecto, los daños que provoca el incumplimiento de las disposiciones comunitarias, deriva en un derecho de reparación exigible al Estado, derecho de los particulares para ser indemnizados por los daños y perjuicios causados por los Estados al incumplir lo que en él está previsto y que encuentra su fundamento en el propio ordenamiento jurídico comunitario. En todo caso, para que proceda la reparación será necesario que exista una violación claramente identificada del ordenamiento común respecto de

las normas que gozan de efecto directo, y que exista un nexo causal entre tal infracción y el perjuicio sufrido.

- No es imprescindible una sentencia del Tribunal comunitario que declare cualquier incumplimiento para requerir la indemnización del Estado, ya que todo particular que se vea perjudicado en sus derechos, sobre la base de una disposición del ordenamiento andino que le confiera tales derechos, pueda entablar dos acciones autónomas y excluyentes: la acción de incumplimiento ante el Tribunal comunitario, para que con una sentencia favorable pueda requerir al juez nacional la indemnización de daños y perjuicios; o la acción directa ante el juez nacional por los daños y perjuicios causados por el Estado, para que cese el incumplimiento de la norma jerárquicamente superior, y se le indemnice por los daños sufridos. En cualquiera de las acciones antes referidas para ser interpuestas ante los jueces nacionales, el fundamento que legitima la actuación de los mismos y que les otorga competencia, va más allá de las disposiciones adjetivas nacionales, y se encuentra justamente en las normas de Derecho comunitario.
- Con miras a que exista una verdadera efectividad del proceso de integración andino, es necesario que se reconozca la competencia de los jueces nacionales para declarar que la inobservancia o desconocimiento del Estado de una norma comunitaria que confiere derechos a favor de los particulares, puede o no ser calificada de suficientemente caracterizada para generar responsabilidad del Estado infractor. En efecto, corresponde a los propios jueces nacionales garantizar la plena eficacia del Derecho comunitario y la protección de los derechos conferidos a los particulares, ya que de lo contrario sería la propia eficacia del proyecto integracionista que se vería cuestionada si los particulares no puedan obtener un resarcimiento cuando sus derechos han sido lesionados. A pesar de que no existe una norma comunitaria que establezca el procedimiento y demás aspectos para hacer aún más viable la garantía de los derechos de los particulares, lo que vuelve adecuada su pronta regulación, sí es posible encontrar actualmente las vías jurídicas apropiadas para que exista la responsabilidad de los estados y el correspondiente derecho de reparación.

BIBLIOGRAFÍA

Araceli Mangas, Martín, y Diego Liñán Nogueras, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Madrid, Tecnos, 2002.

Cobrerros Mendazona, Edorta, “La responsabilidad por actuaciones judiciales. El último gran paso en la responsabilidad de los Estados por el incumplimiento del Derecho comunitario”, en *Revista española de Derecho Europeo*, tomo 10, Madrid, abril-junio 2004.

- García, Ricardo Alonso, *La responsabilidad de los Estados miembros por infracción del Derecho Comunitario*, Madrid, Civitas, 1997.
- Janer Torrens, Joan David, *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos nacionales por infracción del Derecho Comunitario*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.
- Laso Pérez, Javier, *La cooperación leal en el ordenamiento comunitario*, Madrid, Editorial COLEX, 2000.
- Regan, D.H., *The supreme Court and State protectionism: making sense of the dormant commerce clause*, Mich.L.Rev., vol. 84, 1986.
- Tanaka, Martín, *La situación de la democracia en Colombia, Perú y Venezuela a inicios de siglo*, Lima, Comisión Andina de Juristas, Serie Democracia, No. 4, 2002.
- *La situación de la democracia en Bolivia, Chile y Ecuador a inicios de siglo*, Lima, Comisión Andina de Juristas, Serie Democracia, No. 7, 2003.
- Tangarife Torres, Marcel, *Derecho de la Integración en la Comunidad Andina*, Bogotá, editorial Raisbeck, Lara, Rodríguez y Rueda (Baker & McKenzie), 2002.
- Vega Plazas, Mauricio Alfredo, *Derecho Tributario Comunitario. La Armonización Tributaria en el Sistema Andino de Integración*, Bogotá, Legis, 2001.

Fecha de recepción: 24 de enero 2008.
Fecha de aceptación: 22 de abril de 2008.

Control de las leyes tributarias y los efectos de su declaración de invalidez*

*José Vicente Troya Jaramillo***

RESUMEN

Este estudio analiza la potestad tributaria o de creación de tributos, los principios y cuestiones de orden tributario que obran en la Constitución Política, el sistema de control de la constitucionalidad de las leyes y de las normas, con especial aplicación al ámbito tributario, y los efectos de ese control. Se circunscribe principalmente a la legislación ecuatoriana, mas, brevemente se refiere a otros países. Incluye la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Ecuador.

PALABRAS CLAVE: potestad tributaria, tasas o derechos y contribuciones especiales, principios constitucionales tributarios, control constitucional sobre las leyes.

ABSTRACT

This study analyzes the tributary power or the authority to create taxes; the principles and other tributary provisions foreseen in the Political Constitution; the system that has been designed to control the constitutionality of laws and other legal dispositions, with special emphasis in tax legislation; and the effects of such control. The study is circumscribed to Ecuadorian legislation; however, it refers as well to other countries. It includes the jurisprudence of the Ecuadorian Constitutional Tribunal.

KEY WORDS: tributary power, fees or rights and special contributions, constitutional tax principles, constitutional control of laws.

FORO

* Documento presentado en el Seminario de Derecho Constitucional Tributario en Iberoamérica, México DF y Guadalajara, 26 de junio al 11 de julio de 2006.

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

LA POTESTAD TRIBUTARIA O DE CREACIÓN

La *potestad tributaria* o de creación, distinta de la *potestad de imposición* o de aplicación, se ha diversificado en años recientes. Corresponde al Congreso crear, modificar o suprimir tributos, sin perjuicio de las atribuciones que se confieren a los organismos del régimen seccional autónomo. El modelo del Estado es unitario, mas, se enfatiza en la descentralización y en el potenciamiento de los entes del régimen seccional. Bien se puede afirmar que se han sentado las bases para que el Estado ecuatoriano deje de ser unitario y altamente centralizado y pase a ser unitario pero descentralizado. No se dan los problemas propios de los estados federales en que coexisten, en un grado mayor o menor, potestades tributarias o de creación entre estos y sus estados, provincias o cantones que los integran.¹ Es el caso de México, de Estados Unidos, Argentina, Brasil, Alemania, Suiza. Se suele afirmar y con razón que esas potestades son reconocidas constitucionalmente, mas, que preexisten por la propia construcción de los estados federales. De allí que no quepa hablar de potestades tributarias mayores y menores, cual ocurre en los estados unitarios descentralizados, sino de potestades proporcionadas a la magnitud de las entidades que sirven.² El problema, entonces, suele ser de coordinación entre esas diferentes potestades, singularmente en lo concerniente a casos límite. Además, se puede prever sistemas para dirimir ese tipo de conflictos.³ Para toda esta masa crítica, tiene enorme importancia el entorno constitucional.

A los gobiernos provincial y municipal, se les confiere la titularidad de una porción de la *potestad tributaria*, en la medida en que se les faculta crear, modificar y suprimir tasas o derechos y contribuciones especiales. Se excluyen los impuestos.⁴

Existen otros casos en los que la propia Constitución, aunque sea limitadamente, prevé que algunos organismos coparticipen de la *potestad tributaria*. El Consejo Nacional de la Judicatura *fijará el monto de las tasas por los servicios judiciales*. De acuerdo al nuevo sistema, el servicio de administración de justicia será pagado, salvo los casos penales, laborales, de alimentos y de menores.

-
1. José Vicente Troya Jaramillo, *Derecho Internacional Tributario*, Quito, Corporación Editora Nacional, 1990, pp. 14 y ss.
 2. Carlos M. Giuliani Fonrouge, *Derecho Financiero*, tomo I, Buenos Aires, La Ley, 2004, pp. 260 y ss.
 3. José Vicente Troya Jaramillo, "Los medios alternativos de solución de conflictos y el derecho internacional tributario", en *Foro: revista de Derecho*, No. 3, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, Corporación Editora Nacional, pp. 5 y ss.
 4. Marco Aguirre Apolo, *Manual de Derecho Tributario Municipal*, Quito, Municipio del Distrito Metropolitano, 1994. pp. 16 y ss.

Comporta un caso especial la *potestad tributaria* puntual y limitada que se concede al Presidente de la República para fijar o modificar las tarifas arancelarias de aduana. Dentro de esta misma facultad se ha entendido las de imponer salvaguardias y derechos compensatorios en los casos previstos por las reglas de la Organización Mundial de Comercio y por las de la Comunidad Andina de Naciones. De este modo se zanja una antigua discusión y se da solución apropiada a las urgencias del comercio internacional.

Varios organismos determinan y aplican tasas con ocasión de la prestación de servicios públicos y contribuciones especiales por mejoras y por gasto sin que exista una base constitucional explícita. La disposición constitucional referente al punto dice: *Las tasas y contribuciones especiales se crearán de acuerdo con la ley*. De esta disposición se ha inferido que las entidades públicas autorizadas por ley pueden crear tasas. Tal el caso de los Ministerios de Agricultura y Salud, de las autoridades portuarias, las superintendencias de bancos, de compañías, de telecomunicaciones y otras.⁵

En el ámbito internacional el ejercicio de la *potestad tributaria* sigue teniendo como fundamento la voluntad de los estados. Aún no se ha reconocido su vigencia plena, de carácter autónomo y desvinculada de los mismos. Lo que ocurre es que la existencia de una soberanía internacional *per se*, se encuentra en vías de discusión y en proceso de formación. Esto afecta al orden tributario internacional. En la Constitución se potencia y enfatiza los principios del derecho internacional. En el num. 3 del art. 4, declara que el derecho internacional es norma de conducta de los estados en sus relaciones recíprocas. Entre otros, los tratados internacionales que comprometen al país en acuerdos de integración y los que atribuyen a un organismo internacional o supranacional el ejercicio de competencias derivadas de los Constitución o de la ley, están sujetos a la aprobación del Congreso. La *potestad tributaria* es una de las competencias más importantes que se derivan de la soberanía.

5. Tasa y derechos en las dependencias del Servicio Nacional de Salud, Código de la Salud, R.O. 158 de 8 de febrero de 1971; tasas por los servicios de control e inspección para los Medios, Sistemas y Servicios de Radiodifusión, Reglamento General a la Ley Especial de Telecomunicaciones, R.O. 404 de 4 de septiembre de 2001; contribuciones a las instituciones sujetas al control de la Superintendencia de Bancos, Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, R.O. 250 de 23 de enero de 2001; tasas y contribuciones establecidas por el Consejo Provincial, Ley de Régimen Provincial, R.O. 288 de 20 de marzo de 2001, contribuciones establecidas por la Superintendencia de Compañías, Ley de Compañías, R.O. 312 de 5 de noviembre de 1999; tasas y contribuciones fijadas por los municipios, Ley de Régimen Municipal, S.R.O. 159 de 5 de diciembre de 2005; tasas fijadas por el Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual, Ley de Propiedad Intelectual, R.O. 320 de 19 de mayo de 1998; tasas por los servicios que presta el Ministerio de Agricultura, Ley para la Promoción de la Inversión y la Participación Ciudadana, S.R.O. 144 de 18 de agosto de 2000; tarifas de las entidades portuarias, Ley General de Puertos, R.O. 67 de 15 de abril de 1976; contribución de gasto establecida por la Contraloría General, Ley Orgánica de la Contraloría General, S.R.O. 595 de 12 de junio de 2002.

La posibilidad, reconocida por la propia Constitución, de que sea atribuida a un organismo internacional o supranacional es trascendente. En los acuerdos de integración puede ocurrir tal situación. La atribución no comporta renuncia a la *potestad tributaria*, la cual por principio es irrenunciable. Sin embargo, se la debe tener como una autolimitación similar a la que ocurre cuando se concluyen convenios internacionales para evitar la doble imposición.

LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES TRIBUTARIOS

La *potestad tributaria* en puridad de doctrina es ilimitada. A pesar de ello existen límites políticos y jurídicos a su ejercicio. Los primeros se dan por la existencia de otros estados que ejercitan sus potestades de creación de tributos y que de hecho, mutuamente, ocasionan restricción en dichas potestades. Los jurídicos se atienen a normas del propio sistema jurídico que condicionan y modulan el indicado ejercicio. Tales normas constan en la Constitución y se refieren principalmente a dos ámbitos, al de los principios que gobiernan la materia y al de las políticas tributarias.

El principio de legalidad, antes que una limitación, es un modo de cómo se ha de ejercer la *potestad tributaria*. Este principio se encuentra incluido de una manera más apropiada y amplia en la Constitución. La expresión *Solo por acto legislativo de órgano competente se podrán establecer, modificar y extinguir tributos*, se complementa con aquélla que manda que se requerirá de expedición de una ley, entre otros casos, para crear modificar y suprimir tributos. Se reitera la necesidad de ley al tratar de las atribuciones del Congreso, a quien corresponde, entre otras atribuciones, la de establecer, modificar o suprimir mediante ley, impuestos, tasas u otros ingresos públicos. Huelga advertir que la legalidad es propia de la actuación de las entidades públicas y que atiene también a la administración tributaria. De allí que bien puede, a más de legalidad, y dentro de ella, afrontarse el principio de reserva de ley que exige, de modo general, de tal instrumento, para la creación y supresión y modificación de tributos y para la modulación de sus elementos esenciales.

La Constitución faculta exclusivamente al Presidente de la República, entre otros casos, el proponer proyectos de ley mediante los cuales se establezcan, modifiquen o supriman impuestos. Se priva al Congreso, a otros organismos y a la iniciativa popular la posibilidad de proponer proyectos de ley concernientes a impuestos. Esta restricción se explica en la experiencia corrida. Por la acción desaprensiva de algunos legisladores las modificaciones y reformas tributarias han sido inconsultas. Se han incluido cambios inapropiados y se han emprendido contrarreformas tributarias que han dado al traste con los afanes de racionalización y mejora del sistema tributario. Se confunde con frecuencia la implantación de un sistema tributario adecuado al país

con la justa distribución de los ingresos, en beneficio de las diferentes circunscripciones territoriales. A este último propósito, la Constitución contiene normas trascendentes que debidamente aplicadas coadyuven eficazmente a la descentralización. Sin embargo es indudable que se ha limitado la acción del Congreso en este campo, tanto más que con gran frecuencia los proyectos de ley incluyen en su texto fuentes impositivas de financiamiento. Quien resulta fortalecido en este campo, al igual que otros, es el Ejecutivo. Otra peculiaridad de la legislación tributaria es que no puede ser objeto de consulta popular. Para coadyuvar la acción legislativa del Congreso, se ha creado la Comisión de Legislación y Codificación integrada por siete vocales designados por el Congreso Nacional de fuera de su seno. El Congreso puede delegar a esta Comisión el estudio y conocimiento de proyectos de ley, excepto de leyes tributarias y los calificados de urgencia económica. El principio de legalidad se ha atenuado y dulcificado. Ya no cabe, sin matizaciones, sostener el apotegma clásico de que no hay tributo sin ley. A lo más lo que se puede sustentar es que no hay impuesto sin ley. Los gobiernos provinciales y cantonales del régimen seccional autónomo, premunidos de la autorización constitucional, mediante ordenanza, están en la facultad de crear, modificar o suprimir tasas y contribuciones especiales de mejoras. Para el caso, la expedición de ordenanzas comporta el ejercicio de su facultad legislativa. La Constitución consagra una autolimitación al ejercicio de la *potestad tributaria* del Congreso, quien ostenta la facultad de establecer impuestos, tasas u otros ingresos, *excepto las tasas y contribuciones especiales que corresponda crear a los organismos del régimen seccional autónomo*.⁶ La creación, modificación o supresión de tasas y contribuciones por el Consejo Nacional de la Judicatura, las superintendencias y en general otras entidades debe efectuarse mediante la expedición de resoluciones de carácter general, que deben publicarse en el Registro Oficial.

La potestad de expedir normas que no tienen necesariamente el carácter de reglamentos se ha consagrado ampliamente en la Constitución, la cual faculta a los ministros de Estado *expedir las normas, acuerdos y resoluciones*. De modo similar, por permisión constitucional, la Contraloría General del Estado y el Banco Central pueden dictar regulaciones de carácter general. En los casos que no existan normas expresas, se debe entender que cuanto un organismo tiene la facultad de crear tasas y contribuciones, está investido de atribuciones para expedir actos administrativos de carácter general que sirvan a ese propósito.

El principio de legalidad, que según queda visto no es tan absoluto, concierne a la creación, modificación y supresión de tributos, mas, de acuerdo a la doctrina, se

6. José Vicente Troya Jaramillo, "La tributación de los entes locales", en II Jornadas de Derecho Tributario, Universidad Católica del Táchira, San Cristóbal, Venezuela, 2004, pp. 7 y ss.

refiere también a los elementos esenciales de los mismos. Se debe reconocer que tal proyección del principio no tiene consagración explícita en la Constitución. El Código Tributario señala esos elementos. Parece razonable, aun desde la óptica constitucional, que se requiera de ley, ordenanza o norma apropiada para la creación, modificación o supresión de tributos, para regular sus elementos esenciales, pues de lo contrario se vaciaría de contenido el principio de legalidad. El problema radica en definir cuáles son esos elementos.

Es necesario por ello atender lo que dice la ley, el Código Tributario prevé que las leyes tributarias determinarán el objeto imponible, los sujetos activo y pasivo, la cuantía del tributo o la forma de establecerla, las exenciones y deducciones y los reclamos y recursos. En tratándose del ilícito tributario, de acuerdo a las normas constitucionales, las infracciones y sanciones también han de obrar de ley. La doctrina puede servir de auxilio poderoso. Conocidos dichos elementos de la tributación la interpretación de las normas que a ellos se refieran, se ha de efectuar en forma restrictiva, pues, no cabe someter al principio de legalidad todo tipo de materias, lo cual viene en desmedro de la efectiva determinación y recaudación de los tributos. Un caso particular es el mencionado que faculta al Presidente de la República fijar o modificar las tarifas arancelarias de aduana. Se trata de una situación excepcional que no puede servir de asidero para interpretaciones analógicas. La facultad concedida al Presidente de la República para decretar la recaudación anticipada de impuestos y más contribuciones, declarado el estado de emergencia, no es una modificación a la *potestad tributaria* o de creación, sino una posibilidad extraordinaria de aplicación de los mismos. La delegación al Ejecutivo para que legisle en materia tributaria respecto de determinadas materias, durante un determinado lapso, es una institución desconocida en nuestro sistema.

Con ocasión del análisis del principio de legalidad cabe mencionar varias disposiciones que han adquirido rango constitucional y que modelan la *potestad tributaria*, la cual, por tanto, ha de ejercerse dentro de ciertos carriles predeterminados. El inciso tercero del art. 53 prevé que las personas con discapacidad tendrán tratamiento preferente en la obtención de créditos, exenciones y rebajas tributarias de acuerdo con la ley. El art. 54 concede a las personas de la tercera edad *tratamiento preferente tributario*, el cual obviamente, ha de obrar de ley. Según el inciso segundo del art. 59 las prestaciones del seguro social estarán exentas del pago de impuestos. El núm. 2 del art. 84 determina que las tierras comunitarias estarán exentas del pago del impuesto predial. Estos tratamientos tributarios han preexistido en el sistema fundamentados en ley. Un buen sistema tributario se articula de un conjunto de pocos tributos, de fácil comprensión y manejo, productivos y que obedezcan a propósitos predefinidos de política fiscal. Su trazo no debe estar condicionado por deducciones, tratamientos, exenciones, incentivos, etc., que lo vuelven inelástico.

El inciso tercer del art. 271 referente a la inversión, dice: *El Estado, en contratos celebrados con inversionistas, podrá establecer garantías y seguridades especiales, a fin de que los convenios no sean modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase que afecten sus cláusulas.* Preocupa discernir si semejante prohibición concierne también a la *potestad tributaria*. En la legislación de fomento que derogó la reforma tributaria de fines de los ochenta, se preveía el otorgamiento de beneficios tributarios por determinados lapsos. Esta legislación se ha reimplantado en los últimos tiempos al expedirse varias leyes que otorgan beneficios similares. Parece al menos dudoso que por la vía contractual pueda el Estado comprometerse a no modificar el sistema tributario. Tal posibilidad pone en tela de duda el concepto mismo de soberanía, cuyo alcance puede ser limitado por medio de convenios internacionales, mas, no luce que lo sea por contratos de inversión. Posiblemente los efectos que se buscan con la norma transcrita, se logren de mejor manera con dichos convenios, tanto más que cualquier tratamiento favorable que se persiga con los contratos puede significar una ventaja para los países de los inversionistas.

La suscripción de convenios tributarios para someterse a un régimen predeterminado de pago en el Impuesto a la Renta y en el IVA no dio resultado, y a más de los reparos constitucionales que pueden proponerse, es evidente que el sistema no funcionó, tanto que se lo derogó en forma urgente. Además, los tratamientos de excepción, siempre que no medien razones de interés público, social o de conveniencia general, son contrarios al principio de igualdad.

El principio de capacidad contributiva, no se encuentra reconocido como tal en la Constitución. Sin embargo, fluye de determinadas expresiones consignadas en la Carta Política. Este principio tiene un doble alcance: significa que únicamente las potenciales manifestaciones directas o indirectas de riqueza pueden ser objeto de tributación y configurar los hechos generadores de obligación tributaria; y al propio tiempo que los particulares han de contribuir de acuerdo a su capacidad económica. El primer alcance se refiere a los tributos en particular, debiéndose entender que un tributo que no toma como base una manifestación de riqueza es inconstitucional. No cabe que razones de género, raza, nacionalidad, condición familiar u otras, sirvan de fundamento para crear y aplicar tributos. La proporcionalidad aludida en el art. 256 debe entenderse en ese sentido. La obligación de todos los ciudadanos de *pagar los tributos establecidos por la ley*, consignada en el num. 10 del art. 97, debe comprenderse en el mismo sentido. El otro alcance, atinente a la capacidad económica de los particulares, concierne no a los tributos en particular, sino al sistema tributario en general. La Constitución proclama su voluntad de que el sistema tributario se configure de modo, que los que tengan más capacidad económica, contribuyan más al sostenimiento de las cargas públicas. Para conseguir ese propósito un arbitrio de gran importancia es la implantación de tarifas progresivas. Ello no es posible en la im-

sición indirecta, en la cual el gravamen se traslada a través de los precios a los consumidores finales de bienes y servicios. Todo sistema tributario se integra de impuestos directos e impuestos indirectos. Así lo demuestra la situación real de las finanzas públicas. En este caso el postulado constitucional no puede verificarse en cada tributo aisladamente considerado, ni pretender exigir su vigencia irrestricta en el sistema tributario general. Se lo debe entender como una directiva que debe procurar concretar el legislador al expedir dicho sistema. No han faltado quienes han sostenido que la proporcionalidad referida en la Constitución excluye la posibilidad de que existan tarifas progresivas. Tal interpretación, absolutamente literal, y contraria a la equidad no ha prosperado.

La confiscación está expresamente prohibida. Se ha enunciado como un principio de la tributación *la no confiscatoriedad*. Al efecto se ha sostenido que no caben tarifas impositivas excesivas. Es difícil establecer cuándo ocurre ello. Los países desarrollados aplican, singularmente en el impuesto a la renta, tarifas muy elevadas, algunas que serían inconcebibles en nuestro medio. Lo que se denomina *la finanza extraordinaria* que se utiliza en casos de guerra, conmoción u otros similares, puede exigir la aplicación de tarifas muy elevadas, incompatibles en tiempos normales. Ello relativiza aún más el principio de no confiscatoriedad. Los casos anómalos que puedan darse deben solucionarse dentro del marco de la capacidad contributiva. Otros principios aplicables al sistema tributario antes que a los tributos en particular son los de la generalidad e igualdad.

La igualdad es una aplicación al orden tributario del derecho consagrado en el num. 3 del art. 23 de la Constitución que proclama el postulado, siempre viejo y siempre nuevo, de que todas las personas son iguales ante la ley. Tampoco en el campo tributario caben discriminaciones o diferenciaciones de carácter personal. La verdadera igualdad tributaria tiene que ver con la capacidad contributiva. No puede significar que a todos se sujete a igual gravamen, sino que, antes bien, se ha de hacer las diferenciaciones requeridas a fin de que, en lo posible, el sacrificio que comporta la tributación sea similar para todos los contribuyentes. Por la generalidad, todos están obligados a contribuir y no caben privilegios. Los casos de exoneración se explican por razones de equidad, de orden e interés públicos, por mejor convenir a la administración de los tributos, por consideraciones de política fiscal, mas, de ninguna manera, por consideraciones personales. Las leyes y en general las normas que facilitan conductas elusivas, en virtud de las cuales los contribuyentes, particularmente en tratándose de la imposición directa, dejan de contribuir y de soportar el gravamen, puede considerarse violatorias de la generalidad y de la obligación de contribuir, previstas en la Constitución.

La proyección extrafiscal de la tributación ha merecido desde hace algún tiempo reconocimiento constitucional. *Los tributos, además de ser medios para la obtención*

de recursos presupuestarios, servirán como instrumento de política económica general, proclama la Constitución. La política tributaria es un segmento de la económica. Para la cabal comprensión del enunciado transcrito es necesario aludir al tratamiento que la Constitución confiere a la política económica en general. De lo contrario, se puede incurrir en distorsiones. Al Presidente de la República le corresponde establecer las políticas generales y aprobar los correspondientes planes de desarrollo. La política económica y tributaria del Estado es una de las materias que no podrá descentralizarse. En el orden tributario esta atribución la ejercerá al proponer los proyectos de leyes tributarias y en general al definir el sistema tributario. Se debe tener en mientes que a él le corresponde privativamente presentar dichos proyectos. Al propio Presidente corresponde la facultad de determinar los mecanismos y procedimientos para la administración de las finanzas públicas, uno de cuyos capítulos más importantes son los recursos, dentro de los cuales destacan los tributos. La disposición de materias, entre lo económico y lo tributario es de gran importancia. Según la Constitución, las leyes tributarias han de estimular la inversión, la reinversión, el ahorro y su empleo para el desarrollo nacional; la justa distribución de la riqueza entre todos los habitantes del país. Estos propósitos de política económica general no se los puede alcanzar plenamente si se los persigue concomitantemente. Hasta un cierto punto, pueden lucir contradictorios. La Constitución no los prioriza y ello causa dificultad. Para clarificar el tema tiene importancia definir el modelo económico que define la Carta Política. Su art. 1 de modo paladino expresa que *El Ecuador es un estado social de derecho*. Este postulado puede servir en mucho para orientar la política económica y dentro de ella el instrumental tributario. De su lado, el art. 242 señala que la organización y funcionamiento de la economía responderán a los principios de eficiencia, solidaridad, sustentabilidad y calidad. Estos principios pueden dar luz para resolver la contradicción indicada. Es muy difícil que en estos temas no aparezca el ingrediente ideológico que pone énfasis y prioridad en unos propósitos o en otros. El art. 243 referente a los objetivos permanentes de la economía es necesario tenerlo en cuenta. Los mismos se refieren al desarrollo socialmente equitativo, regionalmente equilibrado, ambientalmente sustentable y participativo; a la conservación de los equilibrios macroeconómicos y al crecimiento suficiente y sostenido; al incremento y diversificación de la producción orientados a la oferta de bienes y servicios de calidad satisfactorios para el mercado interno; a la eliminación de la indigencia, la reducción del desempleo y subempleo, el mejoramiento de la calidad de la vida y la distribución equitativa de la riqueza; y, la participación competitiva y diversificación de la producción en el mercado internacional. Aquí surge también un problema de priorización. Lo importante es que los propósitos extrafiscales de las leyes tributarias se han de entender dentro y en armonía con los que persigue el orden económico. Existen en determinados campos definiciones precisas de polí-

tica económica que han de verse a través de la tributación. El num. 2 del art. 89 dispone establecer estímulos tributarios para quienes realicen acciones ambientalmente sanas. De su parte, el art. 72 prevé que las aportaciones, debe entenderse donaciones, para el sector educativo serán deducibles del pago de obligaciones tributarias en los términos que señale la ley. Estas dos últimas normas inciden en el sistema tributario, mas, sin lugar a dudas, son mandatorias. En eso se diferencian de otras que sirven para que el legislador modele un sistema tributario ideal.

Entre los derechos civiles que reconoce la Constitución, se encuentra el de la seguridad jurídica. Este postulado, dentro del derecho público administrativo de modo general, y dentro del tributario en particular, tiene enorme importancia, pues, en estos ámbitos, surgen mutuas relaciones entre la administración y los particulares, las que en gran medida se desenvuelven dentro de las facultades regladas que ella ostenta, las mismas que se han de sujetar al imperio de la ley. La Constitución, para asegurar el debido proceso, consigna una obligación de la administración que hasta hace poco tenía solo base legal. Dice la norma en su parte pertinente: *Las resoluciones de los poderes públicos que afecten a las personas serán motivadas. No habrá tal motivación si en la resolución no se enuncian normas o principios jurídicos en que se haya fundado, y si no se explicare la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho.* Coadyuvan a la seguridad jurídica la posibilidad de que los actos administrativos puedan ser impugnados ante los correspondientes órganos de la Función Judicial; la expedición por parte de la Corte Suprema de normas obligatorias que diriman fallos contradictorios expedidos por las Salas de Casación, los Tribunales Distritales de lo Fiscal y de lo Contencioso Administrativo o las Cortes Superiores; la facultad de los jueces y tribunales, la misma que antaño la ostentaba únicamente la Corte Suprema, de inaplicar un precepto jurídico contrario a las normas de la Constitución o de los tratados y convenios internacionales; y, los recursos de inconstitucionalidad de normas y actos administrativos, así como las acciones de amparo y los recursos de *habeas corpus* y *habeas data*.

A más de los principios específicos de la materia tributaria cuales son, principalmente, los de reserva de ley, de capacidad contributiva, de generalidad e igualdad, a los cuales se ha de someter el ejercicio de la potestad tributaria o de creación, se han de considerar los derechos y garantías fundamentales entre los que se incluyen los derechos civiles, los derechos políticos, los derechos económicos, sociales y culturales y los derechos colectivos que no deben vulnerarse con ocasión de la creación y aplicación de los tributos. Bien cabe aseverar que esos derechos y garantías constituyen límites de la potestad tributaria.⁷

7. José Vicente Troya Jaramillo, "Tributación y derechos humanos", en *Foro: Revista de Derecho*, No. 2, Quito,

EL SISTEMA DE CONTROL CONSTITUCIONAL SOBRE LAS LEYES

Lo incluido en los ítem 2 y 3 constituye el conjunto de cuestiones respecto de las cuales en el orden tributario obran la ley o normas con fuerza o función de ley, respecto de las cuales cabe que se produzca el control de constitucionalidad. En Ecuador el control de constitucionalidad la puede ejercitar cualquier juez o tribunal respecto de la causa que conozca. Puede declarar inaplicable, de oficio o a petición de parte, un precepto jurídico contrario a las normas de la Constitución o de los tratados internacionales. Esta declaratoria tendrá valor exclusivamente respecto del asunto puesto en su conocimiento. El juez o tribunal, en el caso, deberá, adjuntando un informe, hacer conocer la declaratoria al Tribunal Constitucional, Organismo que resolverá con carácter general, lo que fuere pertinente. Esta facultad de los jueces se enmarca dentro del denominado *control difuso* de la Constitución.⁸

Las cortes, tribunales, jueces y autoridades administrativas en caso de conflicto de normas de diferente jerarquía aplicarán la de jerarquía superior. Si se trata de conflictos entre normas de menor grado, entre ellas, leyes, en pugna con las normas constitucionales, aplicarán estas últimas. Es un caso de *control oblicuo difuso obligatorio* que han de efectuar dichas autoridades, el cual puede referirse a normas legales en pugna con normas constitucionales. Aquí también existe un caso de inaplicación tácita respecto de un asunto concreto (art. 272, inciso segundo de la Constitución).

El *control constitucional concentrado* lo efectúa un organismo autónomo, el Tribunal Constitucional. En el Ecuador, salvo durante un breve lapso, desde 1967 a 1970, año en que surgió el régimen de facto, la Corte Suprema no ha ostentado la facultad de decidir sobre los recursos de inconstitucionalidad de carácter general pro-

Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, Corporación Editora Nacional, 2003-2004, pp. 5-54. El trabajo analiza los derechos humanos y los principios generales de la tributación consagrados en las constituciones andinas, haciendo especial referencia al principio de legalidad y al de irretroactividad de la ley tributaria. Además, analiza, con referencia a la órbita tributaria, el derecho a la vida, la protección a discapacitados, menores de edad y a personas de la tercera edad. Dentro de la misma perspectiva se afronta el principio de la no discriminación, el derecho a la privacidad, el secreto profesional, el derecho de propiedad.

8. En el caso 871-98 el Tribunal Constitucional se pronuncia sobre la inaplicación de las normas sobre contribuyentes que por inconstitucionales no ha tomado en cuenta en su pronunciamiento la Segunda Sala del Tribunal Distrital de lo Fiscal No. 1. Sostiene que las normas inaplicadas sirvieron de base a la demanda y que por lo tanto no cabe inaplicarlas. Que ello puede ocurrir exclusivamente respecto de otras normas que surgieren posteriormente dentro de la *litis*.

El 28 de enero de 2003, caso 007, desecha la declaratoria de inaplicabilidad de la Resolución expedida por la Directora General del Servicio de Rentas Internas, por cuanto la misma no comporta el ejercicio de la facultad reglamentaria atribuida por la Constitución al Presidente de la República.

puestos en contra de leyes y otras normas, por vicios de forma o de fondo. Los países de América Latina han organizado la jurisdicción constitucional ateniéndose a los dos sistemas principales, ya por medio de las Cortes Supremas, ya por organismos independientes.⁹

Al Tribunal Constitucional compete, además de conocer las demandas o recursos de inconstitucionalidad en contra de actos normativos, las que se incoen en contra de actos administrativos. Respecto de la aplicación de estos últimos cabe que se proponga acción de amparo, cuando se viole o se pueda violar cualquier derecho consagrado en la Constitución o en un convenio internacional.¹⁰ En el caso del amparo, el Tribunal Constitucional es juez de apelación.¹¹

La demanda de inconstitucionalidad en contra de las leyes y otras normas puede ser propuesta por el Presidente de la República, el Congreso Nacional, la Corte Suprema de Justicia, los consejos provinciales y los municipios, mil ciudadanos en goce de derechos políticos o cualquier ciudadano, previo informe del Defensor del Pueblo. La resolución que sobre ella recaiga *es erga omnes* y debe publicarse en el Registro Oficial. Un caso especial es el de los tratados o convenios internacionales. Las normas constitucionales han terminado por consagrar su preeminencia sobre las leyes orgánicas y ordinarias y han estatuido que serán aprobadas por el Congreso Nacional únicamente las que conciernen a materia territorial o a límites, las que establezcan alianzas políticas o militares, las que comprometan al país en acuerdos de

9. Néstor Pedro Sagüés, "Desafíos de la jurisdicción constitucional en América Latina", en *Derecho Procesal Constitucional*, Quito, Corporación Editora Nacional, 2005, pp. 9 y ss. El autor de este breve pero enjundioso estudio da razón de los varios sistemas que sobre la materia se observan en Estados Unidos, España, Italia, Alemania, Portugal y en varios países de América Latina.

10. El Tribunal Constitucional en la Resolución de 9 de marzo de 2005 (caso 039) acepta el amparo y dispone que el Servicio de Rentas Internas devuelva el impuesto al valor agregado a la Unidad Ejecutora del Plan Integral de Desarrollo de los Recursos Hídricos de la Provincia de Manabí, según lo ha resuelto el Tribunal Distrital de lo Fiscal No. 4. El fundamento del amparo es el derecho a la seguridad jurídica previsto en el num. 26 del art. 23 de la Constitución Política.

El 20 de marzo de 2002 (caso 861) niega el amparo por cuanto no se han violado los derechos de libertad de empresa, seguridad jurídica y debido proceso al negar la devolución de los derechos de salvaguardia establecidos por el Presidente de la República dentro del ordenamiento comunitario andino.

En el caso 173-2002, niega el amparo respecto de la disposición del Servicio de Rentas Internas de que no se autorizará la impresión de facturas hasta que el contribuyente no se encuentre al día en sus obligaciones tributarias, ya porque no se ha afectado al debido proceso, ya porque no cabe amparo respecto de actos que tienen efecto *erga omnes*.

En el caso 861-2001, niega el amparo por cuanto no se han violado derechos al negar la devolución de los derechos de salvaguardia.

11. Rafael Oyarte Martínez, "La regulación actual de los procesos constitucionales y su necesidad de reforma", en *Derecho Procesal Constitucional*, Quito, Corporación Editora Nacional, 2005, pp. 25 y ss. El autor reflexiona sobre variadas cuestiones referentes al Derecho procesal constitucional en el Ecuador, particularmente sobre las acciones de inconstitucionalidad de los actos normativos y administrativos, sobre el control previo de constitucionalidad de los tratados internacionales, sobre el control *ex ante* de la constitucionalidad de las leyes.

integración, las que atribuyan a un organismo internacional o supranacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución o de la ley, las que se refieran a los derechos fundamentales de las personas y a los derechos colectivos y las que entrañen un compromiso de expedir, modificar o derogar alguna ley. Respecto de la materia tributaria se ve claro que la adhesión a la Organización Mundial de Comercio, OMC, en la que subyacen cuestiones tributarias, o las concernientes a la Comunidad Andina de Naciones, CAN, en la que también aparece la faz tributaria, particularmente las Decisiones para evitar la doble imposición a las rentas y patrimonios, requieren la aprobación del Congreso.¹² La exigencia de tal aprobación no es tan clara respecto de los convenios bilaterales para evitar la doble imposición. El Ecuador tiene suscritos trece convenios bilaterales para tal propósito. La actitud del Legislativo ha sido vacilante. No en todos los casos se ha producido la aprobación del Congreso.

Los convenios sujetos a la aprobación del Congreso son los de mayor trascendencia. Previamente a la aprobación o improbación, el Tribunal Constitucional debe dictaminar respecto de la conformidad del tratado con la Carta Política. Por cuanto en el Ecuador, el Congreso es el máximo árbitro en materia constitucional, se entiende que el dictamen no es vinculante, condición que se desprende de su facultad de interpretar de un modo generalmente obligatorio las dudas que se presenten sobre el alcance de las normas constitucionales. Actualmente, los tratados internacionales no constan aludidos en forma expresa entre las normas sujetas a control por el Tribunal Constitucional. Así mismo, en la disposición que prevé la supremacía de la Constitución sobre cualquier otra norma legal, no se encuentran consignados los tratados internacionales. Anteriormente sí constaba la prevalencia de la Constitución sobre los tratados. Ello ha llevado a sostener que el caso de los tratados es peculiar y que al igual que ocurre con las providencias judiciales, no están sujetos a control constitucional.¹³

La ley es el principal instrumento de la tributación. Es de reciente data en el derecho constitucional ecuatoriano, la diferenciación entre leyes orgánicas y ordinarias. En el orden tributario, hasta la presente, salvo el caso de la Ley Orgánica de Aduanas, todas las demás leyes son ordinarias y en esa condición cumplen con su función de

12. José Vicente Troya Jaramillo, "La fiscalidad internacional en la Comunidad Andina", en *Diritto Tributario Internazionale*, coordinato da Victor Uckmar, Padova, CEDAM, 2005, III Edizione, pp. 1433 y ss.

13. Rafael Oyarte Martínez, "La regulación actual de los procesos constitucionales y su necesidad de reforma", p. 31. Este estudioso señala que de modo general los sistemas comparados no prevén el *control ex post facto* de la constitucionalidad de los tratados. Sustenta que por los principios *pacta sunt servanda* y *bona fide* los instrumentos internacionales deben cumplirse sin que sea posible oponer normas de derecho interno. Habría que contrastar esta tesis con el principio que permite considerar el cambio fundamental de circunstancias, *rebus sic stantibus*, incluido en los tratados de Viena.

normas de creación modificación y supresión de tributos y de regulación de sus principales elementos. Corresponde al Congreso declarar que el Código tributario es ley orgánica y que las demás de ese ámbito, tienen la calidad de ordinarias. De este modo se sustenta la prevalencia del Código y para su modificación se requiere no únicamente de la mayoría de los asistentes a las sesiones del Congreso, sino de la mayoría absoluta de sus integrantes.

El control constitucional concentrado se extiende a otras normas, que sin ser leyes propiamente dichas, tienen su fuerza o desempeñan su función, cuestión de importancia en el ámbito tributario, pues, mediante ellas ha de actuar el principio de reserva de ley y en general instrumentar todo el acervo constitucional tributario.

El Presidente de la República puede presentar al Congreso proyectos de ley calificados de urgencia económica. Entre ellos destacan los de carácter tributario. Si el Congreso no se pronuncia en treinta días, el Presidente de la República los promulgará como decretos leyes. La urgencia económica es calificada por el Presidente.

Los consejos provinciales y las municipalidades ostentan facultad legislativa particular que se vierte en la expedición de ordenanzas. Mediante ellas pueden crear, modificar y suprimir tasas o derechos y contribuciones especiales.

El Presidente de la República puede expedir normas generales y obligatorias para fijar o modificar las tarifas arancelarias de aduana. En general las entidades públicas, como aquellas referidas en la nota de pie de página 3, han de expedir normas generales y obligatorias, diferentes de los actos administrativos, para crear, modificar o suprimir tasas o derechos y contribuciones especiales, en ejercicio de leyes que les faculten al intento.

El Tribunal Constitucional del Ecuador fue creado en 1996, vale decir en fecha relativamente reciente. En estos diez años ha expedido numerosas resoluciones de control de constitucionalidad de leyes o normas con fuerza o función de ley. De entre ellas, pocas de carácter tributario. Es de anotar que la temática afrontada no ha sido muy amplia. En algunos casos el control se ha contraído a normas de menor jerarquía, especialmente de carácter reglamentario.

El Tribunal Constitucional de Bolivia comenzó a funcionar en 1999. Entre sus atribuciones consta la *de conocer y resolver los recursos contra tributos, impuestos, tasas, patentes, derechos o contribuciones creados, modificados o suprimidos en contravención a lo dispuesto en esta Constitución* (art. 119 VII 4a. de la Constitución). La Ley del Tribunal Constitucional aclara que se trata de recursos de inconstitucionalidad (art. 7 num. 3 de la Ley).

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Venezuela comenzó a funcionar en enero de 2000. Está facultada para conocer la acción de control directo y abstracto de constitucionalidad de normas y actos con fuerza de ley abierta a cualquier per-

sona sin necesidad de invocar un interés especial y sin que operen plazos de caducidad (arts. 335 y 336 de la Constitución).

El Tribunal Constitucional del Perú comenzó a funcionar en junio de 1996. Está facultado para conocer la acción de inconstitucionalidad contra las leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso y ordenanzas municipales que vulneren la Constitución.

Con relación al principio de reserva de ley, el Tribunal Constitucional del Ecuador, en el caso 39-2002 contrariando pronunciamientos anteriores, por mayoría de votos, sustenta que la expresión *las tasas y contribuciones especiales se crearán y regularán de acuerdo con la ley*, no significa que pueda expedirse una ley que autorice que una determinada autoridad pueda crear tasas o derechos y contribuciones especiales. Desatinadamente se sostendría que para la creación de cada uno de estos tributos se requiriera de ley expresa. Hay que diferenciar entre ley autorizante y ley de creación. Este pronunciamiento tiene relación con el que aparece en el caso 017-2002 que bajo el supuesto contrario, es decir, que es constitucional la existencia de una ley autorizante para la creación de los mencionados tributos menores, se ejerza esa facultad vía reglamentaria. En el supuesto, la Superintendencia de Telecomunicaciones, facultada por ley, creó tasas o derechos de control a base de la expedición de reglamento. En el caso 045-2001, igualmente, se acepta que, facultado por ley habilitante, el Ministro de Energía y Minas pueda establecer tasas por los servicios de regulación y control de la actividad hidrocarburífera.

En el caso 020-2002, se declara la inconstitucionalidad de las tasas judiciales creadas mediante reglamento en cuanto se refiere a las acciones de amparo y otras que sirven de garantía a los derechos proclamados por la Constitución. Expresamente se resuelve que las tasas judiciales se han de aplicar únicamente a las causas que ordinariamente conoce la Función Judicial. Es de advertir que en Ecuador no existen jueces especiales para las acciones de amparo y otras similares. Las mismas se proponen antes los jueces que integran la Función Judicial, los cuales, conocen esas causas y otras que naturalmente les corresponde, de acuerdo a su competencia ordinaria. El Consejo Nacional de la Judicatura tiene facultad constitucional para fijar tasas. Para el efecto debe expedir resoluciones generales y obligatorias, sin que sea necesario de ley especial o de reglamento. Aquí la reserva de ley se cumple a base de tales resoluciones generales y obligatorias.

En el caso 126-2001 reconoce la inconstitucionalidad del incremento del IVA del 12 al 15%. Para lograr ese incremento el Presidente de la República remitió al Congreso un decreto urgente el cual fue negado en esta parte. Posteriormente, el Presidente objetó el pronunciamiento del Legislativo y al hacerlo redujo el incremento del IVA del 12 al 14%, modificación que en su criterio, no fue rechazada en

tiempo oportuno. La inconstitucionalidad se refiere al Oficio enviado por el Presidente aduciendo tal falta de rechazo, con el cual no se remedia la violación del principio de reserva de ley. Es de advertir que se conoce como decreto ley, que tiene valor de ley, aquél decreto urgente remitido por el Ejecutivo al Congreso que comienza a regir cuando no existe pronunciamiento dentro de treinta días.

La Resolución conjunta de los Superintendentes de Bancos y de Compañías y de la Directora General del Servicio de Rentas Internas, caso 13-2001,¹⁴ mediante el cual, para los casos de reexpresión monetaria, se explicitan los casos en los cuales tal procedimiento es gasto, y en los que es ingreso que genera obligaciones tributarias, no cabe que se declare inconstitucional, pues, se basa en expresas disposiciones de la Ley de Régimen Tributario Interno. Es bien sabido que el principio de legalidad y más precisamente el de reserva de ley se desenvuelve en dos ámbitos, en el uno se considera de modo general y absoluto que los tributos, salvo casos puntualmente previstos en la Constitución, deben crearse, suprimirse y modificarse mediante ley; en el otro, se considera que han de obrar de ley los elementos esenciales de los tributos. Es evidente que uno de esos elementos debe encontrarse consignado en una norma legal, lo que ocurre en el caso.

En el caso 033-2001, hay que diferenciar dos cuestiones. La una relativa al cobro de derechos por los registradores de la propiedad, que si bien corresponde fijarlos al Consejo Nacional de la Judicatura, no es asunto tributario, pues, tales emolumentos no son ingresos públicos, ni tienen las características propias del instituto tributo; y el gravamen, sea impuesto o tasa que se establece por el uso de la información de los libros que tienen a su cargo los registradores de la propiedad, información que es pública y que reposa en los libros y archivos a su cargo. Respecto de ese gravamen o tributo, el Tribunal Constitucional, en forma certera, considera que no se lo puede tener como tasa judicial y por ello no es de competencia del Consejo Nacional de la Judicatura.

En el caso 012-2003 reconoce que la falta de absolución de una consulta tributaria, por no haberse provisto a la administración de elementos de juicio suficientes, no contraría el derecho de petición. Sustenta además que la absolución a la consulta no es en estricto sentido acto administrativo, por lo cual no cabe impugnación en contra de ella. Lo que procede es, a juicio del Tribunal, proponer la impugnación en contra de los actos administrativos de determinación de obligación tributaria. La conclusión

14. José Vicente Troya Jaramillo, "Finanzas Públicas y Constitución en el Ecuador", en *Finanzas Públicas y Constitución*, Quito, Corporación Editora Nacional, 2004, pp. 76 y ss. Se hace constar en el estudio, que los casos son tomados del trabajo presentado por los alumnos Wladimir Salazar González y Diego Andrés Parra, en la asignatura Derecho Material Tributario, Curso 2003-2004.

que fluye es que frente a la consulta no procede recurso alguno, ni siquiera de carácter constitucional.

En el caso 094-2004 el Tribunal resuelve que el reconocimiento de la condición de contribuyentes especiales no es inconstitucional, como no son las obligaciones derivadas de dicha situación jurídica. Para llegar a esta conclusión discierne sobre los principios de igualdad y capacidad contributiva, así como de proporcionalidad, de los cuales se infiere que no cabe dar a todos los contribuyentes el mismo tratamiento. La dificultad de interpretar estos principios, salvo los de legalidad y capacidad contributiva, no tan claramente reconocido por la Constitución, es la de que según el texto constitucional los mismos son aplicables al sistema tributario, no necesariamente a los tributos en particular, varios de los cuales, principalmente los indirectos, riñen claramente con tales principios y sin embargo, en los hechos es imposible derogarlos. Los principios tienen un valor *metajurídico*, es decir, son tomados en cuenta antes de expedir las normas y luego pueden servir de base para su interpretación. En resumen, es muy riesgoso y difícil reconocer que un tributo es inconstitucional porque no se cumplen respecto de él, los principios de generalidad e igualdad.

En el caso 016-2002 *concluye que la atribución presidencial para establecer, reformar o suprimir aranceles tiene como condición sujetarse a los convenios internacionales, para el caso, el Convenio Complementario del en el Sector Automotor que, publicado en el Registro Oficial forma parte de la legislación a la que debe someterse toda la norma interna y en el que el Ecuador se comprometió a establecer los aranceles allí fijados.* Tal razonamiento no es objetable si se considera que el Presidente de la República hizo uso de las atribuciones contempladas en el art. 15 de la Ley Orgánica de Aduanas, tanto más, que en el Ecuador, vía constitucional, se ha reconocido la preeminencia de los tratados internacionales sobre las leyes, sean éstas orgánicas u ordinarias, mas, si se considera que la atribución del Presidente no solo surge de la ley, sino también, y principalmente, de la Constitución (art. 257 inciso tercero), puede haber cambiado el sentido de la resolución, o al menos, debía haberse-la complementado, con la incorporación de este punto constitucional.

En el caso 8-2000 el Tribunal Constitucional no acepta el recurso de inconstitucionalidad propuesto en contra del Reglamento de Facturación y del literal d) de la Disposición General Séptima de la Ley para la Reforma de las Finanzas Públicas que establece las guías de remisión para el transporte de mercaderías so pena de decomiso, normas que a juicio de los demandantes violan el principio de buena fe, el derecho a ser sancionado solo mediante ley previa, el derecho a transitar libremente por territorio nacional, la libertad de empresa, el derecho a la propiedad privada, la libertad de trabajo, la seguridad jurídica y la prohibición de confiscar bienes privados. La Resolución sustenta que se trata del cumplimiento de obligaciones formales por los contribuyentes, los cuales no afectan los derechos y garantías mencionados y que la

incautación no es confiscación. Exhorta a la Administración para que promueva la difusión del Reglamento de Facturación.

En el caso 181-2000, respecto de la exoneración, ha dejado en claro *que la excepción de no pagar impuestos, es decir la exoneración, no puede constituir un derecho humano que pueda ser alegado por ninguna persona, mucho menos puede tener las calidades de derecho irrenunciable e intangible*. Sustenta, además, que las exoneraciones se basan en motivaciones económicas sociales, políticas o de equidad; en todo caso en razones de interés público. Añade que también obedecen a finalidades de política fiscal.

En los casos 019, 048, y 037-2000, el Tribunal Constitucional declara la inconstitucionalidad por la forma de las Resoluciones 0151 y 0255 expedidas por la Directora General del Servicio de Rentas Internas por haberse producido previamente la derogatoria del art. 115 del Reglamento General de Aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno. El art. 8 c) de la Ley que crea el Servicio General de Rentas Internas faculta a la Entidad expedir resoluciones de carácter general y obligatorio que no deben contrariar las normas legales y reglamentarias. Éste no es el caso presente. La base última para disponer y regular las retenciones por parte de la administración se encuentra en el art. 45 de la Ley de Régimen Tributario Interno. La tesis del Tribunal de que para que se aplique la ley es indispensable la existencia de reglamento no es atendible, como no lo es que el Presidente de la República es la autoridad que ostenta en forma exclusiva la facultad reglamentaria.

El Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela constituido en Sala Constitucional, el 21 de noviembre de 2000, declara sin lugar la acción de nulidad parcial interpuesta por razones de inconstitucionalidad en contra de lo dispuesto en el encabezamiento de la norma prevista en el art. 28 del Decreto-Ley No. 3145 de 16 de septiembre de 1993, mediante la cual se promulgó la Ley de Impuesto al Valor Agregado publicada en la Gaceta Judicial No. 35.304 de 24 de septiembre de 1993. La Sala manifiesta que el hecho de que el consumidor final sea quién soporte el gravamen no atenta contra el principio de reserva de ley estatuido en la Constitución.

EFFECTOS

La admisión del amparo o la inaplicación que haga un juez, frente a un caso concreto, por considerar que una norma, pueda ser una ley, riñe con la Constitución, y producen efectos respecto del asunto particular de que se trate. La declaratoria de inconstitucionalidad de un acto administrativo conlleva su anulación. La declaratoria de inconstitucionalidad, de una norma, que de suyo produce efectos generales y obligatorios, la deja sin efecto, mas no produce efectos retroactivos. La que interesa es esta última.

El Tribunal Constitucional del Ecuador es un organismo autónomo e independiente de la Función Judicial. Administra justicia constitucional, de tal manera que no cabe duda que, dentro de su ámbito, expide resoluciones que tienen el valor de sentencias; de ninguna manera puede conceptuárselas como actos administrativos. Al punto se refiere Luis Ávila, quién asevera que la sentencia constitucional es un acto jurisdiccional con contenido político, sumando a esto la cualidad integradora e interpretativa del derecho que tienen las sentencias constitucionales.¹⁵ El contenido político es de mayor recibo en la interpretación que efectúan tribunales constitucionales independientes de las funciones judiciales; lo es menor cuando el control constitucional se les atribuye a ellas.

Según dispone el art. 256 de la Constitución, los tributos son medios para acopiar recursos públicos e instrumentos de política económica general. Esta norma es de singular importancia en el país, singularmente porque desde que se abandonó la moneda nacional, el sucre, y se adoptó como tal el dólar norteamericano, virtualmente Ecuador quedó sin la posibilidad de actuar políticas monetarias y cambiarias. Hoy la política económica, en parte más que significativa, se vierte en los tributos y en el gasto público. La mencionada disposición precisa aún más y prevé que: *Las leyes tributarias estimularán la inversión, la reinversión, el ahorro y su empleo para el desarrollo nacional. Procurarán una justa distribución de las rentas y de la riqueza entre todos los habitantes del país.* Estos propósitos de política tributaria con resonancia económica, pueden considerarse excluyentes, pues, el estímulo a la inversión no siempre va en la misma dirección que la distribución de la riqueza. Al menos puede ocurrir una discrepancia en cuanto a su priorización y énfasis, los cuales vienen resueltos con criterios ideológicos adoptados, en determinado momento, por la clase en el poder. En caso de proponerse acciones de inconstitucionalidad contra leyes tributarias puede aflorar el cariz político, que el tribunal que administra justicia constitucional no lo puede ignorar.

Caben tres posibles proyecciones de la declaratoria de inconstitucionalidad de las leyes: la suspensión, la derogación o la anulación.¹⁶ En la suspensión queda pendiente la acción del Congreso que puede proceder a la derogación de las normas. En la derogación producida, gracias a la declaratoria de inconstitucionalidad emitida por el Tribunal Constitucional, debe entenderse que el Congreso ya nada puede hacer. En el Ecuador no ocurre, al menos en tratándose de normas, que *la sentencia estimatoria de inconstitucionalidad surge efectos abrogativos y erga omnes hacia el futuro,*

15. Luis F. Ávila, *Efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad en el Ecuador*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2004, p. 24. El autor glosa los conceptos de Fernández Segado.

16. *Ibid.*, pp. 29 y ss. El autor se refiere a esta temática in extenso. Da cuenta del sistema ecuatoriano y del que se observa en otros países.

*pues la norma o el acto declarados inconstitucionales desaparecen del ordenamiento, tal y como si hubieran sido derogados*¹⁷ La anulación, a menos que se la entienda como abrogación, es propia de los actos administrativos; no es compatible con la naturaleza de los actos normativos. En el Ecuador ocurre la suspensión de efectos. Según el num. 1 del art. 276 de la Constitución, en caso de inconstitucionalidad de leyes, por la forma o por el fondo, compete al Tribunal Constitucional *suspender total o parcialmente sus efectos*. Coadyuva a sostener esta tesis el hecho de que, cuando se trata de la inconstitucionalidad de actos administrativos, según el num. 2 del propio artículo, *la declaratoria de inconstitucionalidad conlleva la revocatoria del acto*. Además, al Congreso corresponde reformar la Constitución e interpretarla con carácter generalmente obligatorio (arts. 130 num. 4 y 284 de la Constitución). Esta última norma prevé que: *En caso de duda sobre el alcance de las normas contenidas en la Constitución, el Congreso Nacional podrá interpretarlas de un modo generalmente obligatorio*. De todo este acervo normativo fluye que el alcance de la declaratoria por parte del Tribunal Constitucional alcanza a la suspensión de efectos y de que en el orden constitucional prevalece la acción del Congreso, árbitro último de la constitucionalidad.

Estas reflexiones son aplicables de modo cabal a las leyes tributarias y a las normas con fuerza o función de ley. Dicho de otro modo, la declaratoria de inconstitucionalidad de tales normas tiene efectos generales y obligatorios suspensivos y no se retrotrae a situaciones anteriores.

Respecto de los efectos secundarios de la declaratoria de inconstitucionalidad, Rubén Hernández Valle, propone cuestiones de interés. Así sustenta que *si la sentencia que declara inconstitucional un principio tributario contenido en una ley del impuesto sobre los bienes inmuebles, las leyes en materia de rentas o de ventas que contengan el mismo principio serán también inconstitucionales*. Semejante cuestión no se ha planteado en el Ecuador. Igualmente el autor asevera que *un reglamento fundado sobre una ley declarada inconstitucional deviene también inconstitucional por carecer de fundamento jurídico válido*. Tampoco se ha presentado en el país esta cuestión.¹⁸

Fecha de recepción: 7 de enero de 2008.
Fecha de aceptación: 22 de abril de 2008.

17. Rubén Hernández Valle, "Los efectos de las sentencias en los procesos de inconstitucionalidad", en Pablo Pérez Tremps, coord., *Derecho Procesal Constitucional*, Quito, Corporación Editora Nacional, 2005, pp. 192 y ss.

18. *Ibíd.*, pp. 193-194.

Contrato social entre mujeres y hombres

Rosario Valpuesta Fernández*

RESUMEN

En esta intervención se pretende reflexionar acerca de una propuesta que ha ido ganando aceptación en los últimos tiempos: nos referimos al contrato social mujeres y hombres.¹ Así, evocando el contrato social formulado por Rousseau como fundamento para la construcción del Estado, se pretende una nueva reedición del mismo. Un contrato que, se dice, se ha de celebrar entre los dos géneros, y mediante el cual deben fijarse las condiciones para una nueva convivencia social en la que participen por igual los ciudadanos y las ciudadanas.

PALABRAS CLAVE: contrato social, pensamiento feminista, organización política, desigualdad real y diversidad, feminización de la sociedad, paridad en la participación política.

ABSTRACT

This article analyzes a proposal that has gained acceptance in the last years: the social contract between women and men. Evoking the social contract formulated by Rousseau as foundation for the construction of the State, the author proposes a re-edition of such contract. An agreement, as the author proclaims, to be celebrated between the two genders, to establish the conditions for a new social coexistence where men and women are able to participate in the same conditions.

KEY WORDS: social contract, feminist thought, political organization, real inequality, diversity, feminization of society, parity in political participation.

FORO

ACERCA DEL CONTRATO SOCIAL

La propuesta de Rousseau es una elaboración teórica que se enmarca en el pensamiento político desarrollado en el siglo XVIII, y que suministra las bases ideo-

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

1. Desde la Asociación de mujeres progresistas se ha defendido esta propuesta plasmada en una acción política y en un texto, <http://humano.ya.com/ampvictoriakent/Contrato.htm>

lógicas y conceptuales de la Revolución Francesa, así como del nuevo orden social que se instaura tras el triunfo de la misma.² Un pensamiento que hunde sus raíces en el humanismo, para construir desde la lógica de la razón un modelo de organización política asentado en la soberanía del pueblo. Estamos pues ante una propuesta que se desenvuelve en el plano de las ideas, más que en el de la realidad. Una propuesta en la que se diseña el proceso mediante el cual se ha de pasar del “estado de naturaleza” al de sociedad organizada; y cuyo tránsito ha de producirse mediante el contrato social de todos los hombres para constituirse en pueblo del que emana el poder político.³

Rousseau decía:

Supongo a los hombres llegados a un punto en que los obstáculos que se oponen a su conservación en el estado natural vencen con su resistencia a las fuerzas que cada individuo puede emplear para mantenerse en ese estado. Entonces, ese estado primitivo no puede ya subsistir, y el género humano perecería si no cambiase su manera de ser.

Ahora bien, como los hombres no pueden engendrar nuevas fuerzas, sino solamente aunar y dirigir las que existen, no les queda otro remedio, para subsistir, que formar por agregación una suma de fuerzas que pueda superar la resistencia, ponerlas en juego mediante un solo móvil y hacerlas actuar de consuno.⁴

Con independencia del contenido concreto de la obra en la que desarrolla su pensamiento, la expresión *contrato social* y la idea básica que expresa se sublima hasta el punto de constituir una referencia imprescindible en la explicación y justificación del nuevo orden político que se implanta tras la Revolución Francesa; se convierte en la feliz síntesis del sistema democrático que se legitima en la decisión libre de los hombres para gobernarse a sí mismos.⁵

En el origen del mismo están la formulación política y jurídica de la libertad y la igualdad, en las que se resumen el conjunto de los nuevos valores con los que se quiere identificar el cambio político; una libertad y una igualdad que se consideran consustanciales a la naturaleza humana; tienen, pues, un alcance universal⁶ pero,

2. Sobre las reivindicaciones feministas en la Revolución francesa, Celia Amorós, *Tiempo de feminismo*, Madrid, Ediciones Cátedra, Universidad de Valencia, Instituto de la mujer, 1997, pp. 163 y ss.

3. Este pensamiento ha sido denominado como el discurso de la modernidad por Jürgen Habermas, *El discurso filosófico de la modernidad*, Madrid, Taurus, 1981.

4. Jean Jacques Rousseau, *El contrato social*, Madrid, Ediciones ISTMO, 2004, p. 43.

5. En el pensamiento de Rousseau, la mujer no es sujeto del contrato social, ni participa en la constitución de la voluntad general, Cristina Molina, “Genealogía de la vindicación”, en Elena Beltrán y Virginia Maquieira, eds., *Feminismos. Debates teóricos contemporáneos*, Madrid, Alianza Editorial, 2001, pp. 20 y ss.

6. Al respecto afirma Geneviève Fraisse, que cuando se impone la lógica universalizadora de la democracia, la

como veremos, una dimensión esencialmente masculina.⁷

Rousseau: “Si se indaga en qué consiste precisamente el mayor bien de todos, el cual debe constituir el fin de todo sistema de legislación, se encontrará que se reduce a dos objetos principales: la *libertad* y la *igualdad*. La libertad, porque toda dependencia particular es fuerza que se resta al cuerpo del Estado; la igualdad, porque la libertad no puede subsistir sin ella”.⁸

Ocurre, sin embargo, que estos derechos se contemplan en un plano teórico, desconectados de la situación real de la sociedad a la que se dirigen: la igualdad y la libertad son exclusivamente formales, en el convencimiento de que la dinámica de las relaciones sociales, lejos de cualquier intervencionismo estatal, permitirá a cada uno la realización de sus propios derechos. Además, estos derechos se definen frente al poder político, que era el único, se pensaba, que podía vulnerarlos; y se diseña un Estado mínimo, escasamente interventor, para que las personas, mejores conocedoras de sus intereses, sean las que ejerzan su libertad desde la igualdad formalmente declarada. En este orden de cosas se diseña un único sujeto de derechos con el que se quería superar la diversidad social y jurídica del antiguo régimen.⁹ Estamos entonces en el Derecho de la uniformidad, que se manifiesta en la proclamación de un solo ciudadano,¹⁰ de una sola propiedad y de un único modelo de familia.

excepción constituirá un problema, porque, de acuerdo con la misma, no es asimilable a título de tal. *Musa de la Razón*, Madrid, Ediciones Cátedra, 1991, pp. 115 y ss.

7. Para Carole Pateman, el contrato original constituye, a la vez, la libertad y la dominación. La libertad de los varones y la sujeción de las mujeres se crea a través del contrato original, y el carácter de la libertad civil no se puede entender sin la mitad despreciada de la historia, lo cual revela cómo el derecho patriarcal de los hombres sobre las mujeres se establece a partir del contrato, *El contrato sexual*, Madrid, Anthropos, 1995, pp. 10 y 11. Por su parte, afirma Victoria Camps: “Kant, con su universalismo moral a cuestas, no tiene reparos en afirmar que las mujeres solo son capaces de entender el lenguaje de la belleza, pero son negadas para la ley y para la justicia. Rousseau pone en el centro de su democracia la voluntad general, pero diseña una forma de educar para hombres y otra para mujeres porque los unos y los otros no están hechos para lo mismo”, *El siglo de las mujeres*, Madrid, Ediciones Cátedra, 1998, p. 30. Por su parte, Cinta Canterla afirma que “Debido precisamente a la pretendida incapacidad (entendida más adelante como jurídica) de las mujeres para haber llevado a cabo el contrato social originario, se la excluirá del corpus político, argumentando que la mujer no pudo tomar racionalmente la decisión moral que origina el derecho de ciudadanía, deteniéndola así a medio camino entre el estado de naturaleza y el de ciudadanía”, “Lenguaje y poder en el siglo XVIII: la voz pública y la polémica de los sexos”, *Debate y Perspectivas*, No. 3, 2003, p. 176.
8. Jean Jacques Rousseau, *El contrato social*, p. 79.
9. En el antiguo régimen, “Grandes damas, reinas o señoras territoriales tenían privilegios de los que muchos varones estaban excluidos. La jerarquía en razón del nacimiento interrumpe la continuidad genérica o, al menos, la diluye”. Amelia Valcárcel, *La política de las mujeres*, Madrid, Ediciones Cátedra, DL, 1997, p. 25.
10. Interesante reflexión sobre la construcción del sujeto en Celia Amorós, *Tiempo de feminismo*, Madrid, Ediciones Cátedra, 1997, pp. 19 y ss.

LA IGUALDAD BURGUESA

Bajo este paraguas formal de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano,¹¹ lo que realmente se instaura con el cambio político es el Estado liberal burgués cuyo único patrón, el ciudadano, resulta ser el hombre burgués blanco, que desde su primacía social asume el desarrollo de los principios expuestos. Y así, desde su posición, ordena el conjunto de las relaciones jurídicas y sociales sin ninguna traba por parte de unos poderes públicos, desvinculados de un compromiso por la igualdad afectiva.

Unas relaciones que tienen un determinado cariz en lo que respecta a las mujeres, pues en esta época se elabora todo un ideario en torno a la misma, que tiene como consecuencia su confinamiento en el hogar familiar y su exclusión del ámbito productivo en el que hasta entonces había participado. En efecto, se establece una neta separación entre el espacio público y el privado:¹² el primero reservado a los hombres, y el segundo destinado a las mujeres, elaborando para este último las nociones de lo doméstico o de la domesticidad, en las que se quiere resumir el *mundo pequeño* de lo femenino, y que sin embargo mantiene una relación de dependencia y subordinación al varón, además de su escaso reconocimiento por parte de éste. Se elaboran asimismo nociones como la de corrección y respetabilidad que reflejan el ideal burgués acerca de la familia, unas nociones que se aplican sobre todo a las mujeres, para las que se establecen un conjunto de reglas que rigen su comportamiento y que giran en torno a las funciones que le son asignadas: el cuidado de los hijos y las tareas de la casa, todo ello bajo la autoridad del padre o del marido. Y esta concepción de lo que debe ser la vida familiar influye en el diseño de la vivienda, que se separa del lugar del trabajo para preservar su privacidad, y también en la misma ordenación de las ciudades que responde al pensamiento burgués de ámbitos diferenciados.

Pero, sobre todo, se produce un hecho notable que marcará el destino de las mujeres: el rechazo por parte de la burguesía de la mujer trabajadora, al considerar esta actividad incompatible con el papel que le ha sido asignado en la familia, con lo que termina por imponerse el ideario de la diferencia con una nitidez que no había tenido en otro momento histórico. Como nos indica Goody:¹³

-
11. "La Declaración de 1789 eleva al sujeto (a sus derechos) a elemento definidor del concepto de Constitución en el conocido artículo 16 en el que simultáneamente se establece la división entre el ámbito privado (el de los derechos) y el público (los poderes del Estado), el de la sociedad y el del Estado, el de la diferencia y el de la igualdad, si bien este último (el de la igualdad en el Estado) solo referido a los ciudadanos, no a todos los hombres", Carlos de Cabo Martín, "El sujeto y sus derechos", p. 121.
 12. Sobre el tema, Carole Pateman, "Críticas feministas a la dicotomía público/privado", en Carme Castells compiladora, *Perspectivas feministas en la teoría política*, Barcelona, Paidós, 1996, pp. 31 y ss.
 13. Jack Goody, *La familia europea*, Barcelona, Crítica, 2001, p. 165.

La segunda mitad del siglo XIX conoció la gradual expansión del rechazo a las ‘esposas trabajadoras’; un sentimiento que, presente antes en la aristocracia, fue adoptado por la alta burguesía a comienzos del siglo XVIII y más tarde por los elementos más altos de la clase trabajadora... Esto condujo a poner el acento en la ‘maternidad moral’, en la que el cuidado de los hijos y las tareas de la casa eran la función más valiosa y la que más realizaban las mujeres.

Y este ideal burgués se refleja en los textos legales, en el imaginario colectivo, en la práctica social, hasta llegar a ser asumido por la clase trabajadora, en la medida en la que sus condiciones materiales se lo permitían, para consolidarse definitivamente como el modelo a seguir.¹⁴ Y es que las precarias condiciones en las que se desarrolla la actividad laboral de la mujer de la clase trabajadora propician que vean en el hogar familiar un destino que les libere de su explotación.¹⁵

Pero la diferencia no es aquí diversidad: es desigualdad. Desde la débil posición en la que se coloca a la mujer resulta fácil justificar su sumisión al varón;¹⁶ no plantea problemas reconocer su menor capacidad para las actividades públicas; resulta incluso conveniente que se le proteja mediante la autoridad del padre o del marido. Y esta desigualdad que se consagra en los textos legales parece que no inquieta a los postulados en los que se asentaba el Estado liberal: la libertad y la igualdad.¹⁷

Rousseau: “Por cualquier lado que nos remontemos al principio, llegamos siempre a la misma conclusión: que el pacto social establece entre los ciudadanos tal igualdad que todos se obligan en las mismas condiciones y deben gozar todos de los mismos derechos”.¹⁸

14. A medida que fue avanzando el siglo XIX, como pone de manifiesto Guttormsson, “los conceptos de ‘respectabilidad’ entre las capas superiores de la clase trabajadora fueron modelados, cada vez en mayor medida por la ideología doméstica”, “Las relaciones paternofiliales”, en *La vida familiar desde la revolución francesa hasta la primera guerra mundial, 1789-1913*, Barcelona, s.e., 2002, p. 395.

15. “Feminidad e infancia se nos muestran de este modo como dos reductos estamentales de la modernidad, según los cuales se configuró el espacio privado de la familia...El carácter de inferioridad estamental de estos colectivos se pone de manifiesto en el hecho de que, cuando la lógica de la explotación de la primera fase del capitalismo se ponga en marcha, los miembros desfavorecidos de estos grupos segregados con un significativo *plus* con respecto a los varones adultos de esa misma clase”, Celia Amorós, *Tiempo de feminismo*, p. 279.

16. En Gran Bretaña la posibilidad de que las mujeres casadas pudieran celebrar contratos no fue reconocida hasta 1935.

17. Como expresa Amelia Valcárcel: “Así las cosas, sucedió que el primitivo pensamiento de la ciudadanía, que se expresó tanto en las codificaciones legales post-revolucionarias como en la filosofía, se edificó a costa de los derechos omitidos del colectivo de mujeres. A fin de no contemplar la injusticia política derivada del sexo, el romanticismo argumentó que esa desigualdad era ‘natural’, frente a los que con anterioridad habían sostenido que era ética y política”, *La política de las mujeres*, Madrid, s.e., 1997, p. 25.

18. Jean Jacques Rousseau, *El contrato social*, p. 60.

LA LARGA LUCHA POR LA IGUALDAD

A pesar de las formulaciones jurídicas, del peso de los convencionalismos sociales, de su escasa libertad y su precario protagonismo social, las mujeres inician el difícil camino de la conquista de su igualdad.¹⁹ Organizándose en torno a los movimientos feministas que llegan a adquirir incluso una dimensión internacional, las mujeres europeas y americanas plantean sus reivindicaciones básicas, que cifran en un primer momento en el derecho a la educación y al ejercicio profesional, a las que le acompañarán el derecho al sufragio.²⁰ Estas movilizaciones las protagonizan esencialmente mujeres burguesas que quieren acceder a los ámbitos de los hombres; pero también se movilizaron las asalariadas, atrapadas en las fábricas, que demandan más sueldos y mejores condiciones en el trabajo y, en muchos casos, como se ha dicho, que se las libere de la explotación a la que está sometidas; una lucha, ésta de las mujeres trabajadoras, que hay que enmarcar en el movimiento obrero.²¹

Se inicia pues un largo camino realmente complejo y contradictorio como son los siglos XIX y XX en Europa. Unos siglos marcados por grandes transformaciones políticas, económicas y sociales en los que, a impulsos de movimientos sociales, de ideologías muy dispares, de conflictos internacionales bien cruentos, se modela un pensamiento que termina por implantarse en los Estados democráticos tras la Segunda Guerra Mundial. Durante todos estos años, y como enseguida veremos, la mujer transita un lento y tortuoso recorrido hasta llegar al reconocimiento de su igualdad respecto al hombre. Nos encontramos pues que las distintas constituciones proclaman expresamente la igualdad entre los hombres y mujeres, vetando toda discriminación y, lo que es más importante, que tal declaración tiene eficacia jurídica,

19. Con anterioridad existen ya escritos que se pronuncian sobre la mujer y su papel en la sociedad, entre los que cabe resaltar la obra de Fanny Burnier de la Mongallaz *De la influencia de las mujeres en las costumbres y la suerte de las naciones*, que responde a lo que se ha denominado la primera ola del feminismo, en la que Amelia Valcarcel sitúa a Polain de la Barre, con *De la igualdad de los sexos. De la educación de las damas*, y Mary Willstenocraft, con *Vindicación*, en la introducción a *El debate sobre el voto femenino en la Constitución de 1931*, Madrid, s.e., 2001. Un estudio en profundidad sobre la obra de Polain de Barre lo hace Celia Amorós, *Tiempo de feminismo*, pp. 109 y ss. Por su parte Cinta Canterla nos revela la presencia del feminismo en el discurso político que se refleja en la prensa del siglo XVIII, "Lenguaje y poder en el siglo XVIII: la voz pública y la polémica de los sexos", *Debate y Perspectivas*, No. 3, 2003, pp. 173 y ss.

20. Un hito lo marca el Manifiesto de Séneca de 1848.

21. La relación entre feminismo y clase hay que enmarcarla en el debate entre feministas y marxismo. Al respecto Catharine A. Mckinnon afirma que: "En el caso de las mujeres burguesas, limitar el análisis de la situación de la mujer a su relación con el capitalismo y limitar este análisis a su relación con el capitalismo a través de los hombres, es ver solo un aspecto indirecto. No hacerlo en el caso de la mujer proletaria es pasar por alto su aspecto indirecto. En ambos casos, definir la situación de las mujeres solo en términos de clase es pasar por alto enteramente su situación como mujeres a través de las relaciones con los hombres, que es una situación relacional definitoria que comparten, incluso aunque difieran, los hombres a través de los cuales la adquieren", *Hacia una teoría feminista del Estado*, Madrid, Ediciones Cátedra, 1995, pp. 23 y ss.

es decir, que se imponen al resto del ordenamiento para disipar todo rastro de discriminación que pudiera existir por razón del sexo.²²

Rousseau: “Al recobrar su libertad por el mismo derecho con que le fue arrebatada, o tiene razón para reivindicarla, o no la tenían para quitársela. Pero el orden social es un derecho sagrado que sirve de base a todos los demás. No obstante, este derecho no procede de la naturaleza; luego se funda en convenciones. Se trata de saber cuales son estas convenciones”.²³

La igualdad formal, aquella que se proclama en los textos legales, se va consiguiendo a medida que se impone el cambio constitucional, pero ésta es insuficiente para transformar una sociedad todavía injusta que coloca a las mujeres en una clara situación de desventaja.²⁴ Es necesario entonces una mayor implicación con la igualdad real.

Rousseau: “Convengamos, pues, en que la fuerza no hace el derecho, y que no estamos obligados a obedecer más que a los poderes legítimos”.²⁵

Esta cuestión se intenta resolver desde el Estado social que se empieza a implantar después de la Segunda Guerra Mundial; un estado más ligado a la persona y que tiene como objetivo la consecución de la igualdad real, lo que supone trascender del plano formal de la ley, es decir, de la igualdad en la ley y la igualdad en la aplicación de la ley, para alcanzar la igualdad social de todas las personas y de los colectivos en los que se inserta, como señala el artículo 9 de nuestra Constitución.

Ello significa, como se especifica en dicho artículo, que los poderes públicos han de desplegar políticas que remuevan los obstáculos que impidan o dificulten la plenitud de los derechos de igualdad y libertad, y facilitar la participación de todos los ciudadanos y ciudadanas en la vida política, económica, cultural y social; pero, sobre

22. En el plano internacional se deben tener en cuenta, La declaración universal de los derechos humanos, de 1948, el Pacto internacional de Derechos civiles y políticos y el Pacto internacional de Derechos económicos, sociales y culturales, ambos de 1966. En 1979 se aprobó igualmente por NN.UU. la Convención contra toda forma de discriminación contra la mujer.

23. Jean Jacques Rousseau, *El contrato social*, p. 34, afirmación que la hace respecto al pueblo.

24. Las transformaciones que se producen en los ordenamientos jurídicos a partir de la Segunda Guerra Mundial se deben sin duda a los movimientos feministas de los años sesenta, sobre el tema Amelia Valcárcel, *La política de las mujeres*, pp. 93 y ss. Una exposición de estos cambios normativos en España, Amparo Rubiales Torrejón, *Evolución de la situación jurídica de la mujer en España*, Instituto Andaluz de la mujer, Granada, 2003, también, Ruth Rubio Marín, coord., *Mujer e igualdad: la norma y su aplicación (aspectos constitucionales, penales y civiles)*, 3 tomos, Sevilla, Instituto Andaluz de la Mujer, 1999. Es muy interesante la exposición sobre la aplicación por parte del Tribunal Federal Alemán del principio de igualdad de la mujer y el varón y su incidencia en las relaciones familiares que hace Blanca Rodríguez Ruiz, “Familia e igualdad de los sexos en el Estado constitucional: una mirada crítica al caso alemán”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada. El Derecho y la familia*, No. 4, 2001, s.e., pp. 311 y ss.

25. Jean Jacques Rousseau, *El contrato social*, p. 37.

todo, implica que el Estado debe asumir un protagonismo activo en la transformación de las condiciones de vida que lleve a una sociedad más justa e igualitaria. Así pues, el desencuentro entre la igualdad formal y la desigualdad real se ha de resolver arbi-trando medidas a favor de las personas y de los colectivos que están en una situación de inferioridad social. Se habla, en consecuencia, de adoptar políticas de acción posi-tiva²⁶ que suponen una quiebra de la igualdad formal, que se justifican por la conse-cución de la igualdad real y que tienen su fundamento en la diferente situación de partida en la que se encuentran personas y colectivos, entre los que están sin duda las mujeres.²⁷ A partir de ahí, se diseñan políticas dirigidas específicamente al género femenino, para propiciar su plena integración en la sociedad en condiciones de pari-dad con el varón.²⁸

Sin embargo, lo que realmente supone este diferente planteamiento respecto al principio de igualdad es la quiebra definitiva de la uniformidad del sujeto de dere-chos, es decir, del destinatario de la norma, que durante mucho tiempo había domi-nado la acción de los poderes públicos y, más en concreto, la producción normativa. Así, al hombre burgués que inicialmente había capitalizado la noción de ciudadano, hasta el punto de diseñar un modelo de relaciones que respondiera a sus aspiraciones e intereses, le habían surgido ya otros sujetos impuestos por los movimientos socia-les, como fueron el trabajador o el campesino, que se convirtieron en actores de unas políticas y de una legislación netamente protectoras; a ellos le siguieron por impera-tivo del Estado social otros tantos sujetos. Se produjo entonces la quiebra del ciuda-dano único, pero ésta se resolvía en una clave eminentemente masculina, pues estos últimos eran también encarnaciones abstractas de una subjetividad social que toda-vía no diferenciaba hombres y mujeres. Cuando la implantación del Estado social lleva a reparar también en la situación de desigualdad de las mujeres, emerge enton-ces una normativa con un perfil muy diferente. Ya no se trata, como se ha dicho, de proclamar la igualdad de derechos entre unos y otras, ni de exigir que ambos fueran iguales en la aplicación de la ley; se trata de impedir que la situación de desventaja social, en la que se encuentran las mujeres, suponga un obstáculo para la igualdad que proclaman las leyes. Con ello, la dialéctica igualdad-desigualdad adquiere una nueva dimensión, pues la misma ya no se desenvuelve entre individuos de clases sociales diferentes, como la que se da entre el empresario y el trabajador, o en situa-

26. “Mujer e igualdad: el ordenamiento constitucional; logros y posibilidades”, Ruth Rubio Marín, coord., *Mujer e igualdad: la norma y su aplicación*, Instituto Andaluz de la Mujer, Sevilla, 1999, p. 11.

27. Sobre este tipo de medidas, Fátima Arranz, “Algunas notas tecnológicas sobre los planes de igualdad de oportu-nidades en el marco de las políticas públicas dirigidas hacia las mujeres: el caso español”, en *Las políticas públicas en favor de las mujeres*, Asociación Cultural Almudayna, Madrid, 2001 pp. 36 y ss.

28. Una interesante exposición de las diferentes teorías feministas sobre el papel del Estado en la construcción de la ciudadanía de las mujeres, en Fátima Arranz, *Las políticas públicas a favor de las mujeres*, pp. 26 y ss.

ciones económicas dispares, como la que tiene el agricultor respecto a los otros empresarios; esta dialéctica se da entre géneros, el femenino y el masculino, y ambos están presentes en todo el espectro social. Ello no es óbice para que determinadas medidas se adopten respecto a un conjunto de mujeres que se encuentran en una situación económica o laboral que requieren de una protección específica.

Así, surgen iniciativas políticas de apoyo y promoción de las mujeres que se nuclean en torno a instituciones u organismos dedicados específicamente a ellas²⁹ para propiciar su integración en todos los ámbitos de la sociedad. También se genera una normativa dirigida a facilitar su incorporación a la actividad profesional o laboral, mediante la conciliación de la vida familiar y laboral.³⁰ Ocurre, sin embargo, que la mujer empieza a depender del Estado y de las políticas públicas, hasta el punto de que su conquistada presencia en la sociedad solo se asegura mediante la continua implicación de los poderes públicos, pues las bases en las que se asienta la organización social están lejos de cambiar; por ello se ha hablado, con acierto, de su maridaje con el Estado social.³¹

En el plano internacional también va adquiriendo relevancia la posición de la mujer que se refleja en los diferentes instrumentos internacionales que se pronuncian sobre su situación y sus derechos, si bien este reconocimiento se desenvuelve en un plano más teórico que real, como se pone de manifiesto en las alarmantes cifras de los informes del PNUD. No obstante, se debe reconocer el avance que han significado los diferentes acuerdos de las NN.UU.,³² o las declaraciones internacionales que se han redactado después de las Conferencias Internacionales sobre la mujer.³³

También se ha producido un cambio relevante en el discurso social, al menos en los países que se integran en la órbita de la cultura occidental, pues “La misoginia

29. En España se crean los Institutos de la mujer, al nivel estatal y autonómico, al mismo tiempo que casi todos los Ayuntamientos cuentan con una concejalía sobre la mujer, y desde esas instancias se han impulsado diferentes planes sobre igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres. Judith Astelarra reflexiona sobre “Políticas públicas de igualdad de oportunidades”, *En torno al mercado de trabajo y las políticas de igualdad de oportunidades en España*, pp. 133 y ss.

30. En España, Ley 39/1999, de 5 de noviembre de Conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras.

31. Desde esta teoría se ha llegado a afirmar que las mujeres son el Welfare State, pues al mismo tiempo que son proveedoras de servicios son beneficiarias de los mismos, de tal manera que el Estado se convierte en una especie de “marido”, “Maternidad, familia y Estado”, Françoise Thebaud, *Historia de las mujeres. El siglo XX*, Roma, 1992, Madrid, 1993, p. 455.

32. Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra las mujeres.

33. Muy significativa fue la IV Conferencia Internacional sobre la Mujer celebrado en Beijing (China) en septiembre de 1995.

explícita y declarada hace tiempo que es políticamente incorrecta y, salvo raras excepciones, ha desaparecido del mundo académico y supuestamente culto”.³⁴

Se consagra así la diversidad como patrón de la acción positiva del Estado, pero la igualdad real entre mujeres y hombres no acaba de cuajar, como se pone de manifiesto a través de diferentes indicadores que reflejan la posición de desventaja social de las primeras.

LA IGUALDAD QUE NO LLEGA

Las declaraciones constitucionales, las acciones de los poderes públicos, se han revelado hasta ahora insuficientes para invertir una realidad que aún se asienta en la desigualdad real de las mujeres respecto a los hombres.³⁵ Así, podemos comprobar que a pesar de que se ha producido un sensible aumento del número de mujeres que han accedido a la formación y a la actividad profesional, las tasas de desempleo son más altas en el colectivo de las mujeres y ocurre, además, que cuando accede al trabajo, su remuneración es menor a la del hombre a igual actividad laboral; también es evidente su presencia más reducida en los puestos de trabajo de mayor cualificación, siendo en algunos casos especialmente significativa. Con frecuencia comprobamos que determinadas actividades laborales de baja cualificación están muy feminizadas, con lo que resulta fácil enmascarar una menor retribución económica de las mismas en razón del sexo.³⁶ Como pone de manifiesto Susana Brunel, la situación de las mujeres en el mercado laboral se caracteriza por una serie de variables que constatan la discriminación por razón de sexo: baja tasa de actividad y alta tasa de desempleo en relación con la masculina, segregación ocupacional, desigual retribución por trabajos de igual valor, mayor precariedad en la contratación, menor protección social y adjudicación casi en exclusiva de las responsabilidades familiares.³⁷ Y precisamente esta situación de precariedad que tienen las mujeres en el mercado de trabajo

34. Victoria Camps atribuye este avance a los colectivos dedicados a los estudios de la mujer, “El papel social de la mujer en los últimos 25 años”, www.fundacionsantamaria.org/mujer.htm

35. Victoria Camps concreta las causas de la desigualdad de las mujeres en la duplicidad del trabajo, la insuficiente igualdad de oportunidades y la condición “objetual” de la mujer, visible en las situaciones más extremas de violencia sexual, *El siglo de las mujeres*, p. 16.

36. Sobre el tema, Fátima Arranz, *Introducción a las políticas públicas a favor de las mujeres*, Madrid, s.e., 2002, pp. 19 y 20. Paloma de Villota e Ignacio Ferrari Herrero, “Sobre la desigual remuneración entre mujeres y hombres percibida a través de las estadísticas fiscales”, *En torno al mercado de trabajo y las políticas de igualdad de oportunidades en España*, pp. 37 y ss. En la misma obra, Laura de Pablos Escobar, “Desigualdad laboral desde la perspectiva de género”, pp. 73 y ss.

37. “Las mujeres en el mercado laboral en España”, *En torno al mercado de trabajo y las políticas de igualdad de oportunidades*, p. 99.

es uno de los factores que explican el fenómeno que se ha dado en llamar la feminización de la pobreza.³⁸

Y esta incorporación de la mujer a la actividad laboral, profesional, empresarial o formativa se ha realizado sin que se le haya aliviado del cumplimiento de las funciones familiares que le fueron asignadas, es decir, sin que se haya producido una asunción por parte de los hombres de las tareas de la casa y el cuidado de los hijos; y esta situación provoca que las mujeres trabajadoras, empresarias o profesionales, en definitiva aquellas que realizan una actividad social, deban soportar lo que se conoce como *la doble jornada*: la que tienen que desempeñar en su actividad exterior y la que tienen que realizar en el hogar. Esta situación que por sí misma es injusta, en la medida que hace recaer sobre la mujer el peso de la familia, además de sus responsabilidades laborales, tiene también otras consecuencias respecto a su comportamiento. Una de ellas es sin duda el descenso de la natalidad hasta índices tan bajos que coloca a la mujer española en la primera del mundo en este parámetro;³⁹ también ocurre que el matrimonio o la constitución de una pareja se produce a una edad más tardía, por tener que compatibilizarlo con su formación o con la realización de una actividad profesional o laboral. Todo ello sin contar con las dificultades con las que se encuentran las mujeres que están en condiciones de tener descendencia para poder acceder a un puesto de trabajo, a las que se las sitúa en la difícil disyuntiva de tener que elegir entre la opción personal de ser madre o de constituir una familia y su acceso o promoción en el mundo del trabajo.

Y ante este panorama, la familia, que se había diseñado conforme a un reparto de roles entre el hombre y la mujer, se resiente con el cambio, sin que se le den otras opciones de organización interna. En consecuencia, no se puede decir que la familia está en crisis, pues lo único que está en crisis es un modelo concreto que se impone en un determinado momento histórico, que cuando se alteran las bases en las que se asienta pone de manifiesto su injusticia intrínseca.

Precisamente, esa injusticia intrínseca, a la que hemos aludido, ha provocado que resulte dolorosamente alarmante el alto precio que las mujeres están pagando por su libertad personal, y que se refleja en el gran número de casos de malos tratos que padecen y en las muertes que se están produciendo a manos del varón con el que mantienen o han mantenido una relación sentimental, de noviazgo, matrimonio o simple convivencia, quien, desde su posición de poder, no acepta el ejercicio de la libertad personal de su pareja.⁴⁰

38. Laura de Pablos Escobar, "Desigualdad laboral desde la perspectiva de género", *ibíd.*, pp. 73 y ss.

39. La fecundidad ha caído de un 2,8% en el año 1975 hasta un 1,3% en el año 2002, *La sociedad española tras 25 años de Constitución*, Madrid, INE, 2003.

40. Cristina Garaizabal señala que la violencia de género es en última instancia una cuestión de poder que esta sociedad otorga a los hombres, "La violencia sexista", en *Las políticas públicas en favor de las mujeres*, p. 52.

Rousseau: “El más fuerte no es nunca lo bastante fuerte para ser siempre el amo, si no transforma su fuerza en derecho y la obediencia en deber. De aquí el derecho del más fuerte; derecho tomado irónicamente en apariencia, y realmente establecido en principio”.⁴¹

Y hasta tal punto ello es así, que podemos afirmar que la conquista por parte de la mujer de un sitio en la sociedad en iguales condiciones que el hombre, se ha hecho en gran medida a costa de ella misma, de su trabajo, de sus renunciaciones, de su integridad física y de su propia vida.

Ahora bien, las mujeres que se dedican en exclusiva al cuidado de la familia, tampoco se encuentran en una situación más favorable, pues resulta que sobre las mismas recae la responsabilidad y la dedicación al cuidado y atención de los más necesitados, de los hijos menores y de los padres mayores, de los discapacitados y de los enfermos, con lo que están asumiendo en gran medida unas funciones que corresponden al conjunto de la sociedad, si no al mismo Estado, sin ningún tipo de reconocimiento y sin ninguna compensación económica.⁴²

Y esta situación en la que se ha colocado a las mujeres, tanto a las trabajadoras como a las que se les identifica como *amas de casa*, existe a pesar de las formulaciones constitucionales sobre la igualdad de los sexos; y a pesar, también, de la definición del Estado social y el compromiso de los poderes públicos con la igualdad real. Se puede argumentar que asistimos a un período transitorio que terminará con la definitiva implantación de la sociedad del bienestar, de tal suerte que las condiciones irán cambiando a medida que surtan efectos las políticas sociales diseñadas en apoyo a la mujer. Esta afirmación puede servir para países, como España, en los que todavía ha tenido un escaso desarrollo el Estado social. Sin embargo, no se puede mantener si tiene en cuenta la experiencia de las sociedades más avanzadas, que tras décadas de políticas públicas a favor de la igualdad de los sexos, aún no han llegado a una plena equiparación entre hombres y mujeres.⁴³ Y es que el Estado social no ha llegado a hacer las cuentas con el Estado liberal, del que sigue siendo subsidiario,

Respecto a España, las cifras son muy alarmantes: en el año 2003 se registró más de 50.000 denuncias de malos tratos, aumentando la violencia doméstica en un 16%; en ese mismo año murieron 70 mujeres a manos de su pareja, un 34% más que el año anterior. Fuente: Ministerio del Interior e Instituto de la Mujer.

41. Jean Jacques Rousseau, *El contrato social*, p. 36.

42. Cristina Carraso y Maribel Mayordomo critican las categorías utilizadas por las encuestas de población activa que esconden un sesgo androcéntrico, entre otras razones porque hace invisible el trabajo de la mujer en la casa, “Mujeres, trabajo y actividad: La cara oculta de la EPA”, en Paloma de Villota, coord., *En torno al mercado de trabajo y las políticas públicas de igualdad de oportunidades en España*, Madrid, 2000, pp. 21 y ss.

43. El feminismo de los años ochenta, desde sus diferentes perspectivas, parte de una misma pregunta: Qué sucede para que las mujeres permanezcan discriminadas de la vida pública, aun en las sociedades más avanzadas, Fátima Herranz, *Las políticas públicas a favor de las mujeres*, p. 22.

como afirma Ángel López: “El viejo sujeto abstracto y formalmente igual del fuerte Estado Liberal, solo en algún caso ha cedido su puesto al sujeto parcialmente concreto y sustancialmente igual del débil Estado Social”.⁴⁴

Respecto a las mujeres, creemos que hay otra razón que explica la situación actual; nos referimos al hecho de que la vida pública, es decir, la que representa la actividad laboral, profesional, económica, política o cultural, responde a un diseño masculino que le da al hombre una preeminencia difícil de superar. Y entendemos que el diseño es masculino, no solo porque lo ha realizado el varón como protagonista indiscutible del ámbito de lo público, sino porque responde a su posición netamente diferenciada de la otra gran realidad que integra la sociedad en su conjunto: nos referimos a la familia, lo privado o lo doméstico, como se quiera llamar. Refleja pues una visión parcial de un mundo que se ordena conforme a un solo patrón: el empresario, el trabajador, el profesional, el político, el economista, el artista...y que masculiniza a la mujer cuando decide asumir dichos roles, encontrando así una vía rápida para superar la exclusión en la que se encontraba.⁴⁵

LA PROPUESTA DEL CONTRATO SOCIAL MUJERES HOMBRES. FUNDAMENTOS DEL PACTO: LA DESIGUALDAD Y LA DIVERSIDAD

Como ya ha ocurrido históricamente, cuando mediante un contrato social se dio vida a un nuevo orden político asentado en la soberanía del pueblo, se debe proceder ahora a la celebración de un nuevo contrato social por el que se proceda a la refundación de la democracia que conocemos, que de ciudadanos pase a ser de ciudadanas y ciudadanas, o expresado en otros términos, de mujeres y hombres.

Se pretende en consecuencia volver, como ya explicara Rousseau, al momento inicial de constitución de la sociedad, al contrato originario, para restablecer las bases en las cuales se ha de asentar.

Rousseau: “Antes, pues, de examinar el acto por el cual un pueblo elige un rey, convendría examinar el acto por el cual un pueblo es un pueblo. Pues siendo este acto superior al otro, es el verdadero fundamento de la sociedad”.⁴⁶

44. “Estado social y sujeto privado. Una reflexión finisecular”, Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno, 1996, p. 459.

45. Victoria Camps, *El siglo de las mujeres*, p. 16.

46. De cómo hay que darse siempre la primera convención, *El contrato social*, p. 43.

Unas bases que no pueden definirse desde la abstracción y desde la uniformidad, sino que han de partir de una realidad heterogénea para construir desde la diversidad la igualdad real de las mujeres y de los hombres.⁴⁷

Rousseau: “Encontrar una forma de asociación que defienda y proteja con toda la fuerza común la persona y los bienes de cada asociado, y por la cual, uniéndose cada uno a todos, no obedezca, sin embargo, más que a sí mismo y permanezca tan libre como antes. Tal es el problema fundamental, cuya solución da el contrato social”.⁴⁸

Por ello, el acto fundacional ha de ser el resultado de una convención en la que participen todas y todos, en cuanto personas y en cuanto género, pues lo que se pretende es un contrato entre partes situadas socialmente en posiciones diferentes, que con el diálogo y el acuerdo han de construir una sociedad en la que se den las condiciones para la igualdad real de unas y otros. En la medida en la que hablamos de contrato, éste no puede ser el resultado de una acción unilateral, tampoco de la imposición de una parte a otra de unas reglas de comportamiento, sino que ha de responder a un acuerdo común de ambas partes que, desde su diferente posición, alcanzan un objetivo compartido, fijando las reglas de juego. No estamos ante una claudicación, ni ante una imposición, sino ante un contrato libremente formado.

Rousseau: “Por la misma razón que la soberanía es inalienable, es indivisible, pues la voluntad es general o no lo es; es la del cuerpo del pueblo o solamente la de una parte. En el primer caso, esa voluntad declarada es un acto de soberanía y hace ley. En el segundo caso, no es más que una voluntad particular, o un acto de magistratura; es, a lo sumo, un decreto”.⁴⁹

Se requiere en primer lugar que ambos géneros actúen desde su libertad, es decir, que las condiciones de inferioridad en la que socialmente puedan estar no supongan un obstáculo para aceptar o asumir un modelo que no se quiere, o para imponer desde la supremacía un orden social que excluya a la otra parte. En definitiva, consiste en darle una dimensión política a los asuntos que anteriormente se resolvían en el ámbito de lo privado; el feminismo, como afirma Celia Amorós, es político.⁵⁰

Rousseau:

En el mismo instante, en lugar de la persona particular de cada contratante, este acto de asociación produce un cuerpo y colectivo compuesto de tantos miembros como votos

47. Interesantes reflexiones de Celia Amorós acerca de la virtualidad del sujeto universal. Cifra el fracaso de la ilustración en que la universalidad del sujeto no se llevó hasta sus últimas consecuencias, por lo que no deben crearse más sujetos sino hacer posible el sujeto universal, *Tiempo de feminismo*, pp. 358 y ss.

48. Jean Jacques Rousseau, *El contrato social*, p. 44.

49. *Ibid.*, p. 54.

50. En la obra de que es editora, *Feminismo y Filosofía*, Madrid, Edit. Síntesis, 2000, p. 12.

tienen su asamblea, el cual recibe de este mismo acto su unidad, su *yo* común, su vida y su voluntad. Esta persona pública que se forma así, por la unión de todas las demás, tomaba en otro tiempo el nombre de *Ciudad*, y toma ahora el de *República* o el de *cuero político*, al cual llaman sus miembros *Estado* cuando es pasivo, *Soberano* cuando es activo, *Poder* cuando lo comparan con otro de su misma especie.⁵¹

En este sentido, el contrato ha de suponer algo más que la mera constatación de la diversidad, ha de partir del reconocimiento de la desigualdad que en el plano de la realidad están muchas mujeres, hasta el punto de poder identificarlas con un colectivo desfavorecido, el que representa el género femenino. Supone en definitiva reconocer que existen notables diferencias entre mujeres y hombres en cuanto a su posición en la sociedad; consecuencia de una construcción de la desigualdad, más acentuada, paradójicamente, en la contemporaneidad, con la implantación del modelo burgués de separación de los espacios. Unas mujeres que se pueden encontrar en situaciones muy diversas, como es el caso de las que no han accedido al mundo del trabajo, o de las que son responsables de una familia monoparental, o de las trabajadoras de baja cualificación, o de las escasamente formadas; unas mujeres, en definitiva, que padecen la doble discriminación, la que se deriva de las condiciones en las que viven y la que tiene su origen en el sexo, pues, por encima de esta diversidad de situaciones en las que se pueden encontrar, y que supone para las mismas en muchos casos un agravamiento de la situación de desventaja, padecen una manifiesta discriminación por su condición de mujer.

Este contrato social ha de tener una dimensión horizontal. No se trata de pactar con un poder constituido un conjunto de medidas que mejore la situación, pues ello ha ocurrido con el Estado social. Se trata por el contrario de pactar las bases en las cuales se ha de asentar un nuevo orden político y social, mediante unas reglas que lleven a una distribución diferente de los distintos espacios privados y públicos; en definitiva, a una refundación del sistema democrático.

LO PRIVADO Y LO PÚBLICO: UNA RESPONSABILIDAD COMPARTIDA

Tal como se ha indicado, la plena integración de la mujer en la sociedad a la que pertenece requiere una profunda transformación de las reglas que rigen la organización social y sus pautas de comportamiento. Hasta ahora, éstas giraban en torno a dos mundos que funcionaban con cierta independencia: el mundo de lo privado, repre-

51. Jean Jacques Rousseau, *El contrato social*, pp. 45 y 46.

sentado por la familia en el que estaba recluida la mujer, y el mundo de lo público, que pertenecía al hombre; y en ambos hasta hace poco dominaba el varón. Había pues una distribución de roles sobre la que se asentaba el funcionamiento de la sociedad en su conjunto: la familia era responsabilidad de la madre, esposa, hija o hermana, que debían asumir, según las circunstancias, las tareas del hogar y el cuidado de los más necesitados, fueran estos los hijos menores, los padres mayores, los enfermos o los parientes necesitados. La actividad pública recaía casi en exclusiva en el hombre que, desligado de un compromiso familiar, podía entregarse plenamente a la misma.⁵²

Ocurre que cuando la mujer decide de forma mayoritaria “salir del hogar” para participar en igualdad de condiciones que el hombre en los asuntos públicos, es decir, en el trabajo, en la actividad social, cultural, política o económica, empieza a asumir con el varón la responsabilidad en estos ámbitos, pero no se da el fenómeno inverso de que el hombre participe en la vida familiar en igualdad de condiciones que la mujer y asuma su cuota de responsabilidad en la misma, con lo que se llega a la situación ya expuesta.

Pero aún hay más; esta dicotomía en torno a la cual se ordena el conjunto de las relaciones sociales refleja una distinta ponderación de lo público y de lo privado, que se pone de manifiesto en la mayor relevancia de lo primero respecto a lo segundo.

En efecto, “plantear el trabajo familiar y el trabajo asalariado como un problema de estrategias femeninas de conciliación de tiempos significa, por una parte, seguir aceptándolo como una cuestión personal, privada y específica de las mujeres y, por otra, no reconocer que es absolutamente imposible que la mayoría de las mujeres se incorporen al mercado laboral de la forma en que lo hace la población masculina”.⁵³

Por esta razón, se ha de partir de una afirmación inicial acerca de la relevancia que, para el destino de cualquier sociedad, tiene lo que ocurra en el ámbito familiar, que no es más que reconocer la trascendencia que en la organización social ha tenido y tiene la familia, que ha cumplido importantes funciones tanto respecto de los miembros que la integran, como para el conjunto de la comunidad. La experiencia de la historia nos pone de manifiesto que la familia ha sido un tipo de organización presente en toda sociedad, a cuyo desarrollo ha contribuido en muy distintos planos y en aspectos muy diferentes. La familia ha sido un medio privilegiado para la transmi-

52. El feminismo de los años 60 acuñó la frase de “lo personal es político” para señalar la necesidad de modificar los patrones de comportamiento en éste ámbito y su interés para los poderes públicos; sobre el tema Cristina Sánchez Muñoz, “Feminismo liberal, radical y socialista”, en *Feminismos. Debates teóricos contemporáneos*, pp. 75 y ss.

53. Cristina Carrasco y Maribel Mayordomo, “Mujeres, trabajos y actividad: La cara oculta de la EPA”, en VV.AA., *La mujer en el mercado de trabajo*, IDRCTI, Junta de Andalucía, Málaga, 2000, p. 35.

sión de los valores, ideas, reglas de comportamiento, hasta poder afirmar que constituye el ámbito más idóneo para la reproducción social del modelo que se quiere; también constituye un instrumento muy valioso para la cohesión social con la ayuda y atención que presta a los más necesitados, que no ha sido en ningún momento sustituida plenamente por los poderes públicos, ni con la implantación del régimen socialista, ni con el desarrollo del Estado social. La familia, igualmente, ha contribuido al desarrollo económico del Estado aportando su propia organización, en forma de unidad de producción agrícola, como empresa familiar, o como unidad en la manufactura de bienes. En otro plano se ha de tener en cuenta que es esencialmente en el seno de la familia donde reside la procreación, y también en la que se produce el proceso de socialización de las niñas y de los niños. Y en todas estas funciones que históricamente ha cumplido la familia y que en una gran medida sigue desempeñando en la actualidad, el papel de la mujer ha sido imprescindible precisamente por su dedicación casi en exclusiva a la familia.

La importancia de la familia también se refleja en nuestro texto constitucional que en su artículo 39 recoge en compromiso de los poderes públicos de protegerla en el plano social, económico y jurídico.⁵⁴ Dicho artículo supone algo más que el reconocimiento del hecho social de la existencia de la familia: implica asegurar su mantenimiento mediante la protección adecuada.

En consecuencia, no se puede defender la preferencia de lo público, en los términos en los que lo estamos entendiendo, frente a la familia; tampoco se debe mantener que ésta es responsabilidad de la mujer, pues tal posición, además de chocar frontalmente con los derechos constitucionalmente reconocidos como la igualdad o la libertad, supone dejar a la deriva la familia cuando la mujer no puede dedicarle la atención suficiente.

Sin embargo, no podemos caer en una plena identificación de lo privado con la familia, pues a dicho ámbito también pertenece el desarrollo de la personalidad, el establecimiento de relaciones afectivas, la realización de las aspiraciones personales, la dimensión cultural de la persona, en definitiva el desenvolvimiento de las capacidades que como ser humano se tienen y que en ningún caso se agotan en la actividad laboral o profesional.

54. Art. 39 CE: "1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia. 2. Los poderes públicos aseguran asimismo la protección integral de los hijos, iguales estos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad. 2. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro y fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos que legalmente proceda. 4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos".

Se requiere pues que se atienda y valore en los mismos términos los que antaño fueron consagrados como espacios diferenciados y disímiles.

Una vez dicho esto, se ha de caminar en dos sentidos paralelos: la corresponsabilidad de la mujer y el hombre respecto a la familia y la compatibilidad de ambos mundos.

Cuando se habla de corresponsabilidad, se quiere aludir a la necesidad de que tanto la mujer como el hombre, en las distintas condiciones que se pueden encontrar en el seno de la familia, es decir, como cónyuge, como compañero o compañera, como madre o padre, como hija o hijo...deben asumir sus cometidos con la misma intensidad y contenido. Ello resulta más evidente en las relaciones de pareja y en el ejercicio de la patria potestad, pues el tipo de relaciones que se establece exige una mayor dedicación de la mujer y del hombre.

Y solamente desde esta perspectiva se debe abordar la regulación sobre la compatibilidad de la vida familiar y laboral,⁵⁵ y cualquier otra medida que se adopte en el sentido de facilitar la incorporación de la mujer a la actividad laboral. Ahora bien, para la efectividad de las mismas se requiere partir de la constatación de un hecho, el que todavía son las mujeres en cuanto madres y esposas las que están asumiendo en mayor proporción el cuidado y la atención a la familia, pues solamente reconociendo la realidad se pueden desplegar políticas que corrijan la situación e inviertan la tendencia aún existente de identificar la familia con la mujer. En efecto, no basta que se reconozca la posibilidad de elegir por parte de la madre o del padre el disfrute de determinado beneficio para el cuidado de los hijos, pues posiblemente tal como están las cosas sea la madre la que ejerza en la mayoría de los casos esta opción; sino impulsar al padre a que también se decida por la atención a los hijos. Desde esta perspectiva son cuestionables las medidas de carácter generalizador que se dirigen a la madre trabajadora, pues inciden en la tendencia expuesta de atribuirle preferentemente la función de educarlos y cuidarlos, y confirman la identificación de los hijos con la madre; pudiéndose dar el caso, incluso, de inducir comportamientos contrarios a la lógica emancipadora: en el supuesto de ruptura de la convivencia de los padres, que se opte porque los hijos comunes se queden con la madre para así poder beneficiarse de las prestaciones que a ella se dirigen. Distinto es que en determinadas situaciones, en las que se compruebe que es la mujer la que tiene sobre sí la responsabilidad familiar, caso que ocurre en las familias monoparentales, se le destinen determinadas ayudas que le permitan responder a sus necesidades y acceder igualmente al

55. Una propuesta, la del sindicato UGT, la recoge Carmen García Cruz, "El empleo de las mujeres", *En torno al mercado de trabajo y la política de igualdad de oportunidades en España*, p. 113. En la misma obra Lucila Gómez-Baeza Tinturé, "Las mujeres y el empleo", pp. 123 y ss.

mundo del trabajo. Si bien se debe tener en cuenta que la feminización de las familias monoparentales no es más que una consecuencia de la identificación preferente de la familia con la mujer, lo que lleva a que en la mayoría de los casos de ruptura de la relación de pareja sea ésta la que asuma el cuidado de los hijos.

Estamos hablando, en consecuencia, de la necesidad de que se elaboren políticas que lleven a una corresponsabilidad efectiva de las mujeres y de los hombres en el cuidado y la atención a la familia, y no de acciones concretas que únicamente faciliten el acceso de la esposa o madre al trabajo, suministrándole los medios para que le alivien las tareas.

Por ello, lo expuesto nos acerca a una reflexión de más calado, consistente en plantearse si no deben cambiar las reglas que rigen el funcionamiento de la sociedad para que se pueda dar una mayor compatibilidad entre la vida privada y la actividad pública. Ello supone cuestionarse la jornada laboral, su extensión y horario. También la ordenación de las ciudades, que no pueden seguir respondiendo a una neta separación de los espacios públicos y privados, tal como en su momento se diseñaron;⁵⁶ y en este sentido se debe reflexionar igualmente acerca de los servicios públicos, su ubicación, incluso sobre su contenido, es decir, las prestaciones que han de ofrecer a la familia en su conjunto, así como el tiempo durante el cual se realizan los servicios de atención. También deben responder a esta compatibilidad entre vida privada y pública la actividad comercial o la de los prestadores de servicios, para facilitar la adquisición de los bienes necesarios para la satisfacción de las necesidades y la utilización de los servicios en condiciones que no perjudiquen tanto a una como a otra esfera de la persona.

En definitiva, lo que se plantea es un debate acerca de la organización familiar y social en términos que permitan su compatibilidad, para que las decisiones que respecto a una y a otra deban tomar las mujeres y los hombres sean fruto de la libertad personal y no de las imposiciones.

LA PARIDAD EN LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA

Una vez asentadas las bases de la corresponsabilidad y la compatibilidad, es necesario construir un poder político y un modelo de comportamiento social que asegure el resultado que se pretende, es decir la igualdad real de mujeres y hombres. Solo cuando estos funcionen con criterios de paridad se estará en condiciones de que las normas que se generen, las decisiones que se adopten, las políticas que se desarro-

56. Una interesante reflexión en Amelia Valcarcel, *La política de las mujeres*, pp. 181 ss.

llen, o las medidas que se implementen tengan en cuenta la dispar situación en la que se encuentran las mujeres respecto de los hombres y ofrezcan instrumentos eficaces con los que remover los obstáculos que impiden el pleno disfrute de sus derechos.

La primera cuestión por abordar es el diseño de cómo se ha de ejercer el poder dentro de la sociedad, un poder que, como afirma Amelia Valcarcel, denota masculinidad.⁵⁷

Y aquí aparece la propuesta de elaborar un modelo en el que participen paritariamente las mujeres y los hombres; se trata de consagrar unas reglas de funcionamiento que aseguren la presencia igualitaria de los dos géneros, en todos los centros de decisión sobre el destino de la sociedad.⁵⁸

En efecto, la situación actual pone de manifiesto la escasa presencia de las mujeres en las diferentes instancias políticas, a nivel internacional, en el ámbito la UE, en el estatal, autonómico o local. También es manifiesta su limitada participación en otros centros de poder o decisión, como ocurre en la actividad jurisdiccional, en la profesional, en la académica, y también en lo económico, en las organizaciones sociales, o en la cultura, por poner algunos ejemplos.

Se han avanzado fórmulas para corregir esta situación, que se han concretado esencialmente en establecer criterios que aseguren o garanticen una presencia efectiva de las mujeres en las mismas condiciones que el hombre en todos los ámbitos de poder:⁵⁹ “La teleología que persigue es la representación genérica, es decir, que las mujeres genéricamente tengan representación de poder y tal representación de poder incida sobre el sistema completo de captar el poder genéricamente, de ser captado, de ser visto o percibido”.⁶⁰ En el convencimiento de que, como expresa Marion Young, la representación de grupo es la mejor forma de promover resultados justos en los procesos democráticos de toma de decisiones.⁶¹

57. Esto es así, es un hecho innegable que no necesita mayores disquisiciones, Amelia Valcarcel, *La política de las mujeres*, p. 125.

58. “La traducción del principio de igualdad al principio de discriminación positiva aboca a la exigencia de un sistema de cuota de participación en un poder dado”, Amelia Valcarcel, *La política de las mujeres*, p. 110.

59. Celia Amorós se pronuncia en contra de la democracia paritaria, sin embargo, se muestra favorable a la existencia de cuotas para las mujeres en los partidos políticos, *Tiempo de feminismo*, pp. 287 y ss. Por su parte, Iris Marion Young propone el siguiente principio: “un sistema de gobierno republicano y democrático, independientemente de cómo se constituya, debería [de] proporcionar mecanismos para la representación y reconocimiento efectivo de las distintas voces y perspectivas de aquellos de sus grupos constituyentes que se encuentren en situación de desventaja u opresión”, “Vida pública y diferencia de grupo”, Carme Castells, *Perspectivas feministas en teoría de género*, p. 111.

60. Amelia Valcarcel, que también señala las dificultades que tiene esta propuesta, como es la pérdida de individualidad de la mujer hasta el punto de ser irrelevante la presencia de una u otra, *La política de las mujeres*, p. 126.

61. “Vida política y diferencia de grupo”, Carme Castells, *Perspectivas feministas en teoría de género*, p. 113.

Las propuestas en este sentido son variadas aunque todas parten de la misma idea: solo se puede corregir la desigual participación de la mujer si se incide en la situación de partida desde la que se conforman la composición de los órganos de poder; así, en lo que respecta a los órganos de representación parlamentaria, se ha insistido en la necesidad de que las candidaturas a los mismos se elaboren bien alternando la presencia de hombres y mujeres, de tal manera que la oferta inicial no pueda frustrarse en la consulta popular, lo que se conoce como la ley cremallera; o asegurar una composición en la que al menos cualquiera de los géneros tenga un cuarenta por ciento, por su posición en las candidaturas, que le permitan acceder al puesto de representación.⁶² Frente a estas propuestas se siguen otras menos contundentes, podemos decir, pues las mismas no se imponen sino que únicamente incentivan, como ocurre en Francia, donde las subvenciones estatales a los partidos políticos se condicionan al objetivo de la paridad.

La exigencia de una composición paritaria de la representación política ha chocado con una determinada concepción del principio de igualdad formal, hasta el punto de considerar esta medida como una discriminación intolerable para la igualdad que consagran los textos constitucionales. En tal caso se está pensando en la igualdad formal y abstracta, que en su misma formulación resulta incompatible con cualquier tipo de discriminación, y no en la igualdad que se mide por su eficiencia en remover los obstáculos que impiden a las ciudadanas y ciudadanos el pleno ejercicio de sus derechos, pues si nos atenemos a ésta última, la paridad no es una contravención sino exigencia.⁶³ Hemos comprobado lo que ocurre con el principio de igualdad, cuando se desconecta de la realidad concreta a la que tiene que aplicarse, que se convierte en relativo e incompleto, por lo que su entendimiento en esos términos no puede seguir siendo patrón para medir lo que sea la igualdad, pues como se ha afirmado, “esta abstracción, esta formalización del sujeto, no solo oculta y elude las desigualdades y por tanto el conflicto real, sino lo que hace fundamentalmente es impedir que la desigualdad, el conflicto (que es intersubjetivo) se traslade al orden jurídico político. La configuración jurídico formal implica por tanto la mediación y superación a ese nivel del conflicto intersubjetivo”.⁶⁴

62. Esta es la fórmula propuesta en la Cumbre Europea de Mujeres en el Poder celebrada en Atenas en 1992. Un tratamiento del tema en Anne Phillips, “¿Deben abandonar las feministas la democracia liberal?”, Carme Castells, *Perspectivas feministas en teoría política*, pp. 91 y ss.

63. Un tratamiento de la virtualidad del principio de igualdad desde una perspectiva de género lo podemos encontrar en Ruth Rubio Marín que propone como criterio de aplicación la contextualización y la dimensión colectiva del fenómeno discriminatorio en la aplicación de la discriminación, “Mujer e igualdad: El ordenamiento constitucional, logros y posibilidades”, en *Mujer e Igualdad: La norma y su aplicación*, Sevilla, Instituto Andaluz de la Mujer, 1999, pp. 18 y ss.

64. Carlos de Cabo Martín, “El sujeto y sus derechos”, Universidad Complutense de Madrid, pp. 122 y 123.

Hay que superar el doble lenguaje de la igualdad formal y la igualdad real, hasta entender que solo habrá igualdad cuando en la realidad de los hechos las mujeres y los hombres se encuentren en la misma situación para decidir con libertad su propio destino. En consecuencia, la participación paritaria de hombres y mujeres en la representación y gobierno de los asuntos públicos refleja la efectiva composición de la sociedad y, lo que es más importante, sitúa a las mujeres como colectivo discriminado socialmente en las mismas condiciones que los hombres de decidir acerca de la sociedad que quieren.

Claro está que esta presencia en igualdad de condiciones no se ha de reducir exclusivamente a los órganos de representación política, sino que se ha de extender a todas las instancias del Estado, si bien se debe tener en cuenta que en aquellas funciones que requieren unos específicos méritos profesionales o una determinada formación para su desempeño eficaz, es decir, que rige por el principio de meritocracia la selección de sus miembros, no se puede sin más imponer criterios como los anteriores, por lo que se han de arbitrar mecanismos específicos que tiendan a la realización del principio de igualdad real.

Pero, sobre todo, a lo que nos debe llevar este planteamiento acerca de la paridad es a un repensar la democracia actual, en el sentido de que la misma, tal como está concebida, se manifiesta insuficiente para garantizar la plena participación de todas las mujeres y los hombres; estamos aludiendo a la democracia participativa como un grado más de evolución de esta democracia parlamentaria que actualmente tenemos.⁶⁵ En efecto, el control social acerca del gobierno de los asuntos públicos no se puede limitar al acto de la votación de los representantes cuando se convocan a las urnas a los ciudadanos y ciudadanas; la experiencia histórica nos ha demostrado que durante el período de mandato de tales representantes o de los gobernantes se produce un alejamiento real de unos y otros, hasta el punto de llegar a un divorcio entre las aspiraciones reales de la ciudadanía y los actos de aquellos; un divorcio que difícilmente se puede superar en cada consulta popular. Hablar de democracia participativa supone superar esta concepción reduccionista de la democracia, entendida como gobierno del pueblo, para diseñar instrumentos, crear instancias, abrir cauces que permitan a los ciudadanos y ciudadanas exponer sus problemas, proponer soluciones y ejercer un control permanente del ejercicio del poder, de tal manera que el mismo

65. El movimiento feminista de los años sesenta y setenta compartió con los grupos radicales una visión de una democracia más activa y participativa; a partir de ello se identificó con los valores de la democracia local y descentralizada: con la idea de que la democracia debe estar presente siempre que existan relaciones de poder. Sin embargo hay una segunda fase de ese movimiento que se ha preocupado del macronivel de la pertenencia de las mujeres a la comunidad política, explorar cuestiones de inclusión y exclusión y amortiguar las pretensiones universalistas del pensamiento político moderno, Anne Phillips, “¿Deben las feministas abandonar la democracia liberal?”, Carme Castells, *Perspectivas feministas en teoría política*, pp. 79 y 80.

responda a una participación real de sus destinatarios. Y ésta debería ser la gran aportación de los colectivos feministas a la construcción social, de aquellos que piensan que la incorporación de la mujer a los ámbitos públicos no es solo una cuestión de número, sino de transformación de las pautas sociales de comportamiento para poder alcanzar una igualdad real de todos los ciudadanos y ciudadanas y de los colectivos en los que se integran.

LA FEMINIZACIÓN DE LA SOCIEDAD

Hasta ahora, la incorporación de las mujeres a la actividad pública ha exigido de las mismas una masculinización⁶⁶ de sus comportamientos para que puedan adaptarse, sin merma de sus posibilidades, a las exigencias o requerimientos que se le plantean en el ámbito formativo, laboral, profesional, empresarial, social, político o cultural. Y este proceso ha tenido unas consecuencias inmediatas, como ya hemos tenido ocasión de exponer. Pero, sobre todo, ha representado para la mujer el que abdique de su propia condición para comportarse como varón. Y esta afirmación resulta más evidente, paradójicamente, para aquellas mujeres que han alcanzado el éxito social, es decir, para las “mujeres liberadas, esa élite de privilegiadas que gozan de autonomía profesional y económica (que) no han tenido más remedio que *adoptar el modelo masculino de trabajo y dominación*”.⁶⁷

En consecuencia, una vez que se creen las condiciones, a las que hemos aludido en los párrafos anteriores, las mujeres, individualmente o como colectivo, pueden proyectar otra visión de la realidad o defender libremente un conjunto de valores, que esencialmente se nutren de una experiencia personal ligada muy directamente a su desarrollo intrínseco, y también de una trayectoria colectiva que es posible identificar con el mundo de lo privado, en el que ha estado mayoritariamente inmersa. Desde esta perspectiva, la feminización es un resultado del proceso de transformación social que se pretende, y que se ha expuesto anteriormente. Serán pues las mujeres desde su libertad personal las que lleven a cabo esa feminización; el alcance de la misma así como su contenido se concretará cuando se implante el contrato social.⁶⁸

Sin embargo, se puede ir más allá de la idea expuesta y entender que es posible a priori identificar un conjunto de valores, unas reglas de comportamientos

66. Un interesante y variado tratamiento de la masculinidad en José María Valcuende del Río y Juan Blanco López, coords., *Hombres. La construcción cultural de las masculinidades*, Madrid, Edit. Talasa, 2003.

67. Victoria Camps, “El papel social de la mujer en los 25 últimos años”, p. 2.

68. A esta idea responde lo que se conoce como el feminismo liberal, sobre el mismo consultar Cristina Sánchez Muñoz, “El feminismo liberal”, en *Feminismos. Debates teóricos contemporáneos*, Madrid, Alianza Editorial, 2001, pp. 86 y ss.

como genuinamente femeninas, que hay que incorporar desde ya a la cosmovisión masculina que ha presidido hasta ahora la conformación de la sociedad, al entender que la lógica masculina supone un obstáculo para que las mujeres puedan asumir plenamente su protagonismo en la sociedad a la que pertenecen. La cuestión que se plantea tiene su complejidad. De entrada, significa que se reconoce a las mujeres un conjunto de valores, o una concepción acerca de la realidad que le rodea, diferente a la de los hombres, y ésta es una cuestión controvertida dentro del discurso feminista. Además, plantea el problema añadido del fundamento y la identificación de dicha feminidad.

Se puede argumentar igualmente que la determinación de valores, pautas de comportamientos o formas de organización como femeninas esconde una trampa: en la medida que la delimitación de lo privado ha sido una construcción eminentemente masculina así como la propia representación social de la mujer, se corre el riesgo de identificarla precisamente con la posición de la que quiere salir.⁶⁹ Es clásica en este sentido la frase de Simone de Beauvoir, “una mujer no nace, se hace”.

A pesar de todo, y siendo conscientes de la trascendencia de la cuestión que se plantea, entendemos que es posible y también necesario la identificación, al menos, de otra forma de encarar los problemas que aquejan a la sociedad actual, que se corresponde con un ámbito muy determinado de la realidad social, el que representa lo privado, en el que los objetivos a conseguir, como la implicación de los miembros que lo integran, responden a una lógica de comportamiento muy diferente a la que ha presidido el ámbito de las relaciones sociales que se desarrollan en la esfera de lo público. Así, sin incurrir en un exceso de teorización que nos lleve a dogmatizar lo que son construcciones sociales, hasta el punto de dotarles de una trascendencia que supere la propia experiencia histórica, sí se puede identificar “lo femenino” desde una perspectiva empírica que atienda a la posición que hasta ahora han ocupado las mujeres en la sociedad, entendiendo en todo caso que nos encontramos ante procesos de construcción que evolucionan a impulsos de acontecimientos internos y externos. Como dice, Victoria Camps: hablar de valores masculinos y femeninos no tiene por qué significar la consagración de una dicotomía genérica avanzada por el llamado “feminismo de la diferencia”. No se trata de mantener, como ese feminismo suele hacer, posturas esencialistas. Se trata, por el contrario, de apostar por una sociedad que acepte “otras formas de mirar” y, en consecuencia, otras formas de actuar.⁷⁰

69. Las feministas han empleado en ocasiones un modelo de “yo” que parte de la posibilidad de distinguir entre un yo “interno”, que es un yo femenino auténtico, y un yo “externo”, que es el falso yo femenino, en Cristine Di Stefano, “Problemas e incomodidades a propósito de la autonomía: algunas consideraciones desde el feminismo”, en Carme Castells, *Perspectivas feministas en teoría política*, Barcelona, Paidós, 1996, p. 64.

70. *El siglo de las mujeres*, p. 16.

En este sentido, no creemos que la diferencia biológica implique una visión diferente del mundo que nos rodea,⁷¹ pero sí podemos comprobar que la mujer ha estado mayoritariamente inmersa en un mundo distinto al del varón, y que de ese mundo representado por la familia o por lo privado o lo doméstico, se pueden extraer algunas valoraciones o reglas que no se identifican con las que dominan lo público, pues ambos obedecen a una lógica bien distinta; nos referimos, a lo que Victoria Camps identifica con la historia y la tradición compartida por las mujeres.⁷² Desde esta perspectiva, cuando se habla de feminizar o de feminización, a lo que se hace referencia es a las representaciones que se han generado en el espacio privado acerca de la persona, sus aspiraciones, los valores que han de orientar su vida o las pautas que han de regir su comportamiento; y es la mujer, protagonista indiscutible de esa esfera de relaciones, la que los puede aportar. Lo mismo que cuando se alude a la masculinidad se quiere encarnar en el hombre lo que representa la esfera de lo público en contraposición a lo privado.

Así, pues, avanzando en la idea de que hablar de feminización supone la aportación de lo privado a lo público, el reequilibrio que tiene que haber entre uno y otro aspecto tanto en la vida de las personas, como en la organización social que tratamos anteriormente, se ha de traducir en la exigencia de que el desarrollo de la personalidad o la realización de las capacidades y compromisos individuales, así como el desenvolvimiento de las relaciones familiares, tienen que tener un espacio equilibrado con el que protagonizan las actividades públicas, y que no se pueden convertir en el eje de la construcción individual y colectiva en perjuicio de un crecimiento interior que dignifique al ser humano. Lo dicho implica diseñar una organización social que refuerce el papel de la cultura, del ocio, o de las relaciones personales y familiares desde la libertad y la igualdad, para construir una sociedad de dimensión humana. Y esta idea se debe proyectar en la actividad productiva y demás actividades públicas, en la consideración del medio ambiente, en la determinación de las prioridades sociales; y también en el diseño de los espacios, sean estos privados o públicos.⁷³ A partir de ahí, serán los hombres y mujeres los que construyan una sociedad que les pertenezca a todos y a todas por igual.

71. Sin embargo, no se puede desconocer el hecho de la maternidad y las consecuencias que para los derechos laborales de las mujeres tiene; el problema, como señala Iris Marion Young, surge cuando la diferencia se convierte en desviación, estigma o desventaja, "Vida política y diferencia de grupo", Carme Castells, *Perspectivas feministas en teoría política*, p. 121.

72. Como dice la autora, no se trata ni de quedarse en el pasado ni de aferrarse a él, tampoco se trata de hacer de la necesidad virtud, se trata por el contrario de aceptar que la historia y la tradición ha producido una especial manera de ser que, aunque haya sido servil durante años, se puede mantener superado este servilismo, *Virtudes públicas*, Madrid, 1996, p. 131.

73. Se habla así de una "ética de la justicia", que se caracteriza por abordar las cuestiones morales de una forma abstracta, deontológica, que ha sido considerada por muchas feministas como una forma de razonamiento moral

Cabe incluso profundizar más en esta idea y entender que se debe construir una subjetividad femenina, en el sentido de identificar a las mujeres como sujetos diferenciados. Como telón de fondo de esta propuesta está el debate de la universalidad del sujeto del derecho, del actor político o del ciudadano sobre el que gira el pensamiento político y filosófico de la modernidad, cuestionado por la llamada posmodernidad, que frente a la idea de un sujeto universal y uniforme opone la realidad de la diferencia; un debate en el que se involucran cuestiones de gran calado que afectan a los fundamentos del Estado democrático y en el que, por razones evidentes, no vamos a entrar en este momento.

El tema que se plantea no es pacífico en el pensamiento feminista, que mantiene al respecto posiciones muy dispares.⁷⁴

Sin entrar de nuevo en un debate cuya profundidad excede las pretensiones de estas páginas, sí debemos apuntar algunas ideas al respecto. Y la primera de ellas es la insuficiencia de la formulación teórica de la abstracción del sujeto para resolver los problemas de determinados colectivos o grupos que están en una situación de desventaja social; como dice Amelia Valcárcel, “El individualismo a secas no es defendible”,⁷⁵ o como afirma Victoria Camps: “El error quizá estuvo en aspirar a lo universal sin más”.⁷⁶

Una vez constatada la ineficacia del modelo universal y abstracto para resolver con parámetros de igualdad real las diferentes situaciones de partida en la que la sociedad ha colocado a algunos colectivos, entre los que se encuentra sin duda el de las mujeres, queda por elaborar una noción de sujeto o sujetos que refleje la diversidad. Esta tarea se desenvuelve entre la aspiración por lo universal, en el sentido de extender a todos y a todas las conquistas que ha supuesto el modelo democrático, y la necesidad de reconocer y dar respuesta a las diferentes situaciones de partida en las que han sido colocados los colectivos sociales y, más específicamente, las muje-

masculinizante, a la que se opone la “ética del cuidado” que concibe a las personas como seres interdependientes y no independientes, lo que le lleva a sostener que la moralidad ha de ocuparse de las cuestiones relativas a la empatía y las relaciones personales, Carme Castells, Introducción a la obra de la que es compiladora, *Perspectivas feministas en teoría política*, Barcelona, s.e., 1996, p. 20; sobre la ética feminista, Alison M. Jaggar, “Ética feminista: algunos temas para los años noventa”, pp. 167 y ss.

74. Una exposición de las diferentes teorías en Elena Beltrán Pedreira, “Justicia, democracia y ciudadanía: las vías hacia la igualdad”, en *Feminismos. Debates teóricos contemporáneos*, pp. 191 y ss.

75. *El siglo de las mujeres*, p. 162.

76. Y continúa, “Error que descansa en el supuesto de que somos esencialmente razón y de que esa razón, que es la misma para todos, señala el camino de la igualdad y de la libertad. En realidad es muy difícil hablar de la redención de las desigualdades y las injusticias sin detenerse antes en ellas, ver cuales son y cuales son sus causas”, *El siglo de las mujeres*, 1998.

res. Que este dilema se resuelva desde la uniformidad o desde la diversidad es la cuestión a la que se enfrenta la teoría y acción del feminismo actual.⁷⁷

Las propuestas en este sentido son muy variadas y así, se apuesta, como hace Celia Amorós, “por la defensa de un sujeto mínimo para hacer posible un proyecto de sociedad en la que pueda darse un sujeto máximo, entendiendo por tal, un sujeto con un nivel de autonomía y de capacidad crítico-reflexiva potenciado hasta el mayor grado dentro de lo que se pueda concebir como verosímil”.⁷⁸ O se incide en la defensa de una ciudadanía diferenciada, como expresa Victoria Camps, que considera la perspectiva universalista, defendida por el primer feminismo esencialmente masculina;⁷⁹ o desde posiciones más radicales representadas por el feminismo de la diferencia, que apuesta por el abandono de cualquier pretensión de universalidad para optar por la diversidad.⁸⁰ Las posibilidades están abiertas en un debate intenso que no podemos considerar aún cerrado, ni superado por otros planteamientos.

Lo cierto de todo ello es que la fuerza del pensamiento feminista, como la de la acción política de los colectivos de mujeres está poniendo en cuestión las bases en las que se asienta el modelo de organización política de la cultura occidental y que sus reflexiones, así como las demandas que plantean, cuestionan la tendencia de la universalización y la abstracción del sujeto hacia una uniformidad exclusivamente formal, ajena a la diversidad real de la sociedad, e incapaz de resolver los problemas específicos de las mujeres que se encuentran en una situación de desigualdad real para el disfrute de los derechos universales que se proclaman. Y lo que resulta aún más interesante, es que las quiebras que se apuntan, que las interrogantes que se plantean, que las propuestas que se elaboran, no se circunscriben exclusivamente al género femenino sino que se extienden a los otros y a las otras, a los *diversos*, ofreciendo todo un mundo de posibilidades para que las personas y los colectivos en los que se integran puedan realizar plenamente sus derechos. Y en esta tarea inacabada pero ilusionante, debemos empeñarnos todas y todos cuantos creemos que es posible la construcción de un mundo mejor.

Fecha de recepción: 14 de febrero de 2008.

Fecha de aceptación: 22 de abril de 2008.

77. Una exposición de las diferentes posiciones sobre el tema en Silvina Álvarez, “Diferencia y teoría feminista”, en *Feminismos. Debates teóricos contemporáneos*, p. 243.

78. *Tiempo de feminismo*, p. 25.

79. *El siglo de las mujeres*, pp. 30 y 31.

80. Este feminismo se inscribe dentro del discurso de la posmodernidad, que se identifica con el rechazo del universalismo racionalista, se identifica también con el antisencialismo, refuta también la noción de sujeto como categoría universal y reivindica la idea de deconstrucción, Silvina Álvarez, “Diferencia y teoría feminista”, en *Feminismos. Debates teóricos contemporáneos*, p. 255.

La revisión de la relación jurídica tributaria obligacional: las corrientes procedimentalistas

*Eusebio González García**

RESUMEN

Hasta mediados del pasado siglo, el estudio de la aplicación de la norma tributaria al caso concreto ha solido realizarse a partir del esquema de la relación jurídica tributaria. Pero con independencia del movimiento de revisión del concepto de relación jurídica obligacional que se ha producido en el ámbito del Derecho público, dentro del Derecho tributario no es posible agotar el estudio de la prestación tributaria a través de un análisis circunscrito al examen de la obligación tributaria y del derecho de crédito correspondiente. Si se desea llevar a término un examen profundo y articulado del fenómeno tributario, es necesario considerar las posiciones subjetivas activas y pasivas que derivan de la ley; pero en cuanto a las primeras, no en términos de derecho de crédito, sino como potestad de imposición, y respecto a las segundas, no limitándose a la obligación tributaria, sino extendiendo el análisis al conjunto de actos debidos previstos por la norma.

PALABRAS CLAVE: relación jurídica, derecho de crédito, obligación, potestad, deberes, procedimiento.

ABSTRACT

Until the first half of the last century, the study of the application of tax laws to specific cases has been made over the basis of the juridical tax relationship scheme. Not withstanding the movements which have proclaimed the revision of the concept of the juridical relationship as an obligation, within Tax Law it is not possible to exhaust the study of the tax relationship with an analysis circumscribed to the examination of the tax obligation and the correspondent debt. If a deep and articulated assessment of the tax phenomenon is desired, it is necessary to consider the active and passive subject positions that derive from the law. First, by not considering exclusively the credit, but the tax power; and second, not limiting the analysis to the tax obligation but extending it to all the procedures foreseen by the law.

KEY WORDS: juridical relationship, credit, obligation, power, duties, procedures.

FORO

* Catedrático de Derecho tributario, Universidad de Salamanca.

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

En un contexto jurídico caracterizado por la prepotencia de la administración tributaria y la creciente asunción de cargas formales por los administrados (contribuyentes o no), el objeto de esta breve comunicación consiste en pasar revista a las razones y circunstancias que, en nuestra opinión, hacen hoy día inutilizable, o al menos parcialmente inservible, la hasta hace pocos años polivalente y omnicomprendensiva teoría de la relación jurídica tributaria obligacional, apoyada sobre dos columnas aparentemente muy sólidas: una era la teoría construida en torno al hecho imponible (Hensel, A. D. Giannini y Jarach); la otra, inseparable de la anterior, postulaba el nacimiento automático de la obligación tributaria nada más realizarse el hecho imponible. La profunda revisión crítica a la que desde los años 1960 ha sometido la doctrina italiana ambas construcciones (Allorio, Berliri, Maffezzoni y Micheli), nos permite afirmar que la teoría de la relación jurídica tributaria, como esquema explicativo de las relaciones contribuyente-Fisco, no puede ir más allá de un *primus inter pares* en la explicación del fenómeno tributario, y ello a partir del momento en que, dentro de esa relación, pueda efectivamente hablarse de la existencia de un acreedor frente a un deudor.

Dicho de otro modo, si es correcto hablar de normas configuradoras de hechos imponibles, de cuya realización surgirá una relación crédito-deuda, no lo es menos hablar de otras normas, también configuradoras de presupuestos de hecho, de cuya realización puede nacer un deber tributario a cargo del contribuyente, frente al que no existe un derecho de crédito por parte del ente impositor, sino un poder abstracto, que está destinado a asumir un contenido concreto en función de acontecimientos posteriores, tales como el cumplimiento o incumplimiento del deber nacido del presupuesto.¹ De otra parte, “la norma creadora del tributo, que fija su *ratio* en el presupuesto de hecho no liga, sin embargo, necesariamente a éste la situación subjetiva final, consistente en el nacimiento de la obligación tributaria: puede ciertamente conectar el nacimiento de la obligación de pagar un tributo a la realización del hecho imponible, pero también puede limitarse a ligar a esa realización toda una serie de situaciones jurídicas instrumentales, cuyo desarrollo progresivo determinará el acto final que constituye el presupuesto al que se conecta el efecto que agota la *ratio* del tributo”.²

-
1. Vid., de una parte, A. D. Giannini, *Il rapporto giuridico d'imposta*, Milán, Giuffrè, 1937; y F. Sainz de Bujanda, *Sistema de Derecho Financiero*, vol. II, Universidad Complutense, Madrid, 1985, pp. 146 y ss.; y de otra, F. Maffezzoni, *Il procedimento di imposizione nell'imposta generale sull'entrata*, Nápoles, Morano, 1965, pp. 32 y 55; y J. L. Pérez de Ayala, *Los esquemas conceptuales y dogmáticos del Derecho Tributario en el Derecho español*, Madrid, Dykinson, 1997.
 2. Vid. G. A. Micheli, *Lezioni di Diritto Tributario*, Roma, Bolzano, 1968, pp. 119 y ss.; y E. González, “Los esquemas fundamentales del Derecho Tributario”, en *Revista de Derecho Financiero*, s.e., 1974, pp. 1551 y ss.

De las consideraciones que anteceden debe desprenderse la insuficiencia, aunque no la inutilidad, del esquema de aplicación del impuesto proporcionado por la teoría de la relación jurídica tributaria. En efecto, decimos insuficiencia, porque la aplicación y el estudio del fenómeno tributario no pueden acometerse en nuestros días desde la perspectiva de la relación jurídica tributaria compleja, ni desde la equívoca distinción entre normas materiales o instrumentales. Debe, en buena lógica, reconducirse ese estudio a la consideración específica de los distintos presupuestos (materiales o instrumentales) y, consiguientemente, al examen de sus efectos jurídicos, esto es, al examen de las distintas situaciones jurídicas subjetivas que su realización genera, para después seguir su proceso de formación y extinción a través del correspondiente procedimiento.³

De esta forma, nuestro punto de partida consiste en que el estudio del fenómeno tributario no puede ligarse al concepto de relación jurídica obligacional. Debe, en buena lógica, reconducirse a la consideración específica de los distintos presupuestos materiales o instrumentales y, consiguientemente, al examen de sus efectos. Lo que equivale a decir al examen de las situaciones jurídicas subjetivas generadas y a las diversas relaciones en que las mismas se encuentran.

Así, pues, en nuestra opinión, un planteamiento correcto del problema exige: 1o. estudiar las diversas situaciones jurídicas subjetivas que el ordenamiento hace surgir con ocasión de la aplicación de los tributos; 2o. encajar esas situaciones en el esquema de la relación jurídico-tributaria o del procedimiento de imposición; y 3o. estimar que las mismas son el resultado del ejercicio de una potestad (Micheli) o de una función (Alessi). Es decir, cabe considerar como polos de atracción en la elaboración teórica del Derecho tributario los conceptos de relación jurídica o de procedimiento o, en un plano superior, los de función o potestad, pero nunca contraponer función y procedimiento, porque son conceptos que se desenvuelven en planos jurídicos distintos.

Naturalmente, esta opción no implica incurrir en el apriorismo formalista criticada por Micheli, pues aunque de hecho signifique un cambio del centro de gravedad de nuestra disciplina de la relación jurídica tributaria al procedimiento liquidatorio, no es menos cierto: 1a. que el concepto de procedimiento, en su calidad de medio de conexión de los actos y situaciones jurídicas subjetivas no recíprocos, resulta de por sí menos vinculante y limitativo que el esquema de la relación obligacional;⁴ y 2o.

3. Vid., más extensamente, E. González, "Derecho Tributario material y formal", en *Hacienda Pública Española*, Universidad Complutense de Madrid, 1985, y bibliografía allí citada.

4. Vid. J. Goldschmidt, *Principios generales del proceso*, T. I, Buenos Aires, 1961, caps. I y IV, y el ponderado juicio al respecto de E. Allorio, *Diritto Processuale Tributario*, Utet, 1969, pp. 280-285.

que algunos tributos, particularmente en el campo de la tasa, solo de un modo forzado pueden ser reconducidos a tal esquema.⁵

De otra parte, observa Maffezzoni, no resulta difícil advertir que el presupuesto del tributo y los efectos jurídicos que de él derivan no son ciertamente dos fenómenos separados, sino más bien partes inseparables de una misma realidad jurídica. El presupuesto del tributo es una situación fáctica, un hecho constitutivo de la experiencia humana que el ordenamiento jurídico toma en consideración, atribuyéndole la calificación propia y transformándolo en hecho imponible; los efectos jurídicos del presupuesto son las situaciones subjetivas que el ordenamiento jurídico hace surgir precisamente por el hecho de haber atribuido al presupuesto dicha calificación y haberlo elevado a hecho imponible. La unión entre ambos conceptos es tan estrecha –prosigue Maffezzoni– que no puede concebirse un presupuesto de hecho sin efectos jurídicos, es decir, sin situaciones jurídicas subjetivas, así como resulta inconcebible determinar la significación jurídica del primero sin identificar las situaciones jurídicas subjetivas que del mismo se derivan.⁶

LA RELACIÓN JURÍDICA TRIBUTARIA Y EL PROCEDIMIENTO DE IMPOSICIÓN COMO ESQUEMAS ALTERNATIVOS O COMPLEMENTARIOS DE ESTUDIO

Todas las construcciones doctrinales modernas señalan el papel destacado que corresponde a la Administración en la aplicación de las normas tributarias, hasta el punto de que mientras aquella no haya desarrollado su actuación, no puede considerarse al contribuyente –ni siquiera al cumplidor– liberado de sus deberes u obligaciones, como tampoco pueden conocerse los límites exactos de su cumplimiento. Es decir, lo más que podemos afirmar es que la Administración cuenta con un conjunto de poderes-deberes muy amplios, otorgados por la ley, que la facultan para aplicar en cada caso las normas tributarias y velar por su cumplimiento.

5. Vid. S. La Rosa, “I tributi di concessione governativa nel sistema dei procedimenti impositivi”, en *Studi sul procedimento amministrativo tributario*, Milán, Giuffré, 1971.

6. Vid. F. Maffezzoni, *Il Procedimento di Imposizione nell' Imposta Generale sull' entrata*. Más extensamente, en idéntico sentido, F. Cordero, *Le situazione soggettive nel processo penale*, Giapichelli, 1956, pp. 32 y ss., 64 y ss., y 84 y ss.

A) LA CRÍTICA AL ESQUEMA DE LA RELACIÓN JURÍDICA OBLIGACIONAL

Un destacado sector de la doctrina propugna una evolución en la construcción dogmática del tributo, desde el esquema central y básico de la relación jurídica tributaria, a un planteamiento más flexible, en el que la relación tributaria sea solo uno de los dogmas tributarios *inter pares*, conjuntamente con otros, que bajo diversos nombres y categorías técnicas (potestad de imposición, función tributaria, procedimiento de imposición),⁷ destacan y valoran los aspectos administrativos del tributo para significar, sin duda, un tratamiento potenciador de los mismos fuera del esquema –otrora casi omnicompreensivo y, desde luego, preeminente– de la relación tributaria.⁸

Esta evolución dogmática presenta muchos problemas que no podemos desarrollar aquí. Pero hay dos que interesan directamente al tema que nos ocupa: 1. De una parte, la evolución indicada comporta un replanteamiento profundo de las relaciones entre obligación tributaria principal (la deuda tributaria) y ley tributaria material. 2. De otra, destaca las situaciones de “supremacía” y “poder” en que se encuentra la Administración tributaria frente al administrado, y que habían quedado, un tanto oscurecidas por la potenciación teórica de su condición de “acreedor tributario” y de la situación del administrado como “deudor”.

Así se ha reaccionado vigorosamente contra las concepciones “amplias” de la relación jurídica tributaria, de contenido complejo, que comprendía tanto las relaciones de Derecho material cuanto las de Derecho formal. La crítica ha venido de diversos frentes y con distinto alcance. Pero se basa en una rigurosa depuración dogmática de las diversas situaciones, activas y pasivas, en que, con ocasión de la aplicación de los tributos, pueden encontrarse Administración y administrado. Frente a la idea, frecuente en la doctrina clásica, de agrupar a unas y otras en los conceptos, un tanto ampliamente entendidos, de “derechos subjetivos”, de una parte, y “obligaciones” y “deberes”, de otra, y a partir de la obra de Allorio, fundamentalmente, se ha iniciado una evolución que, incluso rechazando las soluciones técnicas propuestas por este

7. Micheli, *Corso di Diritto Tributario*, Utet, 1969 y “Premesse per una Teoria della Potestà di Imposizione”, en *Riv. Dir. Fin. Sc. Fin.*, I, 1967, pp. 264 y ss.; Alessi-Stammati: *Istituzioni di Diritto Tributario*, Utet, 1963; Maffezzoni, *Il Procedimento di Imposizione nell' Imposta Generale sull' entrata*; Fantozzi, *La Solidarietà nel Diritto Tributario*, Utet, 1968.

8. Se hace notar que estos aspectos administrativos se trataban frecuentemente dentro del esquema de la relación jurídica tributaria, entendida como relación de contenido complejo. No quiere decirse, por tanto, que estuvieran ignorados. Desde el lado de la relación jurídica tributaria obligacional, merece destacarse el notable esfuerzo integrador llevado a cabo por F. Sainz de Bujanda, *Sistema de Derecho Financiero*, pp. 58 y ss.

autor, no hace sino aplicar al Derecho tributario las categorías predominantemente aceptadas hoy en el Derecho administrativo.

Se distingue, así, en las situaciones activas de la Administración, entre las de potestad y Derecho subjetivo (discutiéndose también la aplicabilidad al Derecho tributario de los llamados derechos potestativos, en que basara Berliri su primitiva construcción);⁹ y respecto del administrado, se clasifican sus situaciones pasivas en muy diversas categorías, siendo, desde luego, predominante la de deber particular y no la de obligación.

Por otro lado, existe hoy una tendencia a adoptar un concepto restringido de relación jurídica, en el cual solo se integran las relaciones tributarias que se concretan en derechos subjetivos y en obligaciones, dejando fuera del concepto de relación jurídica las restantes situaciones subjetivas, activas y pasivas.¹⁰

La doctrina moderna tiende a adoptar este segundo concepto de relación jurídica con la consecuencia fundamental de que, entonces, no existirá relación jurídica tributaria más que en cuanto exista una obligación tributaria y un correlativo derecho de crédito. Y en su virtud, excluyen de la relación jurídica la potestad administrativa de imposición. De su ejercicio puede nacer una relación jurídica, que contenga la obligación tributaria y el derecho de crédito correspondiente. Por tanto, aquella potestad administrativa es previa a la existencia de la relación tributaria obligacional. Esta es la posición, con diversidad de matices, de Allorio, Micheli Y Maffezzoni. En tanto que mantienen posturas contrarias Basciu y Barettoni, aparte de los autores que pudiéramos llamar clásicos (Giannini, Pugliese y Vanoni).

Ciertamente, si se acepta un concepto restringido de relación jurídica y se excluye de ella la potestad, parece que para seguir sosteniendo que la relación jurídica tributaria nace de la realización del hecho imponible, es preciso adoptar la construcción de Berliri, a base del concepto de derecho potestativo (Berliri excluye las potestades de la relación tributaria). Ya hemos visto, sin embargo, las reservas y críticas que la construcción de Berliri suscitó. Por otro lado, Russo ha demostrado que la obligación

9. A. Berliri, *Principi di Diritto Tributario*, vol. II, Milán, Giuffré, 1957.

10. Una vez llegados a la conclusión de que por la simple y sola realización del hecho imponible no nace la obligación tributaria, en sentido técnico y estricto, se plantea el problema de determinar si nace una relación jurídica tributaria. La posición que sobre este punto se adopte está condicionada por la concepción sobre la relación jurídica de la que se parta. Como hemos recordado en otro lugar, de la relación jurídica pueden tenerse dos concepciones: una, amplia, que la define como toda relación social disciplinada jurídicamente, y otra estricta, que limita el concepto de relación jurídica a aquellas relaciones integradas por el derecho subjetivo, como situación activa, y la obligación, como situación pasiva. De tal manera, que no existirá relación jurídica si faltan estas situaciones y excluyendo de la relación a las restantes (Maffezzoni, *Il Procedimento di Imposizione nell' Imposta Generale sull' entrata*, pp. 44-45). Esta es la concepción sobre la relación jurídica predominante en el Derecho administrativo latino, sin duda como consecuencia de la influencia de Santi-Romano y, desde luego, nos parece más acertada técnicamente.

tributaria no puede nacer de acto administrativo, con argumentos que nos parecen convincentes (cfr. *Diritto e Processo nella Teoria dell'obbligazione tributaria*, Milán, Giuffré, 1969).

Ahora bien, como apuntábamos más arriba, este planteamiento dogmático significa abandonar la idea de una relación jurídica amplia y compleja, cuyos elementos fundamentales eran el crédito tributario y la obligación tributaria material o deuda tributaria, y en cuyo seno coexistían otras situaciones activas y pasivas, todas ellas reconducidas a las categorías de “derechos subjetivos” y “obligaciones”. Y este abandono, a su vez, supone tratar fuera de la relación jurídica las potestades de la Administración en materia tributaria. De ello se derivan consecuencias importantes que ya apuntábamos anteriormente y que vamos a desarrollar a continuación.

En primer lugar, los nuevos esquemas implican un replanteamiento de las relaciones existentes entre la obligación tributaria material o deuda tributaria y la ley. En el planteamiento tradicional, dos posturas se habían enfrentado. Para unos, la deuda tributaria y, por tanto, el derecho de crédito del Estado, nacía directamente de la realización del hecho imponible tipificado en la ley. Para otros, hacía falta que entre la ley y el nacimiento del derecho de crédito del Estado se realizara una actividad, bien de la Administración, bien del administrado, que se plasmara en un acto constitutivo de la deuda tributaria. Pero, en general, los partidarios de la relación jurídica tributaria como una relación amplia y de contenido complejo, optaban por la primera solución (A. D. Giannini).¹¹

Mas, he aquí que los nuevos esquemas dogmáticos permiten un replanteamiento de la cuestión. Según ellos, de la realización del hecho imponible no nace inmediatamente un derecho subjetivo de crédito a favor del Estado, sino solo un comportamiento legalmente debido a cargo del contribuyente y en favor del Estado, que debe calificarse no como una obligación propiamente dicha del administrado, sino como un deber jurídico particular, frente al cual no existe un derecho subjetivo del Estado.

En cualquier caso, según esta tesis, con la realización del hecho imponible no surge inmediatamente un derecho subjetivo de crédito a favor del Estado; y ello ni siquiera en los casos en que el contribuyente está obligado por la ley a declarar e ingresar. Por tanto, no surgirá tampoco de la sola realización del hecho imponible una deuda tributaria en sentido estricto, puesto que ésta exige la existencia de un acreedor (se debe a alguien) y de un derecho de crédito. Se trata, pues, tan solo de una prestación impuesta por la ley en favor del Estado cuando se realiza el hecho imponible, pero que no origina una relación obligatoria o de crédito entre éste y el contri-

11. Vid. la excelente revisión de síntesis realizada por F. Sainz de Bujanda, *Sistema de Derecho Financiero*, pp. 61 y ss.

buyente. El contribuyente está obligado por la Ley, pero la Administración no tiene por este hecho poder jurídico para exigirle aun el cumplimiento de esa obligación legal, ni tampoco para liberarle de la deuda o declararla cumplida (en los casos en que el contribuyente hubiera declarado e ingresado según su leal saber y entender).

Con carácter previo a todas estas posibilidades se precisa que la Administración ejerza una potestad administrativa, dirigida inmediatamente no a hacer efectiva la deuda, que todavía no ha nacido, sino a velar por el cumplimiento de la Ley, y concretamente: 1. a verificar si el contribuyente está, o no, sometido a la Ley tributaria, es decir, si se ha realizado el hecho imponible); 2. a contrastar si, en caso afirmativo, ha cumplido con lo que la ley le manda; 3. a comprobar si, en caso afirmativo, la aplicación de la Ley por el contribuyente ha sido correcta; y 4. en fin, tanto para el caso de cumplimiento parcial como para el de incumplimiento, a concretar cuál es la prestación debida por el contribuyente. Solo después del acto administrativo fijando este extremo, tiene la Administración el poder de poner en marcha la tutela jurídica estatal para lograr la prestación pecuniaria del sujeto, y solo desde entonces puede hablarse de la existencia de una deuda tributaria y de un derecho de crédito y, por tanto, de una relación jurídica obligacional entre Ente público y el contribuyente.¹²

B) INTENTOS DE SUPERACIÓN DEL ESQUEMA OBLIGACIONAL: EL CONCEPTO DE PROCEDIMIENTO DE IMPOSICIÓN

Tomando como punto de partida las ideas anteriores y aceptada la tradicional clasificación impositiva germano-italiana de tributos con acto de imposición y sin acto de imposición, la doctrina moderna se aparta tanto de la construcción de A. D. Giannini (donde la obligación tributaria nace siempre y automáticamente de la realización del hecho imponible), como de las de Allorio y Berliri, donde se reserva este efecto para los tributos sin acto de imposición.¹³

En efecto, según la corriente doctrinal que suscribimos, también en los tributos sin acto de imposición, del presupuesto de hecho puede nacer un deber tributario a cargo del contribuyente, frente al que no existe un derecho de crédito por parte del ente

12. Obsérvese que en el texto no se dice que la obligación nace del acto administrativo, sino después del acto administrativo. Como Russo (cap. I) ha sostenido, es técnicamente incorrecto (y el error ha sido tradicional y frecuente) identificar la *fuerza* de la obligación con el *momento de existencia* de la obligación. Puede defenderse que la obligación es *ex lege* y nace de la realización del hecho imponible. Pero el efecto jurídico de éste (el nacimiento de la obligación) es legalmente demorado a la práctica del acto administrativo de imposición. *Vid.*, no obstante, Micheli, *Lezioni di Diritto Tributario*, pp. 174 y ss., y 181 y ss. y, sobre todo, Maffezzoni, *Il Procedimento di Imposizione nell' Imposta Generale sull' entrata*, pp. 66 y ss.

13. *Vid.* G. Falsitta, "Struttura della fattispecie dell' accertamento nelle imposte riscosse mediante ruoli", en *Studi sul procedimento*.

impositor, sino un poder abstracto, que está destinado a asumir un contenido concreto en función de acontecimientos posteriores, tales como el cumplimiento o incumplimiento del deber nacido del presupuesto.¹⁴ Mientras que el deber tributario del contribuyente surge inmediatamente y tiene un contenido preciso de donde se desprende que el deber tributario del contribuyente no constituye una obligación tributaria, toda vez que su exacto cumplimiento –dice Maffezzoni– le liberará frente a la ley, pero no frente al beneficiario presunto acreedor, que no solo ha de negarse a extender el oportuno justificante liberatorio, sino que, además, puede proseguir en sus averiguaciones para dar con hipotéticos incumplimientos. Y como consecuencia de este razonamiento, se llega a la conclusión de que entre las dos situaciones jurídicas subjetivas en presencia no existe aquella correlación que, sin embargo, aparece perfecta en toda relación entre crédito y deuda. Circunstancia ésta que unida al desarrollo autónomo del deber tributario y del poder de imposición, así como a la relación de necesaria sucesión cronológica que la ley establece entre ambas situaciones jurídicas subjetivas, lleva a la conclusión de que tales situaciones no forman parte de una misma relación jurídica, y que intentar adaptar a ese conjunto de situaciones el concepto unitario de relación jurídica, sería una inútil e inoportuna concesión verbal. Mucho más acertado parece identificar en el deber tributario y en el poder de imposición dos situaciones jurídicas subjetivas autónomas, aptas para dar lugar a un conjunto de actos constitutivos de un procedimiento jurídico: el procedimiento de imposición, concepto que en la doctrina moderna representa una noción alternativa o complementaria a la de relación jurídica, que es el instrumento de conexión entre situaciones jurídicas subjetivas recíprocas.¹⁵

Así, pues, como resumen de lo dicho hasta aquí, podemos avanzar las siguientes conclusiones:

- 1a. Que hasta la década de los años sesenta, el estudio de la aplicación de la norma tributaria al caso concreto ha solido realizarse a partir del esquema de la relación jurídica tributaria.
- 2a. Que con independencia del movimiento de revisión del concepto de relación jurídica obligacional que se ha producido en el ámbito del Derecho público,¹⁶

14. Vid. Maffezzoni, *Il Procedimento di Imposizione nell' Imposta Generale sull'entrata*, pp. 32 y ss. Puede encontrarse una breve exposición de los puntos fundamentales de esta obra, desde el ángulo visual que aquí nos interesa, en la recensión de E. González, en *Rev. Der. Fin.*, No. 85, sobre todo, pp. 203-210.

15. Vid. Maffezzoni, *Il Procedimento di Imposizione nell' Imposta Generale sull'entrata*, pp. 44 y ss.; Micheli, *Lezioni di Diritto Tributario*, pp. 211 y ss.; Fantozzi, *La Solidarietà nel Diritto Tributario*, pp. 189 y ss. contra, matizadamente, vid. G. Falsita, pp. 58 y ss.

16. Sobre este tema, vid. las magistrales exposiciones de E. Allorio, *Diritto Processuale Tributario*, pp. 280 y ss., y R. Alessi, *Sistema istituzionale del Diritto Amministrativo Italiano*, Milán, Giuffrè, 1953, pp. 175 y ss., y 446 y ss.

dentro del Derecho tributario, no es posible agotar el estudio de la prestación tributaria a través de un análisis circunscrito al examen de la obligación tributaria y del derecho de crédito correspondiente.

- 3a. Que si se desea llevar a término un examen profundo y articulado del fenómeno tributario, es necesario considerar las posiciones subjetivas activas y pasivas que derivan de la ley; pero en cuanto a las primeras, no en términos de derecho de crédito, sino como potestad de imposición, y respecto a las segundas, no limitándose a la obligación tributaria, sino extendiendo el análisis al conjunto de actos debidos previstos por la norma.

Fecha de recepción: 4 de febrero de 2008.

Fecha de aceptación: 22 de abril de 2008.

Los principios de interpretación de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías

Daniel Achá Lemaitre*

RESUMEN

Si bien los redactores de la *Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías* no establecieron de manera expresa los métodos para adelantar la operación hermenéutica de este instrumento, sí previeron algunos principios que, en líneas generales, configuran un “sistema autónomo de interpretación” –acorde con las exigencias de su naturaleza internacional–, que se traduce en una operación de lógica jurídica que tiene por objeto determinar el alcance y sentido de los términos utilizados por la *Convención* y de los contratos que suscriban las partes. Este trabajo procura examinar el carácter internacional de la *Convención*; la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación; y la de asegurar la observancia de la buena fe en el comercio internacional. En la segunda parte se analizan los criterios previstos en la *Convención* para la interpretación específica de las declaraciones y los actos realizados por las partes.

PALABRAS CLAVE: sistema autónomo de interpretación de la *Convención*, estandarización normativa, buena fe como criterio de derecho internacional, criterios interpretativos de declaraciones u otros actos de las partes, principio de la intención conocida o no ignorable, estándar de razonabilidad, teoría de la negligencia.

ABSTRACT

Although the authors of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods did not establish expressly the methods to carry out the hermeneutic operation of this instrument, they foresaw some principles that, in general, configure an autonomous system of interpretation, in line with the international character of the Convention. This system is expressed through a juridical logic operation that has as main purpose the determination of the scope and the sense of the terms employed by the Convention and the contracts executed

* Director del Estudio Jurídico “Achá Lemaitre-Soluciones Legales”. Asesor de la Asamblea Constituyente boliviana.

by the parties. This article procures to examine the international character of the Convention; the need of promoting uniformity in its application; and, the idea of assuring the observance of the principle of good faith in international commerce. The article also analyzes the criteria foreseen by the Convention for the specific interpretation of the declarations and other actions performed by the parties.

KEY WORDS: autonomous system of interpretation of the Convention, legal standardization, good faith as a principle of international law, interpretation criteria for declarations and other actions performed by the parties, principles of known intention and of non-ignorable intention, theory of negligence.

FORO

INTRODUCCIÓN

Los principios de interpretación de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (en adelante la Convención), interrelacionados entre sí, obedecen al criterio de sus redactores y a los propósitos consignados en su preámbulo, en el sentido de pretender un influjo orbital y constituir a dicha Convención en un esquema regulatorio homogéneo que, sin irrespeter la vigencia y características de los ordenamientos jurídicos internos, simpatiza por la aplicación análoga de su normatividad.

Siguiendo el criterio del autor Luis Calvo Caravaca,¹ la interpretación es una operación de lógica jurídica que tiene por objeto determinar el alcance y sentido de los términos utilizados por las normas jurídicas. Si bien los redactores de la Convención no establecieron de manera expresa los métodos para adelantar tal operación, previeron unos principios que, en líneas generales, configuran un “sistema autónomo de interpretación” acorde con las exigencias de su naturaleza internacional.

En este orden de ideas, el objetivo de este ensayo es el de procurar una explicación a cada uno de los principios interpretativos de la Convención, fundamentalmente estableciendo el contenido y alcance de cada uno de ellos, ya que la Convención por sí sola no los determina y la bibliografía existente al respecto es muy dispersa, por lo que un segundo objetivo consistirá en sistematizarla.

1. Luis Calvo Caravaca, “Interpretación de la Convención de Viena de 1980”, en Luis Díez Picazo, edit., *La compraventa internacional de mercaderías: comentario de la Convención de Viena*, Navarra, Editorial Thomson, 1997, p. 103

Así, en primera instancia, se examinará el primer grupo de principios interpretativos, previsto en el artículo séptimo de la Convención, destinados a la interpretación de su propio texto; para luego desarrollar el segundo grupo de principios, contenido en el artículo octavo de la Convención, establecidos para la interpretación de los contratos que celebren las partes.

PRINCIPIOS DE INTERPRETACIÓN DE LA CONVENCIÓN QUE EXPRESAMENTE SE ENUNCIAN COMO TALES

La Convención en el art. 7, párr. 1o. se refiere de manera expresa a sus principios de interpretación, así:

Artículo 7

1. En la interpretación de la presente Convención se tendrán en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación y de asegurar la observancia de la buena fe en el comercio internacional...

Se puede entender de dicho contexto que son tres los principios interpretativos de la Convención:

- Su carácter internacional;
- La necesidad de promover la uniformidad de su aplicación; y,
- La necesidad de asegurar la observancia de la buena fe en el comercio internacional.

EL CARÁCTER INTERNACIONAL DE LA CONVENCIÓN

Teniendo presente que las diversas normas nacionales sobre el derecho de compraventa son objeto de notables divergencias de enfoque y de concepto, es importante evitar una interpretación de la Convención que esté influenciada por los conceptos utilizados en el sistema jurídico del país del foro. Por este motivo, el párrafo primero del artículo siete dispone que en la interpretación de la Convención “se tendrán en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación”. En efecto, según la jurisprudencia de algunos tribunales, ha de entenderse que la referencia al carácter internacional de la Convención impide que los tribunales recurran a una interpretación de los conceptos empleados en ella, que se base en el derecho interno; y que éstos deban, más bien, interpretar la Convención “autónomamente”.

En esta misma línea, el autor Ramiro Araujo² considera que el sentido de estos principios es tratar de que los comerciantes en sus negocios y los jueces y árbitros cuando diriman litigios en los que se deba aplicar la Convención, traten de interpretarla de una manera que corresponda al entendimiento que de ella tendría cualquier persona del mundo, y no como lo haría un comerciante o un juez que acatará exclusivamente una legislación, jurisprudencia y costumbres sin carácter universal. Por su parte Addame Goddard³ señala al respecto:

El que la interpretación no sea nacional conlleva que los jueces o árbitros que conozcan controversias regidas por la Convención deben hacer a un lado, en la medida que esto sea posible, su propia tradición jurídica: sus leyes, precedentes judiciales o jurisprudencia y su doctrina nacional. Esto no es tarea fácil de llevar a la práctica, por la inercia propia de las concepciones jurídicas y el peculiar y razonable conservadurismo de los jueces.

En definitiva, la exigencia de interpretar la Convención con carácter internacional, supone que quien realiza la labor hermenéutica, debe separarse de todo elemento nacional –sea su ley, precedente, doctrina o jurisprudencia– con la finalidad de desligar cualquier término de la Convención a un determinado derecho nacional y con ello lograr un entendimiento homogéneo.

Ramiro Araujo⁴ anota un criterio que considero debe ser resaltado, señala que desde el punto de vista positivo, la interpretación internacional significa por una parte que la Convención debe interpretarse de manera autónoma, no obstante que tratándose de un instrumento internacional, sea aprobado y ratificado por un Estado, adquiriendo de esa manera el rango de derecho positivo en el orden jurídico de ese Estado. Desde luego, materialmente no se trata de derecho nacional, porque rige relaciones comerciales internacionales, de manera que deberá interpretarse como un derecho independiente.

Por otra parte, no dice que el interpretar la Convención con *carácter internacional* busca el ideal de que la interpretación sea uniforme. Sin embargo, es un aspecto que considero cuestionable en el supuesto de que cada juez o árbitro de cada país, tenga su propia interpretación sobre cómo decidir con *internacionalidad*, bajo este razonamiento se desvirtúa dicha uniformidad.

-
2. Ramiro Araujo Segovia, *Principios de interpretación de la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, Edit. Javegraf, 2003, p. 254.
 3. Jorge Addame Goddard, *Reglas de Interpretación de la Convención sobre Compraventa Internacional de Mercaderías*, México DF., UNAM, 1990, p. 89.
 4. Ramiro Araujo Segovia, *Principios de interpretación de la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías*, p. 255.

Es interesante observar que varios autores –como el caso de Diego Galán o Luis Calvo– están de acuerdo en que los principios de la internacionalidad y la aplicación uniforme, pueden complementarse con los tradicionales principios de interpretación de la ley, como el gramatical, el lógico, el sistemático, el histórico y el teleológico, para lo cual es legítimo acudir, como indica Diego Galán, por ejemplo a las actas de las discusiones y textos de las convenciones de la Haya de 1964 (Ley uniforme sobre la venta internacional de mercaderías –LUCI– y ley uniforme sobre la formación de contratos para la venta internacional de mercaderías –LUFC–). Es más, los citados autores consideran que la interpretación de la Convención es una remisión tácita a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados que en sus artículos 31, 32 y 33 contempla la regla general de la interpretación de los tratados, los medios de interpretación complementarios y la interpretación de tratados autenticados en dos o más idiomas –como es el caso de la Convención–. Calvo Caravaca sostiene que los redactores de la Convención de Viena de 1980 podían haber llamado sobre el tema –es decir, sobre la interpretación– y remitirse expresamente al Convenio de Viena de 1969 o, simplemente recordar el carácter internacional de la normativa de que se trata. Sobre este mismo punto señala las posibilidades que tenían los redactores de la Convención en cuanto a la interpretación: omitirla o remitirla de forma expresa o tácita. El texto final indica claramente que se prefirió esta última. En este orden de ideas, el Convenio de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados contiene una *regla general*, por la que las normas jurídicas contenidas en un tratado internacional deben ser interpretadas a la luz de su significado ordinario (*interpretación gramatical*), visto su contexto (*interpretación contextual o sistemática*), lo declarado (*interpretación auténtica*) y practicado por las propias partes (*interpretación cuasi auténtica*).

Las reglas especiales de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados contemplan: *a)* Como instrumento auxiliar, el recurso a los trabajos preparatorios y a las circunstancias de la celebración del tratado para confirmar la interpretación objetiva o, para averiguarla, en caso de que sea de una absoluta ambigüedad u oscuridad. Dichos trabajos preparatorios de la Convención de Viena de 1969 se encuentran publicados en los *Official Records* de la Conferencia diplomática y en los *Yearbooks* de la UNCITRAL. *b)* Como segunda regla auxiliar contamos con la solución a los problemas de interpretación de los tratados autenticados en dos o más idiomas, criterio también aplicable a la Convención de 1980, lo que equivale a decir que el texto hace fe en cualquiera de los seis idiomas oficiales en que ella fue redactada –*árabe, chino, español, francés, inglés y ruso*–, los cuales son del mismo modo auténticos, presumiéndose entonces, que los términos consignados tienen igual sentido en cada una de dichas versiones.

PRINCIPIO DE APLICACIÓN UNIFORME DE LA CONVENCIÓN

Acorde con la internacionalidad descrita en el punto anterior, la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación es un principio interpretativo que responde a un planteamiento de lógica jurídica. Existe perfecta coherencia entre el principio de carácter internacional, antes predicado, y el principio de uniformidad. En efecto, la única manera cómo un instrumento jurídico, de las características de la Convención, puede tener influjo uniformizador, es garantizando, precisamente, que su aplicación sea invariable en cualquier escenario en que se emplee, buscando siempre que su utilización sea indistinta y armónica, con lo cual se pretende una estandarización normativa.

Existe una correlación entre la promoción de la uniformidad de la Convención y el carácter autónomo de su propia interpretación, en la medida en que al centrar la labor hermenéutica en su propia contextura se descarta cualquier posible desviación interpretativa hacia los derechos domésticos, pues ellos no pueden asegurar ni la unidad material de su alcance ni la articulación de su sentido.

Como se puede constatar, el texto del artículo 7.1 apunta a un ideal –la interpretación internacional–. Pero también a una exigencia –la uniforme aplicación–. El problema está en satisfacer esta última cuando aquella es insuficiente: la interpretación, deja en muchas ocasiones todavía un amplio margen al intérprete. La última exigencia, apunta por su lado al deseo de conseguir que la aplicación siga siendo uniforme en este supuesto. Para ello, visto que no se ha contemplado ni la construcción ni la atribución de competencias a un Tribunal internacional que unifique las diversas interpretaciones de las jurisdicciones nacionales, el único recurso que les cabrá a los órganos estatales será el estudio.⁵ Desde luego, para que la exigencia de *uniforme aplicación* que venimos comentando no quede como simple postulado teórico, en la práctica se ha ido logrando y consolidando mediante la interrelación de tres mecanismos independientes⁶ que cumplen un mismo cometido: a) *La jurisprudencia producida en tribunales tanto nacionales como del resto de los Estados Contratantes sobre la Convención*. Al respecto la UNCITRAL, en una iniciativa dirigida a recopilar dicha información, acordó en su XXI sesión celebrada en 1988, el intercambio de la jurisprudencia de los Tribunales de los Estados contratantes y su difusión a través

5. Michael Joachim Bonell, *The Unidroit Principles in Practice-The Experience of the first two years*, citado por Jorge Oviedo Albán, “UNIDROIT y la unificación del derecho privado: referencia a los principios de los contratos comerciales internacionales”, Pontificia Universidad Javeriana, edit., *Compraventa internacional de mercaderías: comentarios a la Convención de Viena de 1980*, Bogotá, Edit. Javegraf, 2003, p. 118.

6. Diego Galán, *El ámbito de aplicación de la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2003, p. 114.

de la propia UNCITRAL. Como ésta hubo otras acciones llevadas a cabo por establecimientos como el *Institute of International Commercial Law –Pace Law School–*, la *Unificación del Derecho Privado –UNIDROIT–* entre otras. El resultado de dichas iniciativas fue la formación de un rico acervo de decisiones judiciales provenientes de distintas latitudes, en diferentes idiomas y sobre diferentes materias reguladas por la Convención.

Un detalle que vale la pena señalar es la cuestión del valor que ha de atribuirse a los fallos extranjeros, asunto que ya fue abordado por un par de tribunales y que estimaron que tales fallos tenían un valor persuasivo, pero no vinculante.⁷

b) Como segundo mecanismo, contamos con la abundante producción doctrinaria en torno a la Convención, generada a través de cientos de escritos de autores de todos los rincones del mundo, durante aproximadamente dos décadas. Dicho mecanismo constituye un verdadero medio para lograr la aplicación uniforme de la Convención.

c) Finalmente, contamos con la historia legislativa de la Convención, que como ya lo habíamos anotado, implica una revisión de los *Official Records* de la Conferencia diplomática y de los *Yearbooks* de la UNCITRAL. Con un esfuerzo digno de reconocimiento, el profesor Honnold ha logrado crear una obra intitulada *Documentary History of the Uniform Law of International Sales* que recoge la historia documental de los estudios, deliberaciones y decisiones que condujeron a la Convención, constituyendo una herramienta de consulta obligada.⁸

Por último, en relación con la uniformidad, no debe perderse de vista el propósito que subyace en su formulación, el cual consiste en que los derechos nacionales, paulatinamente, vayan modificando la respectiva regulación interna y vayan adoptando las directrices del texto convencional. No en vano la formulación de un derecho uniforme tiene como uno de sus cometidos el servir de modelo legislativo.

LA NECESIDAD DE ASEGURAR LA OBSERVANCIA DE LA BUENA FE EN EL COMERCIO INTERNACIONAL

La buena fe, en cuanto a postulado cardinal de las relaciones humanas y, por ende, de la contratación, se encuentra consagrada en la Convención bajo la forma de una

7. Ver el caso CLOUT No. 378 (Tribunale de Vigevano, Italia, 12 de julio de 2000) en *Compendio de la CNUDMI sobre jurisprudencia relativa a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa de Mercaderías*, disponible en el sitio web: www.uncitral.org/uncitral/es/publications.html

8. Diego Galán, *El ámbito de aplicación de la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías*, p. 127.

intencionalidad de contenido explicativo que reconoce la necesidad de asegurar su observancia en el comercio internacional. Se trata de un principio que está presente en la mayoría de los sistemas jurídicos vigentes, sin embargo, en armonía con los principios anteriores, deberá delimitarse específicamente como criterio de derecho internacional y no ligado a regímenes nacionales.

Dicho principio sugiere unas mismas ideas de lealtad y diligencia, lo cual, en efecto, demarca un “núcleo común” de significación que al apreciarse también en la esfera internacional viene a reafirmar el carácter uniforme ya descrito. Es decir, que tratándose de la buena fe, los enfoques provenientes de los ordenamientos jurídicos internos no excluyen a la dinámica internacional de la Convención, en la medida en que el concepto responde a un sentido equivalente en todos los entornos. Por ello bajo esta noción se va consolidando la uniformidad pretendida.

Adame Goddard, agrega que el concepto de buena fe de la Convención no debe asimilarse a ninguna de las concepciones nacionales y afirma, que hay dos criterios concretos de interpretación a base de la buena fe: el de reciprocidad en los contratos (beneficio mutuo) y el de igualdad proporcional (es decir, considerando las diferencias entre las partes).

Sobre el significado de este principio en la Convención, el autor Vázquez Lépinette citado por Araujo Segovia,⁹ ilustra de la siguiente manera: “La finalidad del establecimiento del principio de buena fe, según ha puesto de relieve la doctrina más autorizada, es reforzar el carácter obligatorio del contrato, fijando un criterio que permita a las partes determinar en qué momento han cumplido en su totalidad las obligaciones impuestas por el contrato. Por lo tanto, el citado principio no es propiamente un canon interpretativo, sino una norma de carácter sustantivo cuya función es modular el comportamiento de las partes”. Con tal carácter ha sido aplicado por la jurisprudencia en dos resoluciones muy interesantes: “pantalones vaqueros” y “coche de ocasión”.¹⁰

9. Ramiro Araujo Segovia, *Principios de interpretación de la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías*, p. 259.

10. En el primero de los supuestos mencionados, una empresa francesa (Bri Production) vendió a una empresa estadounidense (Pan African Export) una partida de pantalones vaqueros y pactó la entrega de lotes sucesivos con la condición de que tales vaqueros no fueran revendidos, en ningún caso, en España. En numerosas ocasiones después de la venta, Bri Production reclamó a Pan African que le remitiera pruebas del destino final de las mercaderías, cosa que ésta no hizo, resultando posteriormente que los vaqueros habían sido vendidos en España. En tal situación, Bri Production se negó a entregar las demás partidas pactadas y resolvió el contrato, en vista de lo cual fue demandada por la compradora, por incumplimiento de contrato. El tribunal consideró que tal demanda era abusiva por ser *contraria al principio de buena fe* y condenó a Pan African Export al pago de 10.000 francos franceses.

En el segundo caso, el titular de un establecimiento dedicado a la venta de coches de segunda mano compró a una reventa alemana un vehículo, pactando las partes la exclusión de toda garantía por parte del vendedor.

El punto por destacar de las decisiones referidas, es que las Cortes no acuden a otras teorías del derecho, como pueden ser la excepción de contrato no cumplido o la teoría del dolo, sino que les basta con el principio de la buena fe, con lo cual se le da una trascendencia y un alcance amplio a la Convención. Es un razonamiento por demás interesante, ya que de lo contrario, si se acudiera por ejemplo al enfoque del dolo como vicio del consentimiento e invalidante del contrato para resolver el litigio, el juez tiene que razonar que no puede aplicar la Convención y entra en el impredecible campo de buscar la ley nacional aplicable al caso. En cambio, calificando el negocio, como lo hizo la Corte alemana, como un asunto de aplicación del principio de buena fe, la Convención sí resulta aplicable.

Como se puede constatar, existen autores que otorgan al principio de buena fe un verdadero carácter de principio interpretativo –como el caso de Addame Goddard– mientras que otros –como Vásquez Lépinette– niegan que se trate de un principio dirigido a servir de medio interpretativo y le otorgan más bien una función que se traduce en modular el comportamiento de las partes.

En una posición personal –ecléctica– pienso que ambas posibilidades son válidas, pues dentro de la contratación internacional podemos entender al principio de buena fe bajo una doble función: como medio interpretativo y como norma sustantiva que regula el comportamiento de las partes.

Después de leer lo anotado, es necesario hacernos la siguiente pregunta: ¿Qué es la buena fe? La Convención no la define, pero existen criterios que nos aproximan a su cabal sentido en la Convención. En el punto siguiente trataré de identificar sus rasgos principales de acuerdo a ciertos elementos desarrollados por la doctrina.

RASGOS IMPORTANTES DEL PRINCIPIO DE BUENA FE

A) CONTENIDO

Para comprender el contenido del concepto de la buena fe en el comercio internacional y poder promover su observancia, es justo afirmar que desde la perspectiva

Posteriormente resultó que el vehículo que se había vendido como matriculado en 1992, se había matriculado por primera vez en 1990 y tenía un número de kilómetros mucho mayor del que aparecía en el contador de kilometraje. El tribunal entendió que la renuncia a toda garantía pactada por las partes era nula, por ser *contraria al principio de buena fe*, dado que el vendedor sabía que el vehículo estaba en peores condiciones de lo que decía. Tomado del Compendio de la CNUDMI sobre jurisprudencia relativa a la Convención de las Naciones Unidas sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías.

de la Convención, no es posible realizar una construcción satisfactoria, sin embargo los tratadistas y el derecho comparado han realizado significativos aportes.

Los Principios para los Contratos Comerciales Internacionales de la UNIDROIT, imponen a las partes el deber de actuar con buena fe y lealtad negocial en el comercio internacional. La forma en la que el artículo de dichos principios se encuentra redactado guarda mucha similitud con el artículo en comento, sin embargo, existen algunos elementos diferenciadores como: *la exigencia comportamental hacia la lealtad en los negocios y la inapelabilidad de la norma*, por cuanto las partes no pueden ni excluir, ni limitar ese deber.

Esta disposición goza de un carácter independiente e imperativo dirigido a servir de pauta de conducta para las partes, poseyendo, además, una definida vocación para regir no solo el itinerario contractual sino también la etapa precontractual, esto se traduce en un campo de acción mucho más amplio que aquel referido a una humilde función interpretativa.

Por su parte, la imperatividad del precepto, al eliminar cualquier posibilidad de que las partes puedan restringir o desechar su aplicación, está garantizando, precisamente, la promoción de la uniformidad jurídica en materia de contratación internacional.

En el mismo sentido se pronuncian los artículos 1:106 (interpretación) y 1:202 (buena fe y lealtad negocial) de los Principios de Derecho Contractual Europeo.

B) NATURALEZA DEL PRINCIPIO DE BUENA FE EN LA CONTRATACIÓN INTERNACIONAL

La doctrina reconoce en el principio de buena fe una doble naturaleza, por cuanto funciona como norma general imperativa y como obligación particular que se impone a la actuación de las partes contratantes, lo que deriva en una clasificación doctrinal de dos grupos: *buena fe objetiva y buena fe subjetiva*.

La buena fe objetiva hace relación a una regla de conducta que orienta el comportamiento de los contratantes a lo largo de toda la vida del contrato, incluida la etapa precontractual, cuyo propósito es el de determinar la respectiva actuación bajo un código ético signado por la probidad, la lealtad, la honestidad, la sinceridad, la rectitud, la escrupulosidad y la corrección.

En relación a la buena fe objetiva, la doctrina ha configurado los deberes que ella impone en cuanto guía de conducta de las partes contratantes, a decir de ellos los siguientes:

- Deber de preparar la negociación del contrato por celebrar.

- Deber de prepararse técnica, jurídica y económicamente.
- Deber de orientar el negocio a su realización.
- Deber de información y confidencialidad.
- Deber de custodia de bienes.

La buena fe subjetiva o buena fe creencia se refiere a un aspecto de la conciencia del sujeto, por consiguiente ubicada en el terreno de lo psicológico, la cual hace alusión a la íntima convicción o confianza que él tiene al enfrentarse a una determinada situación jurídica.

C) ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE BUENA FE

Los autores de la Convención y otros instrumentos no restringieron la concepción de la buena fe a la respectiva relación negocial entre las partes, sino que la refirieron a la extensísima esfera en la que se desenvuelve todo el comercio internacional. De esta manera, si el comportamiento específico de una de las partes en un determinado contrato llega a vulnerar la buena fe en el mundo de los negocios internacionales, ello puede dar lugar a afectar todas sus relaciones contractuales, así en algunas de ellas no se tipifique la conducta reparable. Quiere decir, que el obrar en contra de la buena fe en el comercio internacional puede alcanzar un efecto *erga omnes*, puesto que la inobservancia individual en un contrato conlleva la ruina global de los demás.

SEGUNDA PARTE

Artículo 8

1. Para los efectos de la presente Convención, las declaraciones y otros actos de una parte deben interpretarse conforme con su intención cuando la otra parte haya conocido o no haya podido ignorar cuál era su intención.
2. Si el párrafo precedente no fuere aplicable, las declaraciones y otros actos de una parte deben interpretarse conforme al sentido que les ha dado en igual situación una persona razonable de la misma condición que la otra parte.
3. Para determinar la intención de una parte o el sentido que ha dado una persona razonable debe tenerse debidamente en cuenta todas las circunstancias pertinentes del caso, en particular las negociaciones, cualesquiera prácticas que las partes hayan establecido entre ellas, los usos y el comportamiento de las partes.

Mientras el numeral primero del artículo séptimo se refiere a la interpretación de la Convención, el artículo octavo, versa sobre la interpretación de cualesquiera decla-

raciones u otros actos de una parte, siempre que tales declaraciones o actos se relacionen con un aspecto que se rige por la Convención. Por consiguiente, siempre que la declaración o el acto que haya de interpretarse se refiera a un aspecto que se rige por la Convención, han de utilizarse los criterios interpretativos enunciados en el artículo ocho con miras a interpretar tales declaraciones o actos, sea que estos se relacionen con la parte II (relativa a la “formación del contrato”) o con la parte III (relativa a los “derechos y obligaciones de las partes”).

Jorge Oviedo¹¹ sostiene que los contratos que se rigen por la Convención deben elaborarse exigiendo que las relaciones entre las partes sean equivalentes, sean recíprocas, que ninguna imponga a la otra interpretaciones abusivas, que el grado de diligencia que se le exija a la una sea igual que el grado de diligencia que se espera de la otra, en resumen, que el comportamiento de las partes sea leal a su intención, a la naturaleza del contrato celebrado y a lo razonable, es decir, a lo que una persona puesta en las mismas circunstancias prevee o espera. En últimas, el principio de interpretación de la buena fe de la Convención y los contratos cuya interpretación deba hacerse tomando a la Convención como referencia, debe hacerse en estrecha armonía con los principios de intencionalidad y, razonabilidad que se mencionan en el artículo octavo como principios específicos de la interpretación de los contratos.

A) EL PRINCIPIO DE LA INTENCIÓN CONOCIDA O NO IGNORABLE

Los párrafos uno y dos del artículo octavo establecen dos clases de criterios. El párrafo primero permite una *indagación substancial de la intención subjetiva* de las partes, aun cuando las partes no empleen ningún medio susceptible de verificarse objetivamente para registrar esa intención. Esta norma ordena a los Tribunales que interpreten las “declaraciones y otros actos de una parte... conforme a su intención” siempre que la otra parte “haya conocido o no haya podido ignorar” esa intención. Sin embargo, ¿a cuáles actos o declaraciones se refiere la Convención? Desde luego que ella no los señala, una vez más la respuesta la encontramos en la doctrina, quien de la mano de Ángel López López¹² nos dice que los actos y declaraciones de una parte, “son un conjunto de comportamientos que engloban toda conducta significativa en orden a la determinación del sentido y alcance de la reglamentación contractual”,

11. Jorge Oviedo Albán, “UNIDROIT y la unificación del derecho privado: referencia a los principios de los contratos comerciales internacionales”, en Pontificia Universidad Javeriana, edit., *Compraventa internacional de mercaderías: comentarios a la Convención de Viena de 1980*, Bogotá, 2003, p. 67.

12. Ángel López López, “Interpretación de la Convención de Viena de 1980”, en Luis Díez Picazo, edit., *La compraventa internacional de mercaderías: comentario de la Convención de Viena*, Mancha, Editorial Thomson, 1997, p. 118.

incluyendo entre ellos, como ejemplo, a la negociación, la oferta, la aceptación, la notificación de resolución e inclusive la firma que las partes ponen sobre documentos que hayan redactado juntos.

Los contratos al ser una normatividad creada por los comerciantes o, en general, por quienes quieren regular actos de intercambio, es una normatividad, que emana del reconocimiento que hace la ley (que en este caso viene a ser la Convención) del poder vinculante de la expresión del consentimiento, por lo tanto, parece lógico que dicho vínculo se rija por el verdadero consentimiento, es decir, por la intención de las partes y no por las meras palabras con las que se haya querido expresar la intención. Esto es coherente por el principio de seguridad recíproca que incorpora la Convención cuando condiciona que la intención real sea conocida o no haya podido ser ignorada por la otra parte. Sobre este punto Vásquez Lépinette señala:

Nótese que el texto dice “que no haya podido ignorar”, que es distinto de “no debía ignorar”. La expresión “no debía ignorar” exige una conducta activa de una parte que tiene la obligación de informarse. Por el contrario, el que una parte “no haya podido ignorar” la intención de la otra, significa que la intención de ésta era manifiesta, de modo que resultaba imposible ignorarla, por ejemplo, por constar en una carta, o por ser una práctica habitual entre las partes.

Quiere decir que para que la intención subjetiva de la parte sea realmente tenida en cuenta, debe manifestarse de algún modo, de lo contrario la intención que una parte tiene en secreto, carece totalmente de trascendencia.

El principio de la intención en el derecho colombiano se encuentra enunciado como *principio de justicia* dentro del Código civil, que dice: “Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras”.¹³ Se trata de una definición que nos ayuda a comprender de mejor manera el sentido de este principio.

B) EL PRINCIPIO DE LO RAZONABLE

El art. 8 num. 2 y 3 establecen que cuando el principio de la intención conocida no se pueda aplicar, los contratos y demás declaraciones de voluntad, deben interpretarse en el sentido que le daría una persona razonable en las mismas circunstancias y teniendo en cuenta las prácticas establecidas entre las partes, los usos y el comportamiento ulterior de las mismas. Dicho en otras palabras, cuando para la interpre-

13. Art. 1618 Código civil colombiano.

tación de una declaración u otro acto de una parte no sea posible invocar el párrafo primero del artículo octavo (y, en definitiva, la intención de esa parte), hay que recurrir a una *interpretación objetiva*, con arreglo a lo previsto en el párrafo dos del artículo ocho. De acuerdo con esa disposición, las declaraciones y otros actos de una parte, deben interpretarse conforme al sentido que les dé en igual situación una *persona razonable* de la misma condición que la otra parte y, teniendo en cuenta las prácticas establecidas entre los contratantes, los usos y el comportamiento ulterior de las mismas. Dentro del alcance de esta normativa existen varios ejemplos sobre Tribunales que han invocado el párrafo segundo del artículo ocho.¹⁴

Sin embargo, debemos tener presente que el interprete debe agotar los medios que le ofrece la interpretación subjetiva antes de utilizar los recursos que le pueda eventualmente ofrecer la interpretación objetiva. Esto resulta evidente, porque el paso de la interpretación subjetiva a la objetiva, presupone que con el primero, el intérprete no ha llegado a reconstruir la reglamentación derivada del acto de autonomía privada de un modo tan completo como para poder extraer una regulación del conflicto de intereses exhaustiva en todos los puntos y bajo todos los aspectos.

Hecha la puntualización anterior, constatamos que el párrafo segundo del artículo ocho de la Convención, apela a un *canon o estándar como el de la razonabilidad*, que hace referencia a la clase o categoría de la otra parte contratante.

Algunos autores consideran que el estándar de razonabilidad es un parámetro valorativo extraño al sistema jurídico del civil law, pues éste es propio del sistema del common law. Existen otros autores que reflexionan que lo razonable no es un concepto jurídicamente extraño a la tradición jurídica del derecho romano-germano,

14. En un caso, un tribunal dedujo la intención del comprador de quedar obligado por su declaración y la posibilidad de determinar la cantidad de mercaderías, interpretando sus declaraciones y sus actos conforme al sentido que les daría en igual situación una persona razonable de la misma condición que la otra parte. El tribunal llegó a la conclusión de que, a falta de circunstancias pertinentes o prácticas entre las partes en el momento de la celebración del contrato, que siempre han de tenerse en cuenta, la intención del comprador de quedar obligado puede desprenderse de la petición de éste al vendedor de que expidiera la factura de los textiles entregados.

En otro caso, cuando tuvo que determinar qué cualidades de las mercaderías se habían convenido, un Tribunal Supremo decidió que, en vista que el sentido que las partes atribuían al contrato era diferente, los términos de éste debían interpretarse con arreglo al párr. 2 del art. 8, a saber "conforme al sentido que le habría dado en igual situación una persona razonable de la misma condición que la otra parte". El razonamiento del tribunal fue que, habida cuenta de que el comprador era un experto y sabía que no se le había ofrecido una máquina nueva, sino una fabricada catorce años antes de la celebración del contrato y que, por ende, no se ceñía a las últimas novedades de orden técnico, se ajustaba sin lugar a duda a lo dispuesto por el párr. 2 del art. 8 que el tribunal de primera instancia concluyera que era razonable que el vendedor pensara que el comprador había celebrado el contrato con pleno conocimiento de las limitaciones técnicas de la maquinaria y de su equipo.

Tomado del Compendio de la CNUDMI sobre jurisprudencia relativa a la Convención de las Naciones Unidas sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías. Ver casos: CLOUT No. 215 (Bezirksgericht St. Gallen, Suiza, 3 de julio de 1997) y CLOUT No. 106 (Oberster Gerichtshof, Austria, 10 de noviembre de 1994).

en cuanto se lo puede relacionar perfectamente con la figura del “buen padre de familia”. A pesar de esta sutil divergencia, la idea es en términos prácticos, considerar la equivalencia entre el *reasonable man* y el *bonus pater familias*, con la finalidad de integrar dentro del ordenamiento del sistema del civil law, un concepto que en origen le es extraño.

¿Qué se entiende por persona razonable? El estándar de la persona razonable utilizado en vía interpretativa por el artículo ocho, párrafo dos de la Convención, no invoca tanto a un esperado entendimiento leal (aunque como es lógico, no lo pueda excluir en términos absolutos), cuanto a un esperado entendimiento usual en personas de la misma condición. El canon interpretativo es sumamente objetivo, y refleja solo un aspecto de una parte instrumental de lo que habitualmente entendemos como buena fe objetiva: el referente a una diligencia estándar en la apreciación de los principios de autorresponsabilidad y protección de la confianza en sede interpretativa –además de todos los elementos que se desprenden de ella y que fueron expuestos en el acápite que desarrolla los rasgos importantes del principio de buena fe.

Siempre, con la finalidad de determinar qué se entiende por estándar de persona razonable, acudimos al criterio de Berlingieri citado por Ángel López, quien señala que el estándar de persona razonable juega, en el Convenio, funciones en tres aspectos: en relación con las reglas interpretativas (como es el caso del artículo 8), las reglas del comportamiento y las reglas temporales. Sin mayores especificaciones ni demostraciones, afirma que el concepto de *reasonable man* en estos dominios está muy próximo al que se utiliza en el derecho de la negligencia –*law of negligence*– del common law. Efectivamente, la negligencia, en la tradición del common law, es considerada un daño, es decir, una conducta que causa daño. Un daño es un hecho injusto de naturaleza civil que resulta de la violación de un deber legal que existe, en virtud de las expectativas de la sociedad en lo que concierne a la conducta interpersonal que deben seguir los miembros que la componen.¹⁵

La negligencia ha sido definida como una conducta que encierra un riesgo irracionalmente desproporcionado que causa un daño. También se ha definido como una conducta, por debajo del estándar establecido por la ley, para la protección de otros contra riesgos irracionalmente grandes de daño. Para tener éxito en una acción basada en negligencia no es necesario que el demandante establezca que el demandado tenía intenciones de dañar o que actuó imprudentemente al causar el daño. Lo que se requiere es comparar la conducta del demandado con la regla que han establecido los Tribunales: “la norma de la persona razonable”. Hay dos elementos fundamentales en la acción basada en negligencia: *la regla del hombre razonable* y el criterio de pre-

15. José de Jesús López Monroy, *Sistema jurídico del common law*, México, Editorial Porrúa, 2001.

visibilidad, es decir, un hombre se debe comportar razonablemente considerando los riesgos que pueda crear (mientras más probable sea un riesgo elevado y de graves consecuencias, mayor debe ser el grado de diligencia que hay que emplear) y las personas que pueden salir lesionadas.

En un caso basado en negligencia, tanto la conducta del demandado como la del demandante se juzgarán respecto de lo que un hombre razonable hubiera hecho en las mismas circunstancias. Para que el demandado sea considerado responsable de un daño causado a una persona, tiene que haber culpa de su parte. Asimismo, el demandante tiene que estar libre de cualquier culpa que haya contribuido a su daño.

Este es el entendimiento que se tiene de persona razonable dentro de la teoría de negligencia del *common law* y que tranquilamente puede ser transpuesto a la materia que desarrollamos.

Ahora hacemos otra pregunta en relación al segundo párrafo del artículo octavo: ¿Qué se entiende por persona razonable de la misma condición? El estándar no viene referido a una “persona razonable” en abstracto. El párrafo segundo requiere que sea una persona razonable de la misma condición que la otra parte, en materias tales como el bagaje lingüístico, la capacitación técnica, el conocimiento de anteriores pactos y negociaciones entre las partes, la información sobre los mercados, y sus fluctuaciones, la comprensión de términos acuñados en diccionarios o códigos comerciales, etc.¹⁶

Ahora bien, de conformidad con el tercer párrafo del artículo ocho, para determinar la intención de una parte o el sentido que le haya dado una persona razonable, debe tenerse debidamente en cuenta todas las circunstancias pertinentes del caso, en particular las negociaciones, cualesquiera prácticas que las partes hayan establecido entre ellas, los usos y el comportamiento ulterior de las partes. Dichos criterios vienen a configurar unas reglas auxiliares para la interpretación:

- a) Se trata de una lista no exhaustiva. El párrafo tercero del artículo ocho da una lista de circunstancias que pueden ser tenidas en cuenta para la interpretación, a modo de reglas auxiliares. Tal lista no es exhaustiva, y depende del supuesto contemplado en su singularidad. En efecto, la norma ordena que en la interpretación se esté a “todas las circunstancias pertinentes del caso”.
- b) *Carácter subjetivo u objetivo de las reglas.* El repertorio de reglas auxiliares contenido en el párrafo que se comenta, desde el punto de vista de nuestro sistema jurídico, todas contienen criterios de interpretación subjetiva, a excep-

16. Ángel López López, “Interpretación de la Convención de Viena de 1980”, en Luis Díez Picazo, edit., *La compraventa internacional de mercaderías: comentario de la Convención de Viena*, p. 125.

ción de la remisión a los usos. Es decir, existe cierta dificultad para lograr determinar el verdadero y único sentido que se dio a las negociaciones, las prácticas de las partes o el comportamiento posterior de ellas.

- c) *Condiciones de aplicación de los usos*. Los usos a que se refiere el artículo ocho son los que resultan aplicables, de acuerdo con el artículo nueve de la Convención, por el que las partes quedan obligadas por cualquier uso en que hayan convenido y por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas. Dicho precepto considera que las partes han hecho tácitamente aplicable al contrato o a su formación, un uso del que tenían o debían haber tenido conocimiento y que, en el comercio internacional, sea ampliamente conocido y regularmente observado por las partes en contratos del mismo tipo en el tráfico mercantil que se trate. De ello deriva que hay un tamiz de aceptación de las partes, o al menos de no rechazo explícito, de los usos, que da al empleo de estos –dentro de la interpretación–, un tinte subjetivo, a pesar de la “objetividad” que destacan.

CONCLUSIONES

- La exigencia de interpretar la Convención con carácter internacional, supone que quien realiza la labor hermenéutica, debe separarse de todo elemento nacional –sea su ley, precedente, doctrina o jurisprudencia– con la finalidad de desligar cualquier término de la Convención a un determinado derecho nacional y con ello lograr un entendimiento homogéneo.
- La única manera cómo un instrumento jurídico, de las características de la Convención, puede tener influjo uniformizador, es garantizando, precisamente, que su aplicación sea invariable en cualquier escenario en que sea empleado, buscando siempre que su utilización sea indistinta y armónica, con lo cual se pretende una estandarización normativa.
- En relación con la uniformidad, no debe perderse de vista el propósito que subyace en su formulación, el cual consiste en que los derechos nacionales, paulatinamente, vayan modificando la respectiva regulación interna y vayan adoptando las directrices del texto convencional. No en vano la formulación de un derecho uniforme tiene como uno de sus cometidos el servir de modelo legislativo.
- Dentro de la contratación internacional podemos entender al principio de buena fe bajo una doble función: como medio interpretativo y como norma sustantiva que regula el comportamiento de las partes.

- El estándar de “lo razonable” tiene que ser, por imposición de la lógica y la justicia, el principio por excelencia de la interpretación de un contrato o una ley. El concepto de lo razonable involucra justicia y equidad, son estos valores los que en definitiva inspiran a la Convención cuando nos remite a principios de interpretación como la buena fe y lo razonable.

BIBLIOGRAFÍA

- Adame Goddard, Jorge, *Reglas de Interpretación de la Convención sobre Compraventa Internacional de Mercaderías*, México DF, UNAM, 1990.
- Araujo Segovia, Ramiro, *Principios de interpretación de la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2003.
- Asamblea General de las Naciones Unidas, “Compendio de la CNUDMI sobre jurisprudencia relativa a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías”, disponible en el sitio web: <http://www.uncitral.org/uncitral/es/publications.html>
- Calvo Caravaca, Alfonso Luis, “Interpretación de la Convención de Viena de 1980”, en Luis Díez Picazo, edit., *La compraventa internacional de mercaderías: comentario de la Convención de Viena*, Mancha, Editorial Thomson, 1997.
- Galán Barrera, Diego Ricardo, *El ámbito de aplicación de la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2003.
- Garrigues, Joaquín, *Curso de Derecho Mercantil*, Bogotá, TEMIS, 2004.
- Garro, Alejandro Miguel, y Alberto Luis Zuppi, *Compraventa Internacional de Mercaderías*, Buenos Aires, Ediciones La Rocca, 1990.
- Honnold, John, *Derecho Uniforme sobre compraventas internacionales (Convención de las Naciones Unidas de 1980)*, Madrid, EDERSA, 1987.
- López López, Ángel, “Interpretación de la Convención de Viena de 1980”, en Luis Díez Picazo, edit., *La compraventa internacional de mercaderías: comentario de la Convención de Viena*, Mancha, Thomson, 1997.
- López Monroy, José de Jesús, *Sistema jurídico del common law*, México, Porrúa, 2001.
- Mendoza Ramírez, Álvaro, “La buena fe”, en Pontificia Universidad Javeriana, edit., *Compraventa internacional de mercaderías: comentarios a la Convención de Viena de 1980*, Bogotá, 2003.
- Oliva Blázquez, Francisco, *Compraventa internacional de mercaderías: ámbito de aplicación del Convenio de Viena de 1980*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.
- Oviedo Albán, Jorge, “UNIDROIT y la unificación del derecho privado: referencia a los principios de los contratos comerciales internacionales”, en Pontificia Universidad Javeriana,

edit., *Compraventa internacional de mercaderías: comentarios a la Convención de Viena de 1980*, Bogotá, 2003.

Plitz, Burgard, *Compraventa internacional: Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías de 1980*, Buenos Aires, Astrea, 1996.

Sierralta Ríos, Aníbal, *et al.*, *Aspectos jurídicos del comercio internacional*, Bogotá, Temis, 1998.

Fecha de recepción: 19 de marzo de 2008.

Fecha de aceptación: 22 de abril de 2008.

Las relaciones comerciales de América Latina: integraciones económicas regionales y análisis de la proliferación de acuerdos con los EE.UU.

*Renata Vargas Amaral**

*Thalis Ryan de Andrade***

RESUMEN

El objetivo del presente artículo es hacer una reflexión acerca de la nueva geografía comercial de América Latina, relativa a los acuerdos celebrados con los EE.UU. Frente a las incertidumbres en el ámbito regional y multilateral, hoy existe un cierto predominio de un tercer movimiento en las relaciones económicas internacionales, esto es, la proliferación de tratados bilaterales. Aunque estos tratados asuman diferentes contenidos y obligaciones, en general tienen compromisos más rígidos para los países en desarrollo en América Latina, que las obligaciones firmadas en foros de negociación subjetivamente más amplios (como es el caso de la OMC).

PALABRAS CLAVE: relaciones económicas internacionales, OMC, regionalismo, tratados bilaterales, bloques económicos.

ABSTRACT

The purpose of this article is reflecting over the new commercial geography of Latin America, with particular regard to the agreements executed with the United States. As a reaction to the regional and multilateral uncertainty, nowadays, a third group of international relations are prevailing: bilateral agreements. Although these treaties have different contents and obligations, in general, they imply more rigid commitments for developing countries in Latin America than those that derive from agreements celebrated within more ample negotiation forums such as the WTO.

KEY WORDS: international economic relations, WTO, regionalism, bilateral treaties, development, CAN, MERCOSUR.

FORO

* Máster en Derecho de los Negocios Internacionales por la Universidad Complutense de Madrid; alumna del máster en Derecho/Relaciones Internacionales de la Universidad Federal de Santa Catarina, UFSC, Brasil.

** Especialista en Comercio Exterior y Aduanas por la Universidad del Vale do Itajaí, UNIVALI; alumno del máster en Derecho/Relaciones Internacionales de la Universidad Federal de Santa Catarina, UFSC, Brasil.

INTRODUCCIÓN

Las relaciones económicas internacionales vienen atravesando profundas transformaciones debido a los acuerdos celebrados entre los Estados y, principalmente después de la Segunda Guerra Mundial, por una cantidad de motivos que llevaron a los Estados a buscar intensificar sus lazos y reducir el proteccionismo de los mercados nacionales.

Con este objetivo, los Estados buscaban oportunidades de acceso a mercados de sus productos por la vía bilateral, regional, o multilateral, celebrando desde sencillos convenios, hasta complejos acuerdos promovidos en el ámbito mundial.

Cronológicamente, la firma de tratados bilaterales y los movimientos de integración regional, prácticamente tuvieron su génesis paralelamente al acuerdo multilateral de comercio, cuando en 1947 algunos países se mostraban dispuestos a realizar un esfuerzo coordinado para la creación de un sistema multilateral de comercio (GATT) institucionalizado que garantizara la liberalización de los flujos de mercaderías y un régimen de no discriminación comercial a escala global.

En medio de este cuadro construido en las últimas décadas, los acuerdos bilaterales también erigían relaciones de todo tipo entre los Estados, estableciendo tratados atractivos de inversiones, tratados de libre comercio de mercaderías o incluso tratados con dictámenes de propiedad intelectual.

Este movimiento de superposición de tratados que abordaban el mismo tema en el ámbito multilateral, regional y bilateral, en escala mundial, también se dio en América Latina. Entre el año 1989 y el año 2000 este continente ya tenía firmados 18 acuerdos preferenciales de comercio y otros seis o siete estaban en negociación.

Algunos bloques económicos en el continente latinoamericano florecen y parecen alcanzar sus objetivos como es el caso del CARIFTA/CARICOM, ALALC/ALADI, NAFTA; otros están en medio del camino como es el caso del Mercado Común del Sur (MERCOSUR); existe todavía el Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA) que tuvo sus negociaciones suspendidas; por fin, está el proyecto que diseña nuevas perspectivas como es el caso del UNASUR.

Sin embargo, aunque se hayan arreglado muchos acuerdos preferenciales, algunos bloques no avanzan en su proceso de integración y deflagran un gran número de conflictos intrabloques. Además de esto, la consolidación de la participación de los países latinoamericanos en el sistema multilateral de comercio y el lanzamiento de una Ronda del Desarrollo (Ronda Doha) –todavía sin final–, tiene impedido el progreso económico de estos países.

En este escenario, surge como opción de los países latinoamericanos, para la solución de sus problemas comerciales, la antigua forma de celebración de acuerdos bila-

terales con los EE.UU., verificándose un cambio en la configuración de las relaciones económicas internacionales establecidas hasta el final del siglo XX. Hoy son más de 130 acuerdos regionales de comercio celebrados que ocasionan algún impacto al 90% de los miembros de la OMC. Entre estos países, inclúyanse varios países en desarrollo que ya firmaron por lo menos un acuerdo de este tipo.

Así mismo, con el alivio mediato que estos acuerdos proporcionan a los latinoamericanos, el presente artículo pretende analizar las razones de estos cambios y los rumbos que la celebración de estos compromisos con los EE.UU. pueden ocasionar a los países latinoamericanos.

Por lo tanto, en un primer momento, se analizará el fenómeno de superposición de ordenamientos regionales y multilaterales, en la configuración del actual panorama de las relaciones económicas y el eventual estancamiento de estos procesos para conducir a la vía bilateral como salida para la promoción del desarrollo. Al final, se quiere verificar en qué estándares la tendencia actual de proliferación de los tratados en América Latina se realiza, con el objetivo de entender las consecuencias de estos cambios.

Para eso, se hace necesario entender cómo se originaron los procesos de integración en América Latina.

EL REGIONALISMO EN AMÉRICA LATINA

El regionalismo, como proceso de formación de bloques económicos entre los Estados, tuvo una mayor difusión a partir del fin de la Segunda Guerra Mundial.¹ En este período, la pionera en la formación de una unión de Estados fue la Unión Europea que inició su proceso en 1950, y tiene hoy el modelo más exitoso de integración regional.

A la época de la constitución de la Comunidad Europea, se entendía el regionalismo como un modelo de integración, basado únicamente en la apertura económica y promoción del principio de la no discriminación. Hoy se habla de un nuevo regio-

1. Jamile B. Diz Mata, "La formación de acuerdos regionales y el papel de la OMC: breves consideraciones", en Luiz Otávio Pimentel, coord., *Direito Internacional e da Integração*, Florianópolis, Fundação Boiteux, 2003, p. 76, dice que la regionalización de los estados ha conocido un gran avance en la sociedad internacional después de la Segunda Guerra Mundial, sin embargo los enlaces entre países no es un fenómeno nuevo ni desconocido en la sociedad. Sobre esto, Paulo Roberto de Almeida, 1999, p. 273, acrecienta la experiencia pionera de *Zollverein*, en 1870 –la primera unión aduanera de Alemania antes de la unificación; un proyecto de un *customs union* (unión aduanera) desde Alaska hasta Tierra del Fuego, de 1899, hecha en la Primera Conferencia Americana; y, la experiencia de la *imperial preference* (preferencia comunitaria del mundo colonial británico) establecida en el marco de la conferencia de Toronto de la *Commonwealth*, en 1932–.

nalismo (el regionalismo abierto²) que además de las funciones que tenía anteriormente, también actúa como mecanismo de defensa frente eventuales presiones proteccionistas hechas por mercados extra-regionales.³

La existencia de intereses y valores comunes, la simetría económico-social y político-institucional, la complementariedad y consistencia de los valores e intereses compartidos, y el apoyo y el compromiso de cada Estado nacional a la asociación supranacional, son algunos de los requisitos necesarios para la formación de integraciones regionales.⁴

Después de la Segunda Guerra, América Latina adoptó un posicionamiento marginal en el escenario internacional, principalmente respecto a los más importantes flujos de productos materiales y bienes inmateriales (tecnología, capitales, *know-how*). De acuerdo con Paulo Roberto de Almeida eso ocurrió en virtud, sobre todo, de las opciones tomadas por América Latina en general en materia de políticas económicas desarrollistas, cuando se eligió el modelo sustitutivo de industrialización, por el cual la mayor parte de los países latinoamericanos han ido a un cierto cambio en las posiciones del mercado mundial.

LA FORMACIÓN DE LOS BLOQUES ECONÓMICOS EN AMÉRICA LATINA

Entre los proyectos de integración latinoamericana, el más antiguo tuvo inicio en 18 de febrero de 1960, cuando se creó la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC). Este bloque económico tenía por objetivo central la configuración de un área de libre comercio que contaba entre sus miembros a: Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Chile, Ecuador, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela.

La ALALC fue muy festejada, sin embargo, no llegó a ser implementada. Más tarde, en 1980, sus miembros decidieron relanzar el proyecto de integración sur americana, y del esfuerzo común nació la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI), que tenía por objetivo crear un mercado común latinoamericano.⁵ El

2. Terminología utilizada por la CEPAL. Significa un sistema de regionalismo que intenta conciliar el intercambio de preferencias arancelarias y otras ventajas exclusivas en bases geográficas adscritas con principios multilaterales y no discriminatorios del sistema administrado por el GATT/OMC (Almeida, 1999, p. 273).

3. Jamile B. Diz Mata, "La formación de acuerdos regionales y el papel de la OMC; Breves consideraciones", p. 76.

4. *Ibid.*, p. 77.

5. La ALADI entró en vigor en 12 de agosto de 1980. Tiene como base jurídica el art. 2, "c" de la cláusula de habi-

Tratado de Montevideo de 1980 reguló expresamente el paso de la ALALC a la ALADI.⁶

La ALADI, entre otras atribuciones, ha incorporado las bases de negociaciones comerciales de la ALAC y permitió la negociación de nuevos instrumentos de apertura arancelaria, como los acuerdos de complementación económica (ACE), que permiten a los Miembros de la ALADI profundizar, bilateralmente, sus vínculos comerciales.⁷

En el ámbito de la ALADI se han formado dos importantes zonas preferenciales plurilaterales: la Comunidad Andina y el MERCOSUR.

El Grupo Andino (hoy, Comunidad Andina o Pacto Andino), formado por acuerdo firmado en 16 de mayo de 1969 y reformado en Comunidad Andina (CAN) por el Protocolo de Quito de 12 de mayo de 1987, se configura hoy en una unión aduanera que tiene como integrantes Bolivia, Ecuador, Perú y Venezuela.

El Acuerdo de Cartagena,⁸ que estableció el Grupo Andino en 1969, definió un modelo de integración supranacional, con normas de aplicación directa y con un Tribunal con poderes para sancionar los incumplimientos de la normativa comunitaria. Tiene el objetivo de hacer restricciones a la entrada de capital extranjero, a base de estudios de la Comisión Económica para América Latina (CEPAL), órgano de la ONU.

Al lado de la Comunidad Andina y en el marco de la ALADI se celebró el 26 de marzo de 1991 el Tratado de Asunción,⁹ que ha dado vida al MERCOSUR.

El MERCOSUR cuenta actualmente con Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay como sus miembros plenos y, según su tratado constitutivo, tiene por objetivo la integración de los miembros por medio de la libre circulación de bienes, servicios y factores de producción, con el posterior establecimiento de una Tarifa Externa Común (TEC) y, en último grado, con la adopción de una Política Comercial Común.

litación del GATT. Trátase de una zona preferencial regional y marco para la celebración de zonas subregionales y otros acuerdos preferenciales.

6. Susana Zalduendo de Cazar, "Las reglas multilaterales de comercio y las de los acuerdos regionales de integración ¿oposición o coexistencia de ordenamientos?", en *Temas de derecho industrial y de la competencia. Derecho del comercio internacional, acuerdos regionales y OMC*, vol. 6, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 2004, p. 147.
7. Isabel Garzón, "Algumas reflexões sobre a UNASUL In Pontes: entre o comércio e o desenvolvimento sustentável", vol. 3, 2007, p. 20.
8. Acuerdo subregional de integración económica, suscrito en octubre de 1969 por Bolivia, Colombia, Chile, Perú, Ecuador, y declarado compatible con el Tratado de Montevideo y sus instrumentos jurídicos. Venezuela se adhirió el 13 de febrero de 1973 y Chile denunció el Tratado el 30 de octubre de 1976.
9. El Tratado entró en vigor el 9 de noviembre de 1991.

En el 2001 la Comunidad Andina (CAN) y el MERCOSUR establecieron un Dialogo Político y de Concertación con la intención de trabajar en una asociación estratégica entre bloques, aproximando los mecanismos de cooperación política y diplomática, y buscando mejorar la inserción de toda la región en el mercado mundial.

Para demostrar la intención de configurar una asociación estratégica, varios Acuerdos de Complementación Económica (ACE) fueron firmados entre países de la Comunidad Andina y del MERCOSUR,¹⁰ lanzándose las bases de las relaciones comerciales sobre las cuales se está delineando la Unión de Naciones Sur Americanas (UNASUR), hoy en fase de creciente desgravación arancelaria.

Como consecuencia de las negociaciones y de los diálogos políticos entre los bloques, los miembros de la CAN y del MERCOSUR adquirirán todos el *status* de miembros asociados, de manera que los países que la componen que son miembros de la CAN, son también miembros asociados del MERCOSUR, como los que son miembros del MERCOSUR son miembros asociados de la CAN.

Analizándose los acuerdos preferenciales en América Central –fuera del ámbito de la ALADI– el acuerdo más importante es el *Caribbean Free Trade Asociación* (CARIFTA), firmado el 15 de diciembre de 1975 por Antigua, Barbados, Guyana y Trinidad y Tobago, en el que se buscaba la liberalización del comercio regional entre estos países y fue sustituido en 14 de julio de 1973 por el *Caribbean Common Market*, el CARICOM.¹¹

El CARICOM es hoy una unión aduanera y económica configurada bajo la base jurídica del artículo XXIV del GATT, y tiene como miembros: Antigua y Barbuda, Bahamas, Barbados, Belice, Dominica, Granada, Guyana, Jamaica, Montserrat, Santa Lucía, San Cristóvan e Névis, Surinam, Trinidad y Tobago.¹²

Otro acuerdo creado para la liberalización de flujos comerciales que engloba un país de América Latina y dos países desarrollados es el *North Free Trade Agreement*

10. Se firmaron algunos ACE, entre ellos: i) ACE No. 36, entre Bolivia y el MERCOSUR; ii) ACE No. 59, firmado por Colombia, Ecuador y Venezuela, por un lado, y MERCOSUR, por otro; iii) ACE No. 58, entre Perú y el MERCOSUR (Isabel Garzón, “Algunas reflexões sobre a UNASUL In Pontes: entre o comércio e o desenvolvimento sustentável”, p. 20).

11. El CARICOM tiene una población de 14,6 millones de habitantes, un PIB de US \$ 28,1 billones, exportaciones en torno de US \$ 12,6 billones e importaciones de aproximadamente US \$ 15,9 billones. Representa 0,25% del total de los bloques económicos que negocian la formación del ALCA (Área de Libre Comercio de las Américas), idealizada por los EE.UU. en 1994.

12. La Asociación de Libre Comercio del Caribe (*Caribbean Free Trade Association*) fue sucedida por la Comunidad del Caribe (*Caribbean Community*) cuando se adhirieron a la segunda los socios de la primera, en un proceso llamado *fade out* (Waldemar Hummer; Diezmar Prager, *GATT, ALADI y NAFTA: pertinencia simultánea a diferentes sistemas de integración*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1998, pp. 68-73).

(NAFTA),¹³ firmado el 1 de enero de 1994 por México, EE.UU. y Canadá. El NAFTA tiene el objetivo de alcanzar una zona de libre comercio y de preferencias arancelarias. Para eso, el bloque aplica normas de Derecho internacional general, con especificaciones de decisiones del propio acuerdo constitutivo.

PERTENENCIA A VARIOS BLOQUES

Conforme fue mencionado anteriormente, estos acuerdos regionales firmados coexisten con acuerdos a nivel multilateral y bilateral, resultando en una superposición de ordenamientos jurídicos respecto a las mismas materias.

Este fenómeno es bien claro de percibir a partir de la década de 1980, cuando ocurrió una rápida multiplicación de acuerdos de integración económica, además de las disciplinas establecidas a partir de 1994 con el sistema GATT/OMC,¹⁴ haciendo, así, que muchos de sus 151 miembros participaran de más de un acuerdo de integración.

En este sentido, esta participación simultánea en varios acuerdos crea un enmarañado de relaciones comerciales entrecruzadas, conocida como *spaghetti bowl*,¹⁵ en razón de la confusa y difícil administración de estas relaciones y de sus ordenamientos jurídicos.¹⁶

Para este conglomerado de relaciones el término *hub and spokes* es el que mejor ilustra la situación, en la medida que un país (*hub*) está vinculado, a través de acuerdos preferenciales, a varios países (*spokes*). Sin embargo, a pesar de un país (*hub*) estar conectado a cada país (*spokes*), estos no están vinculados convencionalmente entre sí. Esta terminología desarrollada por los canadienses Lipsey, Kowalczyk e Wonnacott en los años 1990, hasta hoy continúa representando bien esta superposición de acuerdos.¹⁷

Esta teoría tiene especial importancia en América Latina, pues, de acuerdo con Hummer y Praeger, en ningún otro continente del mundo existen tantas zonas de inte-

13. La traducción de NAFTA es Tratado de Libre Comercio de la América del Norte (TLCAN).

14. Susana Zaldueño de Cazar, "Las reglas multilaterales de comercio y las de los acuerdos regionales de integración ¿oposición o coexistencia de ordenamientos?", p. 145.

15. Denominación atribuida al economista Jagdish Bhagwati.

16. De acuerdo con datos de la OMC, a partir del inicio de la década de 1990, y en particular después de la creación de la OMC en 1995, obsérvase un aumento de acuerdos regionales y bilaterales de comercio. A base de los datos de la organización, más de 265 acuerdos fueron notificados hasta mayo de 2003, estimándose que hasta 2005, el número de notificaciones se puede aproximar a 300 (WTO, 2007).

17. Waldemar Hummer; Diezmar Praeger, *GATT, ALADI y NAFTA: pertinencia simultánea a diferentes sistemas de integración*, p. 26.

gración regionales y subregionales como en América Latina y el Caribe.¹⁸ Las varias zonas preferenciales que se crearon en este continente, desde la ALAC en 1960, solamente fueron posibles en virtud del artículo XXIV del GATT/1947,¹⁹ y más tarde por la Cláusula de Habilitación.²⁰

Tomando el ejemplo latinoamericano de la ALADI, esta alberga, además de los acuerdos del MERCOSUR y de la Comunidad Andina, una serie de acuerdos preferenciales y de asociación entre sus miembros. Además de estos, no se puede olvidar que son también todos miembros de la OMC.

De esta forma, en la ALADI ocurre hoy un fenómeno llamado de subregionalismo, de manera que participan simultáneamente dos o más Estados de dos o más zonas preferenciales, haciendo que el ordenamiento jurídico de la ALADI contenga todos los demás ordenamientos –en este caso el de MERCOSUR y de la Comunidad Andina son los más significativos–, propiciando a su convergencia final un mismo grado de integración y consecuente formación de un espacio económico común.²¹

Por otro lado, desde 1995, se observa que el fenómeno subregional no alberga solamente acuerdos del tamaño del MERCOSUR o de la Comunidad Andina, sino que abarca también acuerdos de asociación entre estos tipos de organización con países individualmente considerados. De acuerdo con Hummer y Praeger, este fenómeno se originó a partir del gran desarrollo del sistema del MERCOSUR, que pasó a llamar la atención de toda América Latina como una buena opción de asociación para los demás países no miembros dentro de la región.

No obstante, no siempre estos bloques económicos latinoamericanos guardan la armonía entre sus compañeros comerciales.

18. *Ibid.*, p. 65.

19. El art. XXIV Del GATT establece una excepción a la cláusula de la Nación más Favorecida (NMF), teniendo como fundamento la formación de Zonas de Libre Comercio (ZLC) y Uniones Aduaneras (UA).

20. En 1979 las partes contratantes del GATT instituyeron la Cláusula de Habilitación (o *Enabling Clause*) para que los países en desarrollo pudiesen celebrar acuerdos regionales o multilaterales para la reducción o eliminación de barreras arancelarias y no arancelarias entre sí, como para tratamiento preferencial y más favorable por parte de los países desarrollados.

21. Los autores advierten que la constitución de una regional podrá implicar la modificación del ordenamiento jurídico de la zona preferencial regional (caso en que se aplicaría el art. 41:1 de la Convención de Viena de 1969) o estar prevista como mecanismo dentro de este mismo ordenamiento, como un mecanismo destinado a producir y colaborar con la realización a nivel regional (Waldemar Hummer; Diezmar Praeger, *GATT, ALADI y NAFTA: pertinencia simultánea a diferentes sistemas de integración*, p. 74).

INESTABILIDADES INTRABLOQUES EN AMÉRICA LATINA

La participación en un bloque económico puede ser (como muchas veces es) muy ventajosa para los países integrantes del bloque, ya que existen intereses comunes de todos los países contratantes, significativas reducciones arancelarias y de barreras no arancelarias (como las trabas burocráticas), configurándose una actuación en grupo, mucho más fuerte frente al sistema multilateral de comercio.

Con todo, existen también muchos problemas y limitaciones de comercio, establecidas por el grupo con relaciones que no son parte del bloque económico. Eso puede ser muy desventajoso, principalmente para los países con una economía poco significativa, como ideológicamente contraria al gobierno de los países que pertenecen al bloque.

Para traer algunos ejemplos de inconsistencias de los acuerdos regionales frente a la proliferación de acuerdos bilaterales de miembros de bloques regionales en América Latina, sobre todo con los EE.UU., se analizarán las negociaciones extra MERCOSUR, entre Uruguay y los EE.UU.

Son conocidas las reclamaciones frecuentes por parte de Uruguay y Paraguay de que sus opiniones no fueron tomadas en cuenta en las principales decisiones del bloque. Especialmente Uruguay reclama constantemente de las trabas burocráticas impuestas por Brasil, que impiden que sus productos lleguen al mercado brasilero, lo que ha llevado al país a acumular, en los últimos tres años, un déficit en el comercio con Brasil.

En la búsqueda de una mejor oportunidad para la economía interna del país, el Uruguay firmó el 25 de enero de 2007, un Acuerdo Marco de Comercio e Inversiones (TIFA)²² con los EE.UU., dejando abierta la posibilidad de negociar un Acuerdo de Libre Comercio en el futuro.

Lo que ocurre es que existe la posibilidad de que Uruguay firme efectivamente un TLC con los EE.UU., contrariando la prohibición del Tratado de Asunción. La firma de un TLC fuera de la zona y la simultánea pertenencia al esquema de unión aduanera y arancelaria externa común que tiene hoy el bloque, viene ocasionando mucho malestar a los gobernantes de los otros tres países miembros efectivos del grupo, pues tal hecho puede debilitar significativamente al bloque, que ya posee inestabilidades en la ejecución de su propia unión aduanera.²³

22. Del inglés, *Trade and Investment Framework Agreement*. El TIFA, por sí, es nada más que un acuerdo de cooperación comercial y de inversiones.

23. Además de eso, antes de firmar el TIFA, el Uruguay ya había ratificado en 1 de noviembre de 2006 un acuerdo

Otro ejemplo más significativo de país que viene fomentando progresivamente la firma de TLC con los EE.UU. es Chile.²⁴ El caso del Chile es menos complicado porque el país no pertenece a ningún acuerdo subregional como miembro efectivo, sino solamente a la OMC y al sistema de la ALADI, el que confiere a Chile una mayor movilidad para la firma de acuerdos bilaterales, permitidos tanto por el Tratado de Marrakech como por el Tratado de Montevideo, desde que se observó la cláusula de nación más favorecida prevista en ambos tratados (art. I del GATT y art. 18 del Tratado de Montevideo).²⁵

En la búsqueda de mejores condiciones y mayor inserción para sus economías en el mercado mundial, todavía es importante destacar el gran acuerdo celebrado entre América Central y los EE.UU., que en 28 de mayo de 2004 culminó en la firma del CAFTA –*Central America Free Trade Agreement*–. La previsión es que este acuerdo elimine aranceles y otras barreras al comercio, y aumente las oportunidades regionales para trabajadores, consumidores, agricultores y prestadores de servicios de todos los países.²⁶

No obstante, acuerdos celebrados por estos países no se limitan al plan regional, insertándose en un escenario todavía más amplio: el sistema multilateral de comercio.

LA PARTICIPACIÓN DE AMÉRICA LATINA EN EL SISTEMA MULTILATERAL DE COMERCIO

Al final de la Segunda Guerra Mundial, había un consenso de los países vencedores sobre la necesidad de creación de instrumentos que garantizaran la paz mundial. Especialmente los EE.UU. defendían una posición de que la paz mundial requeriría una coordinación de intereses económicos²⁷ y cooperación financiera internacional.

bilateral de inversiones con los EE.UU., dando indicios de que las relaciones comerciales y de inversiones con aquél país se aproximaban desde hacía algún tiempo.

24. Este acuerdo envuelve productos agrícolas, industriales y otros productos no agrícolas y servicios. Informaciones ofrecidas por la página web oficial del despacho norteamericano *United States Trade Representative* (USTR, 2007).

25. Es importante observar que Chile firmó, el 27 de junio de 1996, un acuerdo para la constitución de una zona de libre comercio con el MERCOSUR. Este acuerdo entró en vigor el 2 de octubre del mismo año y fue instrumentalizado por un Acuerdo de Complementación Económica (ACE), que es un mecanismo permitido por el art. 4 del Tratado de Montevideo (Waldemar Hummer; Diezmar Prager, *GATT, ALADI y NAFTA: pertinencia simultánea a diferentes sistemas de integración*, p. 83).

26. USTR, 2007.

27. Estos intereses estaban en el centro de la atención de la Conferencia de Bretton Woods en 1944, que creó el Fondo Monetario Internacional (FMI) y el Banco Internacional de Reconstrucción y Desarrollo (BIRD), más

Igualmente, con la política proteccionista después de la guerra, además de la creación del FMI y del BM, fue establecida en Bretton Woods la Organización Internacional del Comercio (OIC) que, la verdad, nunca ha funcionado.²⁸

No obstante, nació el Acuerdo General de Tarifas y Comercio en 1947 –GATT– que, aprovechando disposiciones para la creación de la OIC, propugna desarrollar el total uso de recursos del mundo y expandir la producción y el cambio de bienes,²⁹ además de “promover un comercio más ‘libre y más justo’, mediante reducción de aranceles, eliminación de barreras no arancelarias, abolición de prácticas de competencia desleal, aplicación y control de los acuerdos comerciales y arbitraje de los contenciosos comerciales”.³⁰

La consecuente evolución de este sistema y las rondas de negociaciones multilaterales influirán en la institucionalización de estos acuerdos por medio de la creación de la OMC en 1994.³¹ Conforme ya se dijo, este sistema tiene vigor simultáneamente a una serie de acuerdos comerciales regionales,³² cuya relación con la OMC no es necesariamente de antagonismo, sino de complementariedad.

conocido como Banco Mundial (BM), con el objetivo de asegurar la estabilidad financiera internacional, restringiéndose la especulación monetaria.

28. A pesar del esfuerzo activo en las negociaciones de la OIC, el congreso de los EE.UU. no ratificó las negociaciones de la Conferencia, lo que resultó en la no creación de la organización. Lo que se hizo fue entonces, aprovechar algunos de los principios establecidos en la Carta de la Habana para intentar elaborar un tratado que regulara los cambios comerciales, sin una estructura institucional fija.
29. Bernard Hoekman; Michel Kostecki, “The political Economy of the World Trade System: The WTO and Beyond”, New York, Oxford University Press, 2001, p. 37.
30. Kjeld Jakobsen, *Comércio internacional e desenvolvimento: do GATT à OMC*, São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2005, p. 32.
31. En abril de 1994 concluyó la Ronda Uruguay –que empezó en 1986– en la Conferencia de Marrakech. La Ronda Uruguay fue muy importante para el comercio internacional, teniendo como principales resultados, de acuerdo con Jacobsen: i) una reducción arancelaria de bienes industriales; ii) el Acuerdo respecto a Comercio de Servicios (GATS), que se constituyó con una variedad de principios y reglas para liberalizar este sector; iii) el Acuerdo sobre Medidas de Inversiones relacionadas al comercio (TRIM) que eliminó reglamentaciones que restringían o desviaban el comercio en lo que se refiere a inversiones –sobre todo la regla del tratamiento nacional o de restricciones cuantitativas–; iv) el Acuerdo sobre Derechos de Propiedad Intelectual (TRIP) transfirió de la OMPI al GATT todo el control de las reglas previamente definidas sobre propiedad industrial, derechos de autor y protección de circuitos integrados; v) el Acuerdo sobre Textiles y Vestuario previó eliminar los contingentes de exportaciones de textiles apoyados en el Acuerdo Multifibras en el plazo de diez años, a partir de 1995; vi) se decidió la creación de la OMC, que incorporaría todos los principios y disciplinas del GATT, que entraría en vigor a partir de enero de 1995, creando la institución permanente prevista en el ámbito del sistema Bretton Woods después de la Segunda Guerra Mundial; vii) el Sistema de Solución de Diferendos reformulado para ser aplicado por la OMC con mayor eficacia.
32. Regionalismo, en las palabras de Alan Winters, puede ser definido como cualquier política diseñada para reducir barreras arancelarias entre un grupo de países, no importando si estos países son vecinos o están geográficamente cerca unos de los otros (Alan Winters, “Regionalism vs. Multilateralism”, World Bank, Policy Research Working paper 1687, november, 1996, p. 7. Disponible en: www.worldbank.org, consultado en 07 sep. 2007). A

Llama la atención el hecho de que desde 1960, o sea, menos de 12 años de la entrada en vigor del GATT³³ y, por lo tanto, en el principio de las negociaciones multilaterales, América Latina ya estaba negociando paralelamente su proyecto de integración con la creación de la ALALC, seguida por el Grupo Andino en 1969. Tal hecho deja claro que, junto al sistema multilateral, existente a partir del final de la Segunda Guerra Mundial, se fueron formando grupos regionales en América Latina que podían presentar riesgo al sistema multilateral de comercio.

Esta preocupación es importante ya que las negociaciones intrabloques pueden cambiar los rumbos de las negociaciones y la manera cómo los bloques regionales responden al sistema económico mundial. Por otro lado el regionalismo, al permitir una fuerte internalización de los beneficios de la liberalización económica, parece facilitar un comercio más libre, inclusive en el ámbito multilateral.³⁴

A pesar de que el regionalismo tiene momentos de dificultades en la tarea de integrar económicamente a sus pares, se puede afirmar que los Estados no intentan abandonar la adopción de este modelo de acuerdos preferenciales, pues su validez, inclusive, continúa vigente en el sistema multilateral de comercio mediante la aplicación del art. XXIV del GATT.

LA INTEGRACIÓN DE LOS BLOQUES ECONÓMICOS LATINOAMERICANOS AL SISTEMA MULTILATERAL: EL ARTÍCULO XXIV DEL GATT

El regionalismo económico es defendido por la OMC, ya que a través de la excepción a la cláusula de la nación más favorecida los países se pueden asociar en espacios económicos integrados, con la finalidad de conseguir ventajas económicas y comerciales recíprocas, sin tener la necesidad de ofrecer o conceder estas ventajas a países que no sean parte del mismo bloque.

Esta excepción está establecida por el art. XXIV del GATT, que autoriza la celebración de zonas de libre comercio y uniones aduaneras, exceptuando el tratamiento preferencial que entre sí mismo se otorga a los miembros de esta zona de multilateralización, impuesta por el art. I del GATT (cláusula de la nación más favorecida). En otras palabras, sin excepción, la desgravación arancelaria resultado de la consti-

su vez, el multilateralismo es una característica del sistema económico mundial, en el que se observa el comportamiento individual de los países (y no en grupo, como en el regionalismo) en el ámbito mundial, regulado por la OMC.

33. El GATT entró en vigor en 1948.

34. Alan Winters, "Regionalism vs. Multilateralism", p. 2.

tución de una unión aduanera o zona de libre comercio debe ser extendida a todos los miembros de la OMC, en virtud del art. I del GATT.³⁵

Para tener una idea de su utilización, hasta diciembre de 2002 se tenían notificado al GATT/OMC aproximadamente 250 acuerdos comerciales regionales. Actualmente, se calcula que opere, o esté en proceso de negociación, un número aproximado de 300 acuerdos comerciales regionales.³⁶

En este contexto, América Latina fue una de las regiones pioneras en materia de integración y continúa siendo protagonista de algunas de las principales iniciativas registradas a escala internacional, que va desde acuerdos subregionales (MERCOSUR, CAN, CARICOM) y regionales (ALADI), hasta iniciativas de involucrar todo el continente (ALCA).

La evaluación de los efectos de estos acuerdos sobre el sistema multilateral de comercio varía dependiendo del contenido y de los países involucrados. Por lo tanto, es todavía una cuestión actual en los debates sobre el tema la de saber si tales acuerdos fortalecen el multilateralismo, promoviendo una liberalización de comercio más profunda entre las partes, o lo debilitan en razón de la creación de barreras más restrictivas a los no participantes.

Es importante llamar la atención también, sobre el hecho de que la creciente negociación de acuerdos subregionales y bilaterales se debe al hecho de que el sistema multilateral posee todavía enormes desigualdades y pequeñas perspectivas de ventajas cuantitativas para países en desarrollo en la actual Ronda del Desarrollo (de US \$ 16 hasta US \$ 90 billones en 2015).³⁷ Además de eso, la insistencia de los países desarrollados (sobre todo los EE.UU. y la Unión Europea) en mantener barreras de acceso a sus mercados agrícolas, subsidios a sus exportaciones y medidas de ayuda interna, han creado una fuerte insatisfacción de los países en desarrollo, liderados especialmente por el Brasil y la India en la actual Ronda Doha.³⁸ Todo este escenario ha estimulado las negociaciones subregionales y bilaterales en América Latina, y ejemplo de los acuerdos comentados en el próximo ítem.

35. Waldemar Hummer; Diezmar Prager, *GATT, ALADI y NAFTA: pertinencia simultánea a diferentes sistemas de integración*, p. 92.

36. WTO, 2007.

37. World Bank, 2007.

38. La Ronda Doha, también llamada la Ronda del Desarrollo, se inició en 2001, y tiene una ambiciosa agenda para el desarrollo a escala mundial (WTO, 2007).

LA PROLIFERACIÓN DE TRATADOS DE LIBRE COMERCIO (TLC) EN AMÉRICA LATINA

Con los problemas planteados en el ámbito de acuerdos regionales y multilaterales,³⁹ la búsqueda por la firma de tratados bilaterales de comercio es una eficiente salida⁴⁰ para la profundización comercial,⁴¹ especialmente para los países en desarrollo, como es el caso de la gran mayoría de América Latina.

El intento fracasado de reglamentar los temas de inversiones en la Ronda Doha y sus pocos progresos, también motivan la firma de estos acuerdos con un pequeño número de países.⁴²

No obstante, lo amplio del ámbito de los asuntos que estos tratados abarcan, los de mayor importancia son los que contienen provisiones sobre comercio (TLC), inversiones (BIT) y propiedad intelectual (TRIP *plus*).⁴³

Así, a continuación se demostrará qué tipos de compromisos han asumido los países de América Latina en los acuerdos preferenciales, para promoción de su desarrollo.

39. Matsushita resalta la importancia de los TLC para la superación de incertidumbres negociables en el ámbito regional y multilateral. La reducción de países negociantes, por varias razones, facilita el éxito de los acuerdos. Además, una serie de firmas de tratados puede pavimentar el camino para el éxito de una negociación en un ámbito subjetivo mucho mayor. (Mitsuo Matsushita, "Governance of International Trade under World Trade Organization Agreements: Relationships between World Trade Organization Agreements and Other Trade Agreements", en *Journal of World Trade*, abril, 2004, p. 193).

40. Es importante tener en cuenta que esta "ventaja" está muy vinculada al contenido de las reglas firmadas. Para Hoekman, en teoría, la cooperación internacional ayuda a los países a aumentar su comercio y su credibilidad para la atracción de inversiones. Por otra parte, las reglas no benefician a todos los que firman. En otras palabras, la estrategia americana, *e.g.*, es una oferta parcial de largo acceso a mercados de este país, a cambio de algunas reglas que puedan o no beneficiar a los países en desarrollo contratantes. (Bernard Hoekman; Michel Kosteci, *The political Economy of the World Trade System: The WTO and Beyond*, p. 950).

41. Bajo los miembros de la OMC, hasta hace poco tiempo, Corea y Japón eran los únicos países que no tenían firmado un TLC o acuerdo regional. Por otro lado, esto ha cambiado rápidamente y Japón ha firmado un tratado de libre comercio con Singapur y las tratativas para la firma de un TLC entre Corea y Japón han avanzado. (Mitsuo Matsushita, "Governance of International Trade under World Trade Organization Agreements: Relationships between World Trade Organization Agreements and Other Trade Agreements", p. 192).

42. Yong-Shik Lee, "Foreign Direct Investment and Regional Trade Liberalization. A viable answer for economic development?", en *Journal of World Trade*, ago. 2005, p. 702.

43. Por cuestiones de metodología, en este artículo se clasifican los TLCs de acuerdo con su contenido preponderante, o sea: TLC/FTA –Tratado de Libre Comercio o *Free Trade Agreement*– (contempla solamente cuestiones de acceso a mercados y liberalización de servicios); TBI/BIT –Tratado Bilateral de Inversión o *Bilateral Investment Treaty*– (inversiones *stricto sensu*); y, TLC sobre derechos de la Propiedad Intelectual.

TRATADOS DE LIBRE COMERCIO EN AMÉRICA LATINA (TLC *STRICTO SENSU*)

Para los países de América Latina, la ausencia de consenso en el sistema multilateral de comercio y las incertidumbres de los procesos regionales de integración llevan a estos países al sueño de firmar un TLC con potencias que tengan grandes mercados como los EE.UU. Sin embargo, el deseo no es simple como parece, pues, no es siempre seguro que la firma de tratados de libre comercio entre países en desarrollo y potencias económicas se constituya en un mecanismo seguro de negociación. En otras palabras, es muy probable que el TLC no tenga equilibrio en sus reglas,⁴⁴ teniendo en cuenta que el poder de negociación entre solamente dos miembros es mucho más limitado que entre bloques o grupos.

Históricamente, este proceso de firma de tratados bilaterales entre países desarrollados (PD) y países en desarrollo (PED) se inició en América Latina en los años 90, cuando México ratificó un acuerdo preferencial con EE.UU.⁴⁵ En la misma época, otros países como Chile, Argentina, Paraguay, Uruguay, Brasil, formalmente o informalmente se aproximaron a EE.UU. y empezaron tratativas sobre acuerdos de libre comercio, en la búsqueda de liberalizar servicios de seguros, consultoría financiera, servicios de telecomunicaciones, especialmente, en la modalidad de presencia comercial.⁴⁶

En este sentido, el interés del presidente Bush en la época llevó, en 1991, a firmar con 26 países los llamados “*framework agreements*”, es decir, acuerdos que conmiaban a los países en desarrollo a la realización de concesiones unilaterales en materia de inversiones y comercio en las relaciones económicas con los EE.UU., a cambio de una aproximación a su mercado.⁴⁷

44. Es notorio que el punto de vista de un país desarrollado se contrapone al de un país en desarrollo. Para Lee, en la perspectiva de facilitación industrial, el libre comercio entre países desarrollados y en desarrollo puede facilitar la instalación de industrias de manufacturas en estos países, mas en la medida en que las reglas del TLC van a buscar la eliminación de barreras comerciales, también van a reducir la habilidad de los países en desarrollo de ofrecer protección comercial para sus industrias. (Yong-Shik Lee, “Foreign Direct Investment and Regional Trade Liberalization. A viable answer for economic development?”, en *Journal of World Trade*, ago. 2005, p. 707).

45. El primer tratado de libre comercio firmado entre la potencia americana y la nación mexicana en los años 90 tuvo un “efecto dominó” en el resto de América. (TLCAN/NAFTA) (Richard Baldwin, *A domino theory of regionalism*, NBER working paper series, National Bureau of Economic Research, disponible en: www.repec.org, 1993, pp. 2-3. Consultado en 13 sep. 2007.).

46. Bernard Hoekman; Michel Kostecky, *The political Economy of the World Trade System: The WTO and Beyond*, p. 955.

47. Richard Baldwin, *A domino theory of regionalism*, p. 3.

A pesar de esta búsqueda incesante para la firma de un acuerdo bilateral con los EE.UU. que contagi3 a los latinoamericanos, estos pa3ses vecinos deb3an mirar los perjuicios asumidos a largo plazo. De hecho, a excepci3n de Brasil y M3xico, la mayor3a de los pa3ses de Latinoam3rica pueden ganar menos con los TLC firmados que lo que EE.UU. puede ganar con estos pa3ses. No se olvide el hecho de que el incentivo para firmar TLC con EE.UU. puede atraer inversiones. Lo que se acent3a es que la firma del acuerdo ciertamente puede traer graves restricciones comerciales para los pa3ses en desarrollo. Una mejor salida para los pa3ses latinoamericanos es la reducci3n de sus barreras entre ellos mismos, pues, as3, tendr3an, a largo plazo, grandes beneficios en sus exportaciones.⁴⁸

Sin el prop3sito de agotar esta idea, vale destacar tambi3n que estos tratados de libre comercio no contienen solamente obligaciones sobre acceso a mercados, tambi3n contemplan cuestiones sobre derechos de propiedad intelectual e inversiones abordados en seguida.

TRATADOS BILATERALES DE INVERSIONES EN AM3RICA LATINA (TBI/BIT)

A diferencia del comercio que ha logrado una disciplina en el 3mbito multilateral, la tentativa de la OCDE de establecer un acuerdo multilateral sobre inversiones⁴⁹ fue un fracaso.⁵⁰ Igualmente, el acuerdo sobre inversiones firmado como resultado de la Ronda Uruguay (Acuerdo TRIM) para reglamentar las medidas gubernamentales que afectan el comercio fue infructuosa, pues la extensi3n de dicho acuerdo es muy limitada, contemplando solamente reglas generales.

Frente a la ausencia de un r3gimen reglamentario general para las inversiones, los pa3ses pasaron a firmar acuerdos bilaterales de inversiones (BIT⁵¹) que garantizan

48. Erzan, Refik; Yeats, Alexander, "Free Trade agreements with United States: What's in it for Latin America", January 1992, Policy Research working papers, International Economics Department, The World Bank, p. 01. Disponible en: <www.repec.org>. Consultado el 13 de agosto, 2007.

49. El t3rmino "inversiones extranjeras" significa la aplicaci3n de recursos (dinero o t3tulos) con la perspectiva de volver lo mismo en forma de lucro, dividendos. Esta inversi3n ser3 extranjera si estos recursos son provenientes de otro Estado como, *e.g.*, la compra de sociedades, equipamientos, instalaciones, o t3tulos financieros ubicados en un pa3s por sociedades, gobiernos o individuos de otro pa3s. (Thalis Ryan de Andrade, "Perspectivas para arbitragem em investimentos estrangeiros no Brasil", en *Estudos de Direito Internacional*, Curitiba, Juru3, 2007, p. 473).

50. La firma de un Acuerdo Multilateral de Inversiones (AMI) en 1998 no logr3 3xito por las diferencias de opiniones entre los propios pa3ses desarrollados, especialmente de Francia que entend3a que este acuerdo ten3a problemas fundamentales como el de poner los intereses privados sobre la soberan3a estatal.

51. Del ingl3s, *Bilateral Investment Treaties* (Tratados Bilaterales de Inversiones, TBI). No obstante el derecho de propiedad intelectual ser com3nmente abarcado en los t3rminos de inversi3n, caracterizando efectivamente una

seguridad jurídica y minimizasen los efectos colaterales originarios de estos aportes de capital en otros países y, en especial, garantizaran a los inversionistas de los Estados que reciben la inversión, la seguridad jurídica de los riesgos de expropiaciones por los países en desarrollo. Esta necesidad de producir mecanismos para proteger y fomentar la inversión extranjera hizo que el número de BIT proliferase rápidamente.⁵² Se calcula que hoy existen casi 3.000 BIT firmados.⁵³ Sin embargo, a igual de lo que ocurre con los TLC, la celebración de los BIT no siempre es ventajosa como puede parecer.

Una tesis para esta incertidumbre se apoya en el trabajo del Banco Mundial divulgado en 2003, donde se asevera que no fue comprobada la relación entre la firma de estos acuerdos y el desarrollo de su capacidad de atraer inversiones.⁵⁴ Además, los BIT no substituyen a instituciones nacionales frágiles, más aún si solamente complementan la atracción de inversiones en países que tengan instituciones razonablemente consistentes. Se advierte, por otro lado, la posibilidad de que, en poco tiempo, los BIT estimularán la atracción de inversiones.⁵⁵

Otro argumento es que los países latinoamericanos despojados de competitividad en el mercado internacional son incapaces de atraer inversiones,⁵⁶ y pueden acabar

tendencia de proteger la propiedad intelectual por medio de acuerdos de inversión y asegurando una potencial garantía a los inversionistas bajo el BIT, este asunto será suministrado en el tópico siguiente.

52. Del mismo modo que otros países, Brasil firmó 14 BIT –todos con países europeos– y dos protocolos regionales para protección de inversiones extranjeras (MERCOSUR), entre febrero de 1994 hasta junio de 2006. No obstante, más conservador que sus vecinos, el Congreso Nacional Brasileño todavía no ratificó ningún de estos acuerdos. (Déborah Bithiah Azevedo, *Acordos para a promoção e a proteção recíproca de investimento assinados pelo Brasil*, Consultoria Legislativa: Brasília, 2001. Disponible en: <<http://www2.camara.gov.br/internet/publicacoes/estnottec/tema3/pdf/102080.pdf>>. Consultado el 25 de mayo 2007, Azevedo, 2001, p. 3). Una de las razones para no ratificar es el desequilibrio de estos acuerdos entre países desarrollados y en desarrollo (Cfr. Fonseca, 2007).
53. Según trabajos de la UNCTAD, en 1994 habían más de 700 BIT, y al final del de 2005 ya eran 2.405. Cfr. UNCTAD, 2007.
54. En 2005, en un encuentro realizado en Río de Janeiro con especialistas sobre el tema, hubo consenso entre los participantes de que solamente los acuerdos no eran capaces de garantizar mayores flujos de inversiones extranjeras. (Francisco Goés, “CAMEX define destino de acordos bilaterais, Valor Econômico”, 18 de abr. 2005. Disponible en: <<http://clipping.planejamento.gov.br/Noticias.asp?NOTCod=189260>>. Consultado el 25 mayo de 2007.
55. Mary Hallward-Driemeier, “Do bilateral investment treaties attract FDI? Only a bit... and they could bite”, World Bank, Policy Research Working paper 3121, June 2003, p. 8. Disponible en: <www.worldbank.org>. Consultado en: 19 de mayo de 2007, diciembre 2003.
56. En este sentido, la política brasileña de no ratificación de tratados bilaterales en materia de inversiones, hasta el momento, no hubo mayores perjuicios, pues el país todavía sostiene una gran fuerza en el mercado internacional, capaz de garantizar inversiones sin la necesidad de celebración de acuerdos de este tipo. Siendo además, en cierta medida, líder regional (inclusive en el propio MERCOSUR), Brasil no ha ratificado el Protocolo de Colonia para promoción y protección recíproca de inversiones en este bloque (inversiones intrabloque), tampoco el Protocolo de Buenos Aires, para promoción y protección de inversiones provenientes de Estados que no

firmando un BIT más oneroso del que imaginaban. Así, los perjuicios son inevitables como, ej. La adopción de parámetros más rígidos que los firmados bajo el paraguas OMC (TRIP *plus*), las prohibiciones de requisitos de desempeño, restricciones a gestión y exportación, requisitos de transferencia de tecnología, entre otras restricciones.⁵⁷

En América Latina, son ejemplos frecuentes de esta práctica los BIT firmados por los EE.UU. con Granada, Jamaica, Argentina, Ecuador, Bolivia, Honduras, Panamá, Trinidad y Tobago, y Uruguay.⁵⁸ Además, los EE.UU. también firmarán BIT con El Salvador, Haití, Nicaragua, pero, hasta el momento, estos últimos todavía no empezaron a tener efectos.

Analizando la directriz de la Oficina de Representación Comercial de los EE.UU.,⁵⁹ esta prevé en sus acuerdos la posibilidad de llevar un eventual diferendo entre inversor y Estado beneficiario de la inversión a los tribunales internacionales especializados como lo ICSID/CIADI (Centro Internacional de Arreglo de Disputas en Inversiones), órgano del propio Banco Mundial en Washington. Esto es un efecto colateral demasiado negativo para los países en desarrollo en la medida en que no podrán agotar sus vías jurídicas internas y, tampoco, invocar sus tribunales independientes.

integran el bloque MERCOSUR. (Thalis Ryan de Andrade, "Perspectivas para arbitragem em investimentos estrangeiros no Brasil", en *Estudos de Direito Internacional*, p. 476).

57. Bernard Hoekman; Michel Kostecki, *The political Economy of the World Trade System: The WTO and Beyond*, p. 957.

58. Estos tratados fueron, respectivamente, firmados y ratificados por los EE.UU. en: 2 de mayo de 1986 y 3 de marzo de 1989 (Granada); 4 de febrero de 1994 e 7 de marzo de 1997 (Jamaica); 14 de noviembre de 1991 y 20 de octubre de 1994 (Argentina); 27 de agosto de 1993 y 11 de mayo de 1997 (Ecuador); 17 de abril de 1998 y 6 de julio de 2001 (Bolivia); 1 de julio de 1995 y 11 de julio de 2001 (Honduras); 27 de octubre de 1982 y 30 de mayo de 1991 (Panamá); 26 de septiembre de 1994 y 26 de diciembre de 1996 (Trinidad y Tobago); 4 de noviembre de 2005 y 1 de noviembre de 2006 (Uruguay). (USTR, 2007).

59. Según la Oficina Representativa de Comercio de los EE.UU. (USTR), el programa de tratados bilaterales de inversiones (BIT) de los EE.UU. tienen, básicamente, la finalidad de: 1. ayudar a proteger la inversión privada, 2. desarrollar políticas de orientación de mercado en países colaboradores; y, 3. promover las exportaciones de los EE.UU. Como principios básicos, el programa quiere proteger la inversión extranjera en países donde los derechos del inversor aún no sean protegidos por acuerdos; y fortalecer la adopción de políticas domésticas orientadas para el mercado, tratando la inversión privada de forma abierta, transparente y no discriminatoria; búsqueda también de soporte al desarrollo de parámetros de derecho internacional consistentes con esos objetivos. En este sentido, los BIT de los EE.UU. proveerán seis beneficios como: 1. tratamiento nacional a los inversores extranjeros no menos favorable que a los inversores nacionales; 2. límites claros de expropiación de inversiones que garanticen el pago de indemnización adecuada y efectiva cuando esta ocurra; 3. posibilidad de transferencia de fondos relacionados a las inversiones dentro o fuera del país beneficiario sin atraso y con uso de la tasa de mercado para la operación; 4. restricción a imposición de requisitos de desempeño, por ejemplo de limitación de cantidades de exportación como requisito para la adquisición, expansión, gestión, conducta u operación de la inversión; 5. derecho de accionista mayoritario gestionar la inversión, independientemente de su nacionalidad; 6. derecho a los inversionistas de cada parte someter un litigio en inversiones con el gobierno de la otra parte a un arbitraje internacional, sin la necesidad de utilizar los tribunales internos. (USTR, 2007).

Por fin, para tener una completa comprensión de los contenidos que están siendo negociados vía TLC en América Latina, es necesario tratar la problemática de los dictámenes de propiedad intelectual por la vía de acuerdos bilaterales.

TLC EN AMÉRICA LATINA SOBRE DICTÁMENES DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

No obstante las medidas de inversiones propiamente dichas, dependiendo de la amplitud del concepto de inversión utilizado,⁶⁰ estos tratados bilaterales pueden contener disposiciones y parámetros de protección de la propiedad intelectual⁶¹ que pueden ir más allá de los estándares de protección establecidos en la OMC,⁶² llamados, así, de TRIP *Plus*.⁶³

La inclusión de los derechos de la propiedad intelectual en los compromisos abarcados por los dictámenes bilaterales de inversiones acaba por someter un potencial compromiso para los gobiernos que los firman. Además, no solamente los derechos de propiedad intelectual van más allá de las obligaciones establecidas en TRIP, sino que también las disposiciones acerca de solución de diferendos también son más fuertes.⁶⁴

60. Como bien resalta Hoekman, estos acuerdos utilizan largas definiciones de inversiones, y no solamente la Inversión Directa Extranjera (IDE), pero también inversiones de *portfolio*, débitos privados, y cuestiones de déficit de soberanía, además de derechos de propiedad intelectual (p. 956).

61. Propiedad intelectual generalmente cae dentro del concepto de "inversión" y así es protegida contra diversas formas de intervención del Estado invertido, por medio de diversos dictámenes contenidos en los Acuerdos Internacionales de Inversiones (IIA). Los recientes acuerdos de este tipo caminan, además de su abordaje básico y generalmente contienen una de las garantías en protección de la propiedad intelectual: ellos pueden requerir la adhesión a estos acuerdos internacionales de protección a la propiedad intelectual, determinando que un mínimo parámetro de protección sea observado, o determinar la no discriminación con respecto a la protección de los derechos de propiedad intelectual (UNCTAD, 2006, p. 43).

62. El anexo 1C de la Organización Mundial del Comercio planteó en 1995 *estándares* mínimos de protección a la propiedad intelectual que deben ser observados por los 151 miembros de la organización.

63. Segundo datos de la UNCTAD, la revisión de 158 tratados preferenciales de promoción de comercio e inversiones firmados en todo el mundo, 51% de estos acuerdos contienen estándares de protección que van más allá de TRIP (TRIP *plus*); 40% reafirman las provisiones TRIP; y, solamente 9%, no contienen ninguna previsión sobre protección de derechos de propiedad intelectual. (UNCTAD, 2007, p. 5).

64. Hoekman cita el ejemplo, un gobierno de un país en desarrollo decide aplicar una licencia obligatoria para controlar los precios de los medicamentos y el titular de la patente de este producto contesta esta acción bajo los términos del TLC firmado con los EE.UU., el titular de la patente puede llevar esta reclamación para un arbitraje comercial a base de las reglas de inversiones del TLC. Este instrumento es considerado más fuerte (TRIP *plus*) en la exigencia de estos derechos de que los acuerdos entre estados firmados en el marco del TRIP. (Bernard Hoekman; Michel Kosteci, "The political Economy of the World Trade System: The WTO and Beyond", p. 956).

Ejemplos de estos tratados bilaterales, que abarcan derechos de propiedad intelectual, son representados por los acuerdos firmados y ya ratificados entre los EE.UU. y CAFTA-DR⁶⁵ y EE.UU. y Chile. Hay todavía otros acuerdos pendientes de aprobación por el Congreso Americano como los acuerdos firmados con Panamá, Colombia y Perú.⁶⁶

En el cuadro comparativo⁶⁷ que presentamos a continuación, es importante verificar el carácter de las obligaciones asumidas por los países de América Latina para la liberalización de servicios y estándares OMC más rígidos en materia de inversiones (TRIM+) y propiedad intelectual (TRIP+).

Acuerdo	Liberalización del sector de servicios	Requisitos de Desempeño	Propiedad Intelectual
EUA-Chile	Lista Negativa ^a	TRIM+	TRIP+
EUA-CAFTA	Lista Negativa	TRIM+	TRIP+
NAFTA	Lista Negativa	TRIM+	TRIP+
MERCOSUR	Lista Positiva ^b	TRIM+	No hay ^c
Comunidad Andina	Lista Positiva	TRIM+	No hay ^d
CARICOM	Lista Negativa	No hay	No hay

- a. El término “lista negativa” indica que todos los servicios están liberalizados, salvo los excepcionados por la lista.
- b. El término “lista positiva” indica que están liberalizados solamente los servicios previstos en la lista.
- c. MERCOSUR no incluye propiedad intelectual, mas prevé comités interparlamentarios para empezar el trabajo de armonización de las leyes de propiedad intelectual.
- d. La propia Comunidad Andina regula todas las patentes.

65. Del inglés, *Central America Dominican Republic Free Trade Agreement*. Abarca en América Central: Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y República Dominicana. Según Abbot, este acuerdo entre EUA y CAFTA-DR contraría la Declaración de Doha y los compromisos asumidos por sus miembros acerca de la implementación e interpretación de los acuerdos TRIP en la medida que éste permite el uso de todas las flexibilidades firmadas como promueve el acceso de todos a los medicamentos. Este TLC contraría la letra y espíritu del párrafo cuarto de la Declaración de Doha que dispone “el Acuerdo TRIP puede y debe ser interpretado e implementado de modo que respalde el derecho de los miembros de la OMC de proteger la salud pública y, en particular, el acceso a los medicamentos para todos”. (Frederick Abbott, “The Doha Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health and the Contradictory Trend in Bilateral Regional Free Trade Agreements”, Quaker United Nations Office, april, 2004, p. 12. Disponible en: <www.uno.org>. Consultado el 26 de agosto de 2007).

66. USTR, 2007.

67. Adaptado de Hoekman, 2005, p. 958.

La tabla refleja la postura fija de los EE.UU. de reducir el margen de flexibilidad de los países en desarrollo, en cuanto a la protección de la propiedad intelectual e inversiones. Asimismo, intenta liberalizar el mercado de servicios, lo cual hace a los EE.UU. altamente competitivo, reiterando así una buena ventaja en todos los términos de los acuerdos bilaterales firmados con países en desarrollo. De otro lado, lo mismo no ocurre cuando los acuerdos son firmados intrabloque económico, donde hay mayor igualdad entre los países y los intereses no coinciden con los de los americanos.

CONCLUSIONES

Conforme lo expuesto, el objetivo del presente trabajo ha sido iniciar una investigación, que aún debe continuar, acerca de la nueva geografía comercial de América Latina frente a los acuerdos celebrados con los EE.UU. Así, en un primer momento, se ha demostrado que Latinoamérica siguió la tendencia europea en el movimiento de integración y tuvo sus propios mecanismos para aproximar comercialmente a los países hermanos. Sin embargo, algunos de estos movimientos no fueron exitosos y otros se fueron extinguiendo y substituyendo como el CARIFTA y el ALALC.

Así mismo, frente a las inestabilidades intrabloque –como es el caso de MERCOSUR– los países insisten en estos mecanismos de integración regional, legitimando, inclusive, la validez de estos esquemas por medio de la invocación del artículo XXIV del GATT.

Simultáneamente a estos procesos, también se vio que había consenso entre los países para la liberalización del comercio a nivel global, por medio de rondas de negociaciones. Estas rondas culminaron en la creación de la OMC en 1994 que institucionalizó y abarcó varios acuerdos para sus 151 miembros. Bajo el paraguas OMC, la Conferencia Ministerial de Doha (2001), pretendía la reducción de las diferencias económicas entre los miembros, y entre ellos y diversos países de América Latina.

No obstante, la simultaneidad de estos dos acuerdos y la ausencia de un fin favorable a los países en desarrollo, América Latina no cierra la puerta a la búsqueda de oportunidades comerciales. De un lado, los países en desarrollo buscan mejor acceso a mercados para sus productos, firman tratados bilaterales que satisfagan sus pretensiones; de otro lado, los EE.UU. conceden “ventajas” a cambio de menor flexibilidad para los derechos de propiedad intelectual e inversiones, y una mayor apertura de estos países para la entrada de los servicios de EE.UU.

Así, frente a las incertidumbres en el ámbito regional y multilateral, hoy ocurre un cierto predominio de un tercer movimiento en las relaciones económicas interna-

cionales, o sea, la proliferación de tratados bilaterales en América Latina. Aunque estos tratados asuman diferentes contenidos y obligaciones, en general tienen compromisos más rígidos para los países en desarrollo en América Latina que las obligaciones firmadas en foros de negociación subjetivamente más amplios (como es el caso de la OMC). En otras palabras, los EE.UU. tienen una postura fija sobre los términos para la firma de estos acuerdos.⁶⁸ Por otro lado, para los países en desarrollo, puede tener un alto costo esta apertura de los sectores de servicios, o la aceptación de restricciones de sus derechos de soberanía sobre el tema de inversiones o, aun, la renuncia de derechos de licencia obligatoria de propiedad intelectual.

BIBLIOGRAFÍA

- Abbott, Frederick M., “The Doha Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health and the Contradictory Trend in Bilateral Regional Free Trade Agreements”, Quaker United Nations Office, april, 2004. Disponible en: <www.quano.org>. Consultado el 26 de agosto de 2007.
- Anderson, Kim, *On the virtues of multilateral negotiations*. The Economic Record, vol. 81, No. 255, december, 2005.
- Azevedo, Déborah Bithiah, “Acordos para a promoção e a proteção recíproca de investimento assinados pelo Brasil”, Consultoria Legislativa: Brasília, 2001. Disponible en: <<http://www2.camara.gov.br/internet/publicacoes/estnottec/tema3/pdf/102080.pdf>>. Consultado el 25 de mayo de 2007.
- Baldwin, Richard, “A domino theory of regionalism”, NBER working paper series, National Bureau of Economic Research. Disponible en: <www.repec.org>. Consultado el 13 de septiembre de 2007.
- Barral, Welber, “De Bretton Woods a Doha”, en Welber Barral, org., *O Brasil e a OMC*, Curitiba, Juruá, 2002.
- CARICOM, “Caribbean Community”. Disponible en: <<http://www.caricom.org/>>. Consultado el 27 agosto de 2007.

68. La inclusión de obligaciones relacionadas con los derechos de propiedad intelectual se convertirán en una característica común de los acuerdos regionales y de los acuerdos bilaterales por tres razones principales: 1. El creciente interés de los países desarrollados en proteger cada vez más sus tecnologías y creaciones, de quien quiere sacar provecho sin el mínimo esfuerzo; 2. la necesidad de consolidar y ampliar el acceso al mercado para los productos y servicios con un alto valor tecnológico en terceros; y 3. la idea por parte de los países desarrollados de que cualquier negociación regional o bilateral que incluya derecho de propiedad intelectual solo tiene sentido si se encaminan a niveles de protección mayores que los ya establecidos en el plano multilateral. (David Vivas-Eugui, “Acuerdos regionales y bilaterales y un mundo más allá de los ADPIC: El Acuerdo de Libre Comercio de las Américas (ALCA)”, Quaker United Nations Office, 2003. Disponible en: <www.quano.org>, p. 5. Consultado el 27 septiembre de 2007).

- CAN, Comunidad Andina. Disponible en: <<http://www.comunidadandina.org/>>. Consultado el 28 de septiembre de 2007.
- Diz Mata, Jamile B., “La formación de acuerdos regionales y el papel de la OMC: breves consideraciones”, en Luiz Otávio Pimentel, coord., *Direito Internacional e da Integração*, Florianópolis, Fundação Boiteux, 2003.
- Erzan, Refik, y Alexander Yeats, “Free Trade agreements with United States: What’s in it for Latin America”, January 1992, “Policy Research working papers, International Economics Department”, The World Bank. Disponible en: <www.repec.org>. Consultado el 13 de agosto de 2007.
- Fonseca, Karla, “Os acordos de promoção e proteção recíproca de investimentos e o equilíbrio entre o investidor estrangeiro e o Estado receptor de investimentos”, tesis de Maestría en Derecho, Centro de Ciencias Jurídicas, Universidad Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2007.
- Garzón, Isabel, “Algumas reflexões sobre a UNASUL”, in *Pontes: entre o comércio e o desenvolvimento sustentável*, vol. 3, 2007.
- Goés, Francisco, “CAMEX define destino de acordos bilaterais”, *Valor Econômico*, 18 de abril de 2005. Disponible en: <<http://clipping.planejamento.gov.br/Noticias.asp?NOTCod=189260>>. Consultado el 25 de mayo de 2007.
- Gomes, Eduardo Biacchi, “As Negociações Comerciais Multilaterais e o Regionalismo Econômico”, en Luiz Otávio Pimentel, coord., *Direito Internacional e da Integração*, Florianópolis, Fundação Boiteux, 2003.
- Hallward-Driemeier, Mary, “Do bilateral investment treaties attract FDI? Only a bit... and they could bite”, World Bank, Policy Research Working paper 3121, June 2003. Disponible en: <www.worldbank.org>. Consultado el 19 de mayo de 2007.
- Hoekman, Bernard, y Michel M. Kostecki, *The political Economy of the World Trade System: The WTO and Beyond*, New York, Oxford University Press, 2001.
- Hoekman, Bernard, y Richard Newfarmer, “Preferential Trade Agreements, Investments Disciplines and Investments Flows”, *Journal of World Trade*, oct. 2005.
- Hummer, Waldermar, y Diezmar Prager, *GATT, ALADI y NAFTA: pertinencia simultánea a diferentes sistemas de integración*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1998.
- Jakobsen, Kjeld, *Comércio internacional e desenvolvimento: do GATT à OMC*, São Paulo, Fundação Perseu Abramo, 2005.
- Lee, Yong-Shik, “Foreign Direct Investment and Regional Trade Liberalization. A viable answer for economic development?”, en *Journal of World Trade*, ago. 2005.
- Matsushita, Mitsuo, “Governance of International Trade under World Trade Organization Agreements: Relationships between World Trade Organization Agreements and Other Trade Agreements”, *Journal of World Trade*, abril, 2004.
- MERCOSUR, “Mercado Común del Sur”. Disponible en: <www.mercosur.int>. Consultado el 28 de septiembre de 2007.

- Roffe, Pedro, “Acuerdos bilaterales en un mundo ADPIC-plus: El tratado de libre comercio entre Chile y Estados Unidos de Norteamérica”, Quaker United Nations Office, 2004. Disponible en: <www.quno.org>. Consultado el 26 de septiembre de 2007.
- Ryan de Andrade, Thalís, “Perspectivas para arbitragem em investimentos estrangeiros no Brasil”, in *Estudos de Direito Internacional*, Curitiba, Juruá, 2007.
- UNCTAD, “International Investment Arrangements: trends and emerging issues”, United Nations: New York, Geneva, 2006. Disponible en: <www.unctad.org> Consultado el 27 septiembre de 2007.
- UNCTAD, “Intellectual Property Provisions in International Investment Arrangements”. United Nations: New York, Geneva, 2007. Disponible en: <www.unctad.org>. Consultado el 27 de septiembre de 2007.
- USTR - OFFICE OF THE UNITED STATES TRADE REPRESENTATIVE. Disponible en: <www.ustr.org>. Consultado el 26 de agosto de 2007.
- VALOR ECONÓMICO. Disponible en: <www.valoreconomico.com.br>. Consultado el 27 agosto 2007.
- Vivas-Eugui, David, “Acuerdos regionales y bilaterales y un mundo más allá de los ADPIC: El Acuerdo de Libre Comercio de las Américas (ALCA)”, Quaker United Nations Office, 2003. Disponible en: <www.quno.org>. Consultado el 27 de septiembre de 2007.
- Zalduendo de Cazar, Susana, “Las reglas multilaterales de comercio y las de los acuerdos regionales de integración ¿oposición o coexistencia de ordenamientos?”, en *Temas de derecho industrial y de la competencia. Derecho del comercio internacional, acuerdos regionales y OMC*, vol. 6, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 2004.
- Winters, Alan, “Regionalism vs. Multilateralism”, World Bank, Policy Research Working paper 1687, november, 1996. Disponible en: <www.worldbank.org>. Consultado el 7 de septiembre de 2007.
- WORLD BANK. Disponible en: <www.worldbank.org>. Consultado el 27 de septiembre de 2007.
- WTO - WORLD TRADE ORGANIZATION. Disponible en: <www.wto.org>. Consultado el 27 de septiembre de 2007.

Fecha de recepción: 2 de noviembre de 2007

Fecha de aceptación: 22 de abril de 2008

José Vicente Troya
Jaramillo, *ESTUDIOS DE
DERECHO INTERNACIONAL
TRIBUTARIO*, Quito,
Pudeleco Editores,
2008, 438 pp.

por Pablo Egas Reyes*

El Derecho Internacional Tributario es una materia específica del derecho impositivo que ha venido a establecerse luego de un proceso cada vez más importante de entendimiento de la necesidad de que los países puedan aunar esfuerzos para evitar la doble imposición internacional, y luchar contra la evasión y elusión fiscal de los contribuyentes internacionales. El profesor genovés Víctor Uckmar sostiene que esta tarea no ha sido fácil, y que “el gran obstáculo a la evolución del derecho tributario internacional consistió esencialmente en la resistencia de

los Estados naciones, ...al considerar la imposición fiscal un atributo esencial de la soberanía, ejercido con libertad absoluta...”¹

En todo caso, este problema inicial sobre el tratamiento de la soberanía fue superado, aprendiendo que en tiempos como los que vivimos, en donde la globalización de la información y del comercio coadyuvan a un mejor conocimiento sobre la realidad económica de las empresas, haciendo que los Estados tengan mejores herramientas técnicas para establecer si los contribuyentes del exterior han cumplido con sus obligaciones impositivas de manera justa y legal.

Dentro de este campo, harto difícil, se desenvuelven los estudios de Derecho internacional tributario, investigados y transmitidos por José Vicente Troya que ahora resumimos.

La obra consta de cinco trabajos referentes al Derecho internacional tributario:

- Derecho internacional tributario
- Interpretación y aplicación de los tratados en materia tributaria
- La fiscalidad internacional en la Comunidad Andina
- Tributación y arbitraje internacional
- Tributación y derechos humanos

Adicionalmente se incluye un anexo en donde se contienen los convenios suscritos entre el Ecuador y los estados de Chile y la República Federal Alemana, para evitar la doble imposición en materia de impuesto a la renta y sobre patrimonio.

* Docente de la Maestría de Derecho, Mención Derecho tributario de la UASB-E; Coordinador Académico de la Maestría en Derecho procesal, UASB-E.

1. Víctor Uckmar, *Introducción al Curso de Derecho Tributario Internacional*, tomo I, Bogotá, Temis, 2003, p. 2.

También se incluyen las Decisiones 40 y 578 de la Comunidad Andina, que regulan el régimen para evitar la doble tributación internacional y prevenir la evasión fiscal. Y finalmente se insertan los modelos más importantes sobre la materia, emitidos por la Organización de las Naciones Unidas, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), y el de los Estados Unidos de América.

La *primera* investigación trata sobre los fundamentos y conceptos generales del *Derecho internacional tributario*, donde el autor analiza conceptos muy importantes de la materia como: la potestad tributaria de los Estados, de los organismos de integración y supranacionales; naturaleza y contenido del Derecho internacional tributario (DIT); fuentes del DIT; la doble y reiterada imposición internacional; los principales hitos del problema y los modelos propuestos; los criterios de atribución de la potestad tributaria: la fuente, la nacionalidad, el domicilio, la residencia; el establecimiento permanente; los tratados bilaterales para evitar doble imposición; los tratados multilaterales en el DIT; y, los tratados suscritos por el Ecuador para evitar doble imposición internacional.

Quizá uno de los temas a resaltar es la ratificación del autor de considerar la naturaleza del DIT como una parte del Derecho internacional público y relacionándolo con el Derecho internacional económico, de ahí su denominación exacta.

Finalmente el autor presenta un cuadro comparativo de todos los convenios para evitar dobles imposiciones signadas por nuestro país, en donde destaca y relaciona los principales puntos y acuerdos de los mismos.

La *segunda* investigación se intitula *Interpretación y Aplicación de los Tratados en Materia Tributaria*, en el que el autor estudia los siguientes puntos: El régimen general de interpretación de los tratados; la interpretación de los tratados tributarios; la interpretación de los convenios para evitar la doble imposición internacional; el abuso de los convenios internacionales en materia tributaria.

En este trabajo destacamos dos tópicos en especial: por un lado, una ratificación implícita de la naturaleza de los tratados tributarios: que pertenecen al derecho internacional público y por tanto en su interpretación se deben aplicar también los arts. 31 al 33 de la Convención de Viena sobre los tratados. El segundo punto por subrayar es el que tiene relación con el *treaty shopping* o abuso de los convenios tributarios en materia tributaria vía abuso del derecho, fraude de la ley y la simulación.

Uno de los temas más importantes que se desarrolla en la tributación internacional es el relacionado a los procesos de imposición que se presenta en los distintos sistemas de integración subregional. Al efecto el autor con su *tercer* trabajo *La Fiscalidad Internacional en la Comunidad Andina*, investiga y analiza el alcance de los principales instrumentos tributarios emitidos por la Comunidad Andina. Se

contrae fundamentalmente a explicar y estudiar los dos instrumentos principales sobre la temática: en primer lugar la Decisión 40 de 28 de enero de 1975, con sus dos anexos. El segundo instrumento analizado es la Decisión 578 publicada el 5 de mayo de 2004, que actualiza los problemas de doble imposición entre los países de la región e incluye un nuevo objetivo de este tipo de normativa: la lucha contra la evasión tributaria.

La exposición no se aísla únicamente en el ámbito impositivo subregional, sino que por el contrario se esbozan puntos importantes de debate que tienen directa relación con el proceso integral de la CAN.

Posiblemente una de las notas por destacar es que al analizar la normativa subregional no solo se lo hace a base de lo que se prescribe de forma expresa sino que el estudio se ayuda fundamentalmente en una doctrina siempre abundante, en la legislación comparada, especialmente en los instrumentos internacionales modelo realizados por OCDE, lo que facilita la comprensión de los temas tratados.

Así examina el alcance de las decisiones en puntos tan importantes como: si la una decisión deroga a la otra; cual es el estatus de la Decisión 578 frente a la Decisión 40 en aquellos puntos que no han sido modificados; se analiza el concepto de la fuente: a quién se grava –a los residentes o nacionales–; el concepto de establecimiento permanente; el régimen impositivo de beneficios de explotaciones de recursos naturales, intereses, regalías por concepto del derecho industrial, conceptos de empresas asociadas o relacionadas; el sistema de consulta que pueden realizar los países entre las correspondientes administraciones tributarias, entre otros temas puntuales.

En este trabajo se tiene que destacar el aporte referente a la armonización de los impuestos directos e indirectos en los países de la subregión. Es un tema complejo en tanto en cuanto al ser varios estados parte de un proceso de integración económica y jurídica, hay que entender cómo los tributos deben tratar de no ser un elemento distorsionador que en un momento dado pueda beneficiar a un país en detrimento de otro. De esta forma el autor pone de relieve que este es uno de los arbitrios que puede ayudar a solucionar problemas de doble tributación, no obstante es indispensable que el análisis se lo haga desde tres perspectivas: 1. El de las leyes o códigos generales que regulan los postulados fundamentales de la tributación. 2. El de los impuestos nacionales a la renta, patrimonio, comercio exterior. 3. El de los impuestos seccionales.

Otro de los trabajos insertos, el *cuarto* en la obra, tiene directa correspondencia con la aplicación de los métodos alternativos de solución de controversias en el ámbito tributario. Es de total actualidad, y nuestro país lo vive todavía, cuando ciertas compañías multinacionales han demandado al Ecuador en foros arbitrales

internacionales reclamando la devolución de tributos. Parece que los principios de legalidad e indisponibilidad en materia impositiva han sido superados y que la jurisdicción y competencia para conocer controversias en materia impositiva ha sido modificada.

Este tema siempre controversial es examinado por el autor en el trabajo intitulado *Tributación y Arbitraje Internacional*, en el cual analiza temas trascendentes tales como: el concepto y alcance de los métodos alternativos para solución de controversias; el arbitraje tributario y otros medio de solución en nuestro país; el arbitraje internacional y su aplicación al ámbito tributario; y, el caso propuesto por las empresas petroleras para la devolución del IVA.

Vale la pena destacar el razonamiento referente al principio de legalidad tributaria y al concepto de la indisponibilidad del crédito tributario, que son definiciones que pueden ser un límite para la admisibilidad del arbitraje y otros métodos de solución de controversias en este campo.

Uno de los subtemas más interesantes es el concerniente a la posibilidad del arbitraje internacional para solucionar controversias en materia tributaria. Al efecto el autor sostiene en este tema que:

Si bien no se ha logrado consolidar la existencia de una soberanía fiscal internacional, no se puede negar la existencia de los superiores intereses de la comunidad internacional. Ello coadyuva a sostener la existencia del arbitraje internacional en materia tributaria. Confluye al punto la consideración de que el concepto de orden público que suele ser una valla para la arbitrabilidad se atenúa en el campo internacional. En otros campos tan importantes como el tributario, los estados solventan sus diferencias acudiendo al arbitraje. Así ocurre en temas tan trascendentes como el de los problemas limítrofes en los cuales con frecuencia existen disputas territoriales.

No obstante lo dicho, el autor es enfático en afirmar que el arbitraje internacional es posible siempre y cuando exista un convenio internacional debidamente celebrado y ratificado que así lo autorice, y que por supuesto tenga naturaleza tributaria. Un ejemplo de esto es la presencia de la eventualidad de acudir al arbitraje entre estados en algunos de los convenios celebrados para evitar la doble imposición internacional. En el caso ecuatoriano pone de ejemplo el celebrado con Chile.

Finalmente trata el asunto de la devolución del IVA solicitada al Estado por empresas petroleras y que en algunos casos, a base de un convenio de protección de inversiones. Al efecto el autor luego de una exposición muy interesante sostiene sobre el tema lo siguiente:

La respuesta obvia es que no procede un arbitraje de esa índole en el caso de los indicados convenios de inversión, pues, por las razones antes expuestas, el orden tribu-

tario es autónomo y no subalterno, y prevalece sobre otros órdenes como el de las inversiones, el medio ambiente, la propiedad intelectual u otros.

El *último* trabajo para comentarse en esta presentación es el relativo a la *Tributación y Derechos Humanos*, donde quizá la primera pregunta a efectuarse sea ¿cómo es posible que dos materias tan disímiles puedan conectarse de forma concreta? Esta es una tarea interesante que el autor aborda con mucha inteligencia.

Sobre el tema el Dr. Troya nos dice: “Esta disertación pretende principalmente estudiar el postulado del respeto a los derechos fundamentales en la Comunidad Andina respecto de la creación y aplicación de los tributos. El principio de certeza jurídica, el principio de capacidad contributiva, entre otros”.

El trabajo en mención se desarrolla tomando en cuenta la normativa constitucional de los países de la subregión andina, así como convenciones internacionales entre las que se pueden mencionar la *Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre*, la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* por mencionar algunos.

El autor vincula el tema de la creación de tributos y la aplicación por parte del fisco de las normas tributarias con el respeto a ciertos derechos básico que tiene todo ser humano. Así, desarrolla en extenso el concepto del principio de legalidad unido a definiciones sobre no discriminación, la capacidad contributiva, la irretroactividad de la ley. También estudia el derecho a la vida, entendida como el derecho a tener una vida digna y los tributos no pueden oponerse a este concepto. Y comenta también sobre ciertos grupos específicos que por su condición deben tener un tratamiento tributario especial como la protección a discapacitados, menores y personas de la tercera edad.

Un tema polémico que trata es el relacionado con el derecho a la privacidad y al secreto profesional: cuándo y cómo la administración tributaria puede solicitar este tipo de información. Cómo se aplica el concepto de razonabilidad en el momento de investigación fiscal, y en qué supuestos puede violarse este derecho.

Otro tópico significativo es el relativo al derecho a la propiedad conectado con el concepto de no confiscatoriedad tributaria. ¿Cuándo un tributo puede ser catalogado como confiscatorio y atentar contra este derecho? ¿Cómo se puede valorar la existencia de un tributo inconstitucional en relación con este derecho? Son temas que se los estudia de forma muy interesante.

Finalmente nos instruye sobre los deberes y derechos de los contribuyentes, los cuales se los debe plasmar en un estatuto del contribuyente que no es sino el conjunto de normas que hacen práctica a los principios constitucionales establecidos. Uno de los puntos por destacar por parte del autor en este tema es el derecho de

acceso que deben tener los ciudadanos a los órganos judiciales para obtener la tutela judicial efectiva, sobre esto dice: “Los contribuyentes deben poder acceder fácilmente a los procesos administrativos y judiciales. Ello no ocurre cuando se imponen obstáculos económicos...”

De lo dicho se puede entender que el libro presentado constituye un texto de consulta obligatoria para aquellos quienes pretendan ahondar en el estudio del derecho impositivo y particularmente del Derecho internacional tributario. El incluir una doctrina extensa y actualizada, un estudio significativo de legislación comparada e internacional, y el criterio lúcido del autor, coadyuva a ratificar la importancia de este libro en el estudio del Derecho tributario en su faceta internacional.

Peter Singer, *LIBERACIÓN ANIMAL*,
Madrid, Editorial
Trotta, 1999, 334
pp.

por Claudia Escobar
García*

Todos podemos protestar y lloriquear por las injusticias que ocurren en este mundo. De hecho, gran parte de nuestro tiempo lo invertimos en rasgarnos las vestiduras por las grandes desigualdades sociales y económicas, por las situaciones de extrema pobreza, por el sufrimiento que nos rodea, por la violación sistemática de los derechos humanos, por la discriminación a ciertos sectores de la población, por las situaciones de violencia y crimen, por el calentamiento global y la extinción de las especies, y por

todas las desgracias que nos rodean.

Paradójicamente, los mismos que lloriquean por las injusticias y se vanaglorían de querer un mundo mejor para todos, son los mismos que día a día, minuto a minuto, pagan e invierten para que esto suceda. Nos escandalizamos de la pérdida de recursos hídricos, pero no estamos dispuestos a renunciar a nuestro baño diario de media hora con agua caliente. Refunfuñamos con las petroleras, pero no dudamos en pagarles por el combustible que nos suministran para el desplazamiento de nuestro auto. Renegamos de la pobreza en el mundo, pero no estamos dispuestos a reducir el tamaño de nuestros bolsillos, ni a renunciar a nuestra vida de derroche y consumo. Insultamos y despreciamos a las multinacionales por su banal ánimo mercantilista, pero caemos rendidos a sus pies y los patrocinamos cada vez que adquirimos sus productos. Armamos un drama y arremetemos contra el TLC con Estado Unidos y contra cualquier forma de “imperialismo yanqui”, pero abrimos de par en par nuestros mercados a las prendas, los juguetitos y todos los demás productos chinos, y con ello, a la irresponsabilidad ambiental, al trabajo infantil y las otras nuevas formas de explotación y esclavitud. Nos enternecemos desde la infancia con las representaciones idílicas de la vida animal, pero no dudamos un instante en comer sus cadáveres y acicalarnos con sus pellejos.

Liberación animal, de Peter Singer, se encarga precisamente de poner en evidencia las inconsistencias fundamentales que atraviesan el mundo contemporáneo, de someterlas a una crítica rigurosa y sistemática, y de plantear algunas propuestas para “librarnos” de ellas. En particular, este libro invita al vegetarianismo y a la eliminación del consumo de los demás productos que son el resultado del sufrimiento de los animales no humanos, como única vía para la superación de estas incoherencias conceptuales y prácticas.

* Asesora del Subsecretario de Desarrollo Normativo, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Ecuador.

Para sustentar esta propuesta, Singer sigue el siguiente procedimiento:

1. En primer lugar, demuestra que las mismas razones por las que rechazamos la discriminación en función del sexo o de la raza, son válidas para rechazar la discriminación en función de la especie (*especismo*) (capítulo I, V y VI).
2. En segundo lugar, ofrece un panorama de las actuales manifestaciones del *especismo*, y en particular, de la experimentación y la cría intensiva de animales (capítulos II y III).
3. Por último, demuestra que el vegetarianismo y la eliminación del consumo de los productos que son el resultado del sufrimiento animal, constituyen un imperativo para los seres humanos del mundo contemporáneo que se tomen en serio el principio de igualdad (capítulo IV).

El principio de igualdad juega un papel protagónico en la retórica, los discursos, las decisiones y las acciones de la vida personal, social e institucional. Desde el reparto de regalos entre los hijos de familia, hasta la formulación e implementación de las políticas públicas en todos los países, el principio de igualdad constituye un criterio fundamental.

Así por ejemplo, solemos predicar a los cuatro vientos que la discriminación en función del sexo o de la raza es arbitraria e injustificable. Para ello utilizamos dos (2) tipos de argumentos: en primer lugar, hemos demostrado que las supuestas diferencias entre hombres y mujeres, o entre blancos, negros e indígenas, son en realidad grandes invenciones ficticias. Hoy sabemos, por ejemplo, que no existen razas “puras” o algo así como blancos al 100%, que la diferencia entre blancos e indígenas no radica en la existencia o inexistencia de alma inmortal, o que las mujeres y los hombres no se diferencian por la posesión o carencia de racionalidad. Estos errores empíricos han dejado sin base y sin fundamento el tratamiento diferenciado.

Pero hay un segundo argumento, no empírico, que ha servido de sustento a estas causas. La idea que subyace a este tipo de reclamos, es que la igualdad exige una misma consideración, independientemente de las diferencias empíricas entre los diferentes sujetos. Por este motivo, el dolor y el sufrimiento son relevantes en función su intensidad y su contenido, y no en función del sujeto que los padece. Si un sufrimiento es igual cualitativa y cuantitativamente, debe ser valorado de igual manera, independientemente del sujeto que lo padezca. De igual modo, y como consecuencia de lo anterior, las capacidades, físicas e intelectuales, únicamente son relevantes cuando inciden en la capacidad de sufrimiento.

Este principio argumentativo permitió exigir la igualdad de trato entre blancos y negros, a pesar de las evidentes diferencias entre unos y otros. Este principio argumentativo ha permitido también exigir la igualdad de trato entre hombres y mujeres, a pesar de las evidentes diferencias entre unos y otros. El color de la piel nada tiene

que ver con el derecho al voto, así como la capacidad para amamantar nada tiene que ver con el derecho a participar activamente en la vida política de los países:

Nadie en el mundo desea más sinceramente que yo una refutación absoluta de las dudas que yo mismo he mantenido y expresado sobre el grado de inteligencia con que les ha dotado la naturaleza, y descubrir que son iguales a nosotros (...) pero cualquiera que sea su grado de talento, no constituye la medida de sus derechos. El que sir Isaac Newton fuera superior a otros en su inteligencia no le erigió en dueño de la propiedad o de las personas de otros.¹

Ahora bien, estos mismos argumentos en que nos hemos apoyado para combatir la discriminación en función del sexo o de la raza, son igualmente predicables de las relaciones entre los animales humanos y los no humanos.

Sabemos, por un lado, que las diferencias que en un momento se atribuyeron en función de la especie, hoy en día son simplemente una falsedad o una exageración. Prueba de ello, por ejemplo, es que las conclusiones sobre la estructura y el funcionamiento del cuerpo y la mente humana, se obtienen, casi directamente, a partir de la experimentación con animales, desde ratas hasta simios, pasando por conejos, gatos y perros.

Y en segundo lugar, si sostenemos que las diferencias empíricas entre negros y blancos y entre hombres y mujeres no justifican una consideración desigual, también debemos sostener que las diferencias entre los animales humanos y los animales no humanos, tampoco justifican una consideración desigual: la ineptitud avícola para la poesía, la limitada habilidad musical de las terneras o la incapacidad de los perros para firmar peticiones, de ninguna manera justifica el doloroso corte de picos de las primeras, la inmovilidad permanente de las segundas, o el maltrato de los terceros.²

De este modo, si rechazamos el racismo o el sexismo, y si queremos ser consecuentes con las ideas que predicamos y de las que nos vanagloriamos, debemos también rechazar el *especismo*. No podemos simplemente utilizar la igualdad cuando nos gusta, nos conviene o nos parece atractiva, y rechazarla cuando nos incomoda:

Puede llegar el día en que el resto de la creación humana adquiera esos derechos que nunca se le podría haber dado de no ser por la acción de la tiranía. Los franceses han descubierto ya que la negrura de la piel no es razón para abandonar sin remedio a un ser humano al capricho de quien le atormenta. Puede que llegue un día en que el número de

-
1. Carta de Thomas Jefferson a Henry Gregoire, 25 de febrero de 1809, citado por Peter Singer, *Liberación Animal*, Madrid, Trotta, 1999, p. 42.
 2. Presentación de Paula Casal a la edición en español del libro *Liberación Animal*.

piernas, la vellosidad de la piel o la terminación del *os sacrum* sean razones igualmente insuficientes para abandonar a un ser sensible del mismo destino. ¿Qué otra cosa es lo que podría trazar la línea infranqueable? Un caballo o un perro adulto es sin comparación un animal más racional, y también más sociable, que una criatura humana de un día, una semana o incluso un mes. Pero, aun suponiendo que no fuera así, ¿qué nos esclarecería? No debemos preguntarnos: ¿Puede razonar?, ni tampoco: ¿pueden hablar?, sino: ¿pueden sufrir?³

Sabemos ya que el *especismo* es tan insostenible y desatinado como cualquier otra forma de discriminación. ¿Cuáles son las formas contemporáneas de *especismo*? Singer no intenta hacer una descripción exhaustiva de todas las formas de tiranía de los animales humanos sobre los no humanos. Simplemente presenta con precisión y en detalle, dos formas significativas de opresión: la experimentación y la cría intensiva de animales. Obviamente, existen otras formas más grotescas y extravagantes de sadismo, como son la tauromaquia y los duelos de perros. Pero se trata de manifestaciones aisladas y no sistemáticas, que no comprometen nuestro actuar diario. Por el contrario, la experimentación y la cría intensiva constituyen una fuente de maltrato masivo y continuo, y ponen en evidencia nuestra complicidad con el *especismo*.

En cuanto a la experimentación animal, Singer demuestra que se trata de procedimientos inútiles e improductivos, rodeados de inconsistencias y contradicciones teóricas y prácticas, y generadores de sufrimientos descomunales y abrumadores para los animales no humanos.

Son inútiles porque la información que generan no interesa a nadie, no tiene incidencia práctica o se conoce de antemano. Para llegar a la brillante conclusión que los simios bebés requieren psicológicamente de su madre, los creativos investigadores estadounidenses tuvieron la “fascinante idea” de utilizar madres sustitutas generadoras de dolor, tristeza y ansiedad en los monos:

El primero de estos monstruos era una mona madre de trapo que, programada o al recibir una orden, soltaba aire comprimido a alta presión y casi le arrancaba la piel al animal. ¿Qué hacía el bebé mono? Simplemente se agarraba con más y más fuerza a la madre, porque un bebé atemorizado se agarra a su madre pase lo que pase (...)
Construimos otra madre monstruo sustitutoria que se mecía tan violentamente que la cabeza y los dientes del bebé castañeaban. Todo lo que el bebé hizo fue agarrarse con mayor fuerza aún a la sustitutoria. El tercer monstruo que construimos tenía incrustado dentro del cuerpo un marco de metal que saltaba hacia adelante y propelía al bebé fuera

3. Jeremías Bentham, *Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, cap. 17, tomado de Peter Singer, *Liberación Animal*, p. 43.

de su superficie ventral. El bebé se levantaba del suelo, esperaba a que los muelles se metieran de nuevo dentro del cuerpo de tela y volvía a agarrarse a la madre. Por último, construimos nuestra madre cuerpoespín. Al recibir una orden, esta madre sacaba afilados pinchos de metal por toda la superficie ventral de su cuerpo. Aunque los bebés se quedaban desconsolados ante estas puntiagudas expulsiones, simplemente esperaban hasta que los pinchos retrocedían, volvían y se agarraban a la madre.⁴ Después de múltiples experimentos análogos se obtuvo la primicia de que “la privación prolongada en un niño pequeño del cuidado materno puede tener unos efectos graves y de largo alcance sobre su carácter durante el resto de su vida”.⁵

Experimentos con radiaciones, agentes de guerra, cargas y choques eléctricos, gases venenosos, que generan envenenamiento, convulsiones, vómitos persistentes, debilidad generalizada, y finalmente la muerte, se realizan masivamente para concluir que dichas radiaciones, gases venenosos y cargas y choques venenosos, son nocivos para la salud. Experimentación con perros, gatos y conejos sirven para satisfacer la curiosidad intelectual de los científicos y para llegar a conclusiones tan obvias como que las altas temperaturas producen la muerte o que el ácido sulfúrico quema los tejidos.

Además de su evidente inutilidad, la experimentación con animales se enfrenta a profundas contradicciones e inconsistencias. Por un lado, se justifica el maltrato a los animales con fundamento en la diferencia sustancial entre humanos y no humanos. Pero por otro lado, para extraer consecuencias sobre la fisiología o la salud mental de los animales humanos, a partir de la experimentación con los animales no humanos, resulta imprescindible asumir la semejanza entre unos y otros. El dilema es este: si se asume que son sustancialmente distintos, la experimentación con animales carece de sentido; si se asume que son iguales, carece de razonabilidad y justificación realizar experimentos que consideramos atroces en los humanos.

Y estas inconsistencias han resultado excesivamente costosas incluso para los humanos, como ocurrió con la talidomida y más recientemente con el opren. En uno y otro caso, la sustancia no causó ningún efecto nocivo entre gatos, ratas, monos, hamsters, gallinas y conejos. Pero cuando fueron introducidas en el mercado, las consecuencias fueron devastadoras: en el primer caso produjo la deformidad en los bebés de las madres que la consumieron en estado de gestación, y en el segundo provocó más de 60 muertes. Y también ocurre a la inversa: suponer la igualdad entre unos y otros puede llevar a desechar productos de mucha importancia para los humanos:

4. *Engineering and Science* 33 (1970), 8, en Peter Singer, *Liberación Animal*, p. 69.

5. *Maternal Care and Mental Health* 2 (World Health Organization Monograph Series), 46, en Peter Singer, *Liberación Animal*, p. 69.

La insulina puede producir deformidades a gazapos y ratones, pero no a los seres humanos. La morfina, que es un calmante para los humanos, actúa como alucinógeno en los ratones. Y como dijo otro toxicólogo: “Si la penicilina hubiera sido juzgada por su toxicidad para las cobayas, quizá nunca se hubiera aplicado a los humanos”.⁶

Por último, y a pesar de los intentos para describir estas actividades como tareas de carácter científico y absolutamente ascéticas y libres de cualquier criterio ajeno a la razón pura y objetiva, la verdad es que estos experimentos constituyen la encarnación misma del sadismo, la crueldad, el salvajismo y la barbarie: mutilaciones, suministro de venenos que producen una muerte lenta y dolorosa, exposición a sustancias nocivas, inducción de convulsiones y de situaciones de ansiedad, paranoia y esquizofrenia, son tan solo algunas de las técnicas utilizadas por la alta comunidad científica.

Algo similar ocurre con la cría intensiva de animales. Las apacibles, serenas e idílicas imágenes que nos proporcionan los medios de comunicación sobre la vida de las vacas, cerdos y gallinas que nos proporcionan la leche, la carne y los huevos, es un fraude grosero y una ficción traída de los cabellos. Nos imaginamos una gallina escarbando en un corral, unas vacas pastando para luego ser ordeñadas, o unos cerditos corriendo tras su madre en un huerto. La realidad es bien distinta.

En un sistema donde la producción en masa a bajo costo es un imperativo, la vida y la muerte de los animales no puede ser sino vergonzosa. Diversos tipos de tortura y suplicio imponemos a los animales no humanos. Existen por lo menos cinco fuentes de sufrimiento y dolor: la producción de molestias físicas y térmicas; la imposición de barreras para expresar el comportamiento natural; el hambre, la desnutrición o la sobre-alimentación; la producción directa de dolor; y el manejo inadecuado del dolor y la enfermedad.

La lógica capitalista supone producir en grandes cantidades al mínimo costo posible: se trata de un principio absoluto al cual se someten todas las reglas para el funcionamiento de las granjas industriales. Esto implica, entre otras cosas, que los animales deben vivir en espacios que impidan su movimiento, con el fin de impedir la pérdida de calorías y de garantizar una pronta ganancia de peso; implica, por ejemplo, que el stress de los animales hacinados se maneje con tácticas tan eficientes como el corte de pico de los pollos o el corte de la cola de los cerdos sin ningún tipo de analgésico; implica, por ejemplo, la anemia crónica de las terneras para garantizar que sus músculos sean lo suficientemente pálidos como para satisfacer las necesidades gastronómicas de sus consumidores; implica, por ejemplo, que

6. Peter Singer, *Liberación Animal*, p. 94.

desde el momento mismo del nacimiento las crías sean separadas de sus madres; implica, por ejemplo, que la inmovilización de las gallinas ponedoras de huevo usualmente conduce a que sus uñas se enganchen en la malla de alambre que les sirve de suelo; implica, por ejemplo, que la necesidad de lograr un crecimiento frenético de los animales conduce a que se les obliguen a consumir por día hasta 20 veces más de las calorías que requieren.

Sabemos entonces que el *especismo* es inaceptable y que el mundo contemporáneo constituye su representación más importante. Ahora bien, ¿qué responsabilidad tenemos los seres humanos comunes y corrientes? Y más aún, ¿qué podemos y qué debemos hacer frente a este problema?

Una primera respuesta puede orientarse a responsabilizar a los “agentes directos” del daño: Este mundo es un mundo de buenos y malos, y los malos en este caso vienen a ser los dueños de las grandes granjas industriales, que a partir de su ánimo mercantilista ilimitado, supeditan el bienestar animal a la consecución de banales provechos económicos. Los malos serían también los científicos, que para satisfacer su curiosidad intelectual, utilizan a los pobres animales como una simple herramienta de investigación.

Desafortunadamente, las cosas en este mundo no ocurren como en las novelas mexicanas. Aunque existen algunos agentes directos que se pueden visibilizar, existe una gran masa de seres que alimentan y robustecen el *especismo*. En la medida en que la gente esté dispuesta a pagar por el sufrimiento animal, éste se perpetuará. De nada sirve que profesemos un gran amor por los animales y hacia nuestra mascotita de casa, que invirtamos miles de dólares en su mantenimiento o que lamentemos el maltrato animal, si por otro lado compramos los cosméticos y la carne que son el resultado de su sufrimiento:

Las personas que se benefician de la explotación de grandes cantidades de animales no necesitan nuestra aprobación. El principal apoyo que piden los ganaderos industriales del público es que éste compre los cadáveres de los animales que producen. Utilizarán métodos intensivos mientras puedan vender lo que producen con esos métodos; dispondrán de los recursos necesarios para combatir la reforma políticamente, y podrán defenderse de las críticas argumentando que ellos solo están abasteciendo al público con lo que éste les pide.⁷

Mientras estemos dispuestos a pagar por los perfumitos y el maquillaje que previamente ha intoxicado a miles de animales, y mientras estemos dispuestos a pagar

7. Peter Singer, *Liberación Animal*, p. 206.

por los cadáveres de quienes previamente han sido torturados, la explotación animal permanecerá. Mientras existan cómplices, se mantendrá el crimen.

Por este motivo, la eliminación a la discriminación fundada en la especie requiere eliminar el consumo de la carne y de todos aquellos productos que son el resultado del sufrimiento animal. Esto implica simplemente hacerse vegetariano y dejar de comprar los productos que provienen de animales. Y probablemente esto no es tan difícil. Hoy en día puede ser tan fácil como cambiar una marca de shampoo por otra, o en cambiar una hamburguesa de vaca por una hamburguesa de soya.

Adicionalmente, este consumo responsable es consecuente de la situación de pobreza y de destrucción del medio ambiente. La producción de carne es altamente costosa para la distribución de alimentos en el mundo: se requiere dar a un ternero 9 kilos de proteínas para que produzcan medio kilo de proteína animal, apta para el consumo humano; la producción de carne es por tanto, “una fábrica de proteínas a la inversa”;⁸ en otras palabras, alimentamos a los animales no humanos con alimentos que podemos consumir directamente y que nos proporcionarían las proteínas y demás nutrientes que luego nos brindan los músculos animales. De igual modo, la producción de carne resulta sumamente cara para el planeta Tierra. Mientras que medio kilo de carne de ternera supone el desperdicio de 9 kilos de granos, 11.000 litros de agua, la energía equivalente a 5 litros de gasolina y 16 kilos de mantillo, la producción del mismo medio kilo de soya resulta hasta 50 veces más eficiente.

La conclusión de Peter Singer es clara. De nada sirven nuestras cavilaciones y especulaciones sobre la igualdad y la justicia, si no sabemos en qué consisten; de nada sirven los discursos sobre el amor, la fraternidad y la solidaridad, si no actuamos en consecuencia con estos; de nada sirve nuestra compasión hacia los animales si torturamos y consumimos al objeto de nuestra compasión. Peter Singer invita entonces a la reflexión seria y rigurosa, a llevar hasta sus últimas consecuencias las premisas de nuestros razonamientos, y sobre todo, a demostrar la sinceridad de nuestras teorías, convicciones y sentimientos.

Cuando recordamos otros movimientos de liberación nos gusta pensar que, de haber estado allí, hubiéramos sido abolicionistas o sufragistas, o al menos, no hubiéramos cooperado con la opresión, ni nos hubiéramos desentendido del tema. No llegamos a tiempo. Ahora tenemos otra oportunidad, la de la revolución menos sangrienta de la historia. Y no se nos pide que arriesguemos la vida, ni siquiera la cárcel; simplemente que elijamos otro plato en el menú.⁹

8. F. Moore Lappé, *Diet for a Small Planet*, New York, Friends of the Earth/Ballantine, 1971, pp. 4-11.

9. Presentación de Paula Casal a la edición en español de *Liberación Animal*.

Gerardo Pisarello, *LOS DERECHOS SOCIALES Y SUS GARANTÍAS. ELEMENTOS PARA UNA RECONSTRUCCIÓN*, Madrid, Editorial Trotta, 2007, 140 pp.

por Carolina Silva*

El jurista italiano Luigi Ferrajoli, catalogado como uno de los teóricos del derecho más importantes en la actualidad,¹ sostiene que la constitucionalización de los derechos sociales es una de las conquistas más importantes de la civilización jurídica y política del siglo pasado.² Sin embargo, este autor señala que los derechos sociales –como el derecho a la salud, a la educación o a la seguridad social– han sido objeto de ataques y restricciones crecientes al catalogarlos como *no coercibles* y por lo tanto *no justiciables*.³ Ferrajoli mantiene también, que los derechos sociales per-

manecen, en lo que respecta a la forma jurídica, como simples proclamaciones de principio desprovistas de garantías efectivas.⁴

Las debilidades de los derechos sociales, como apunta Ferrajoli, son los aspectos que han generado mayor debate respecto del estatuto jurídico y político de estos derechos, y que de diversas formas, han propiciado su desvalorización. Precisamente, alrededor de las tesis, perpetúan a estos derechos a una *minoría de edad* en relación con los derechos civiles y políticos, sobre las que el jurista español Gerardo Pisarello⁵ profundiza en su obra: *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*.

Este tratadista indica que el reconocimiento positivo de los derechos sociales está lejos de haberlos convertido en expectativas plenamente exigibles frente al poder, o en instrumentos aptos para asegurar las necesidades básicas y la autonomía de sus destinatarios. Pisarello sustenta esta afirmación en el reconocimiento de que,

* Asistente jurídica de la Subsecretaría de Coordinación Jurídica, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Ecuador.

1. Miguel Carbonell y Pedro Salazar, “Luigi Ferrajoli y la Modernidad Jurídica”, en Miguel Carbonell y Pedro Salazar, eds., *Garantismo, estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Madrid, Editorial Trotta, 2005, p. 11.

2. Víctor Abramovich y Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Editorial Trotta, 2002, p. 9.

3. *Ibid.*, p. 9.

4. Luigi Ferrajoli, “Estado Social y Estado de Derecho”, en Víctor Abramovich y Christian Courtis, comps., *Derechos Sociales Instrucciones de Uso*, México, Doctrina Jurídica Contemporánea, 2003, p. 12.

5. Gerardo Pisarello es Doctor en Derecho, profesor de Derecho constitucional en la Universidad de Barcelona y vicepresidente del Observatorio de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC). Además es autor de diversos ensayos sobre constitucionalismo y derechos sociales.

pese a que la vulneración de los derechos sociales obedece sobre todo a las desigualdades de poder existentes en la sociedad, se explica también por la *percepción devaluada* que se tiene de ellos en relación con otros derechos fundamentales.

Para explicar la percepción devaluada de los derechos sociales, el jurista español estudia de manera crítica los argumentos de las tesis que sustentan la *debilidad* de los derechos sociales en relación a los derechos civiles y políticos, en cuatro niveles discursivos: el de historia de los derechos, de filosofía normativa, de teoría jurídica y de dogmática constitucional. Finalmente, el autor razona sobre los elementos necesarios para repensar en sus garantías políticas y jurídicas desde una perspectiva democrática y participativa.

En la *Crítica de la percepción histórica* Pisarello analiza la tesis que sostiene que los derechos sociales son generacionalmente posteriores a los derechos civiles y políticos. No obstante, señala el autor, es desacertada la apreciación de que los derechos sociales se reconocieron una vez satisfechos los civiles y políticos, en la medida en que esta idea “se asienta en presupuestos que tienden a ser restrictivos, excluyentes y deterministas y a justificar, en último término, una protección devaluada de los derechos sociales”.⁶

Para justificar la crítica a la lectura generacional de los derechos, Pisarello aborda el análisis histórico desde tres perspectivas: la tesis del reconocimiento tardío, la tesis del reconocimiento lineal y la tesis del reconocimiento universal de los derechos sociales. Desde estas tres posiciones, el autor realiza un examen complejo de la historia de los derechos.

Por un lado, mantiene que la lectura generacional, al reducir los derechos sociales como generacionalmente posteriores a los civiles y políticos, minimiza una larga y compleja historia de reivindicación de los mismos. No obstante, esta historia permite comprender la existencia de políticas sociales discrecionales y coyunturales, paralelamente a la exigencia de los derechos sociales, en un contexto en el cual estas políticas conservadoras y preventivas determinaron el reconocimiento limitado no solo de derechos sociales, sino inclusive de derechos civiles y políticos.

En segundo lugar, manifiesta que el relato generacional no permite apreciar el carácter simultáneo y complementario de las reivindicaciones de los derechos civiles, políticos y sociales, y además, tiende a relegar a un segundo plano las diferentes vías, escalas y sujetos ligados a la exigibilidad de los derechos sociales, así por ejemplo, cuando invisibiliza las vías institucionales y extra institucionales, la escala

6. Gerardo Pisarello, *Los derechos sociales y sus garantías, elementos para una reconstrucción*, Madrid, Editorial Trotta, 2007, p. 19.

local, estatal, y supra estatal, así como la condición social o sexual de los sujetos involucrados en la reivindicación de su exigibilidad.

Consecuentemente, la tesis del reconocimiento generacional de los derechos, revela una historia formalista que no muestra que los derechos sociales, lejos de ser el producto de una evolución armónica e inevitable, son más bien el resultado de procesos distintos que no siempre tuvieron las mismas consecuencias, y que en todo caso “fueron siempre conquistas precarias, nunca garantizadas de una vez y para siempre y expuestas, por consiguiente, a un destino abierto de avances o retrocesos”.⁷

En la *Crítica de la percepción filosófico normativa* el autor examina la tesis de los derechos sociales como derechos axiológicamente subordinados a los derechos civiles y políticos. Pisarello afirma que esta perspectiva es confusa, puesto que se asienta sobre prejuicios ideológicos y sobre inconsistencias discursivas.

Para argumentar esta crítica Pisarello explica, en primer lugar, cómo la supuesta subordinación parte de la categorización de los derechos fundamentales en virtud de su fundamento axiológico. Así, los derechos civiles y políticos se fundamentan en bienes supuestamente *más importantes* como las libertades mientras que los derechos sociales se adscriben al valor de la igualdad.

En este sentido, Pisarello replica aseverando que la fundamentalidad axiológica de todos los derechos se remite al principio de igualdad, “todos los derechos civiles, políticos y sociales, pueden fundamentarse en la igual satisfacción de las necesidades básicas de todas las personas y, con ello, en su igual dignidad, libertad, seguridad y diversidad”.⁸

Por esto analiza prolijamente acerca del objeto de la igualdad y esquematiza tres posiciones: la tesis de los derechos sociales como derechos de igualdad y no de dignidad; la tesis de los derechos sociales como derechos de igualdad y no de libertad y finalmente la tesis de los derechos sociales como derechos de igualdad y no de diversidad.

Pisarello concluye este análisis explicando cómo en el actual contexto en el que se mercantilizan diversas esferas de la vida, ciertamente es difícil distinguir qué implica la satisfacción de las necesidades básicas de las personas, pero al mismo tiempo, se revela la necesidad de pensar en todos los derechos humanos como derechos de *libertad contenida*, es decir, como límites a la libertad tanto personal como

7. *Ibíd.*, p. 36.

8. *Ibíd.*, p. 38.

colectiva, en cuanto esta limitación garantiza la sostenibilidad de los intereses básicos de todas las personas.

Esta premisa permite esgrimir un argumento a favor de un fundamento común para todos los derechos fundamentales, “la satisfacción de todos ellos, sean civiles, políticos, sociales o culturales, podría considerarse ligada, de igual manera, a valores y principios como la solidaridad, la dignidad, la libertad, la seguridad o el pluralismo”.⁹

En la *Crítica de la percepción teórica*, Pisarello estudia la tesis de los derechos sociales como derechos estructuralmente diferentes a los civiles y políticos. Esto significa admitir, en el plano de la abstracción teórica, que los derechos civiles y políticos son derechos negativos, no onerosos y de fácil protección, mientras que los derechos sociales serían derechos positivos, costosos y condicionados en su realización a las posibilidades presupuestarias del Estado. Además, los derechos sociales aparecen como indeterminados, en la medida en que no especifican cuál es la conducta a la que obligan, ni quiénes son los sujetos obligados.

El jurista español indica que en esta percepción de los derechos sociales confluyen argumentos históricos, axiológicos y dogmáticos, que en realidad propugnan prejuicios ideológicos que pueden aplicarse a todos los derechos fundamentales, y por lo tanto, son argumentos susceptibles de refutación.

En primer lugar, objeta la tesis de los derechos sociales como derechos prestacionales y costosos, indagando en el mito de la diferencia entre derechos a partir de su correspondencia con obligaciones negativas y positivas. Posteriormente, cuestiona la tesis de derechos sociales como vagos e indeterminados, partiendo de la constatación de que un grado de indeterminación y de vaguedad semántica es un rasgo inherente al lenguaje jurídico, y en cierto modo, necesario frente a los desafíos del pluralismo político, en el cual, una regulación detallada del contenido y de las obligaciones que se derivan de los derechos entrañaría cerrar el espacio de discusión democrática en torno a su alcance.

Por otro lado, Pisarello arguye en contra de la tesis que sostiene que los derechos sociales son derechos específicos de dimensión colectiva, en oposición a los derechos civiles como derechos abstractos de dimensión individual. Para esto, ejemplifica diversos casos en los cuales se proyecta la dimensión individual y colectiva de los derechos para aseverar que se debe pensar en ambas categorías de derechos “tanto en su vertiente personal como colectiva, como derechos potencialmente universales y como derechos específicos vinculados a grupos concretos”.¹⁰

9. *Ibíd.*, p. 57.

10. *Ibíd.*, p. 75.

Finalmente, en la *crítica de la percepción dogmática* el autor examina la tesis de los derechos sociales como derechos de tutela debilitada en relación a los derechos civiles y políticos, es decir, que no se los considera auténticamente derechos fundamentales, puesto que no cuentan con garantías o mecanismos de protección similares a los que se asignan a los derechos civiles y políticos.

Para examinar esta posición, Pisarello aborda tres enfoques: la tesis de los derechos sociales como derechos no fundamentales, la tesis de los derechos sociales como derechos de configuración legislativa y la tesis de los derechos sociales como derechos no justiciables.

En un primer momento, realiza un análisis escrupuloso respecto de las distintas vías en que los derechos sociales pueden encontrarse protegidos, ya sea por su reconocimiento o por vías interpretativas a través de otros derechos. Esta primera aseveración le permite al autor pasar a examinar las tensiones que pueden generar la posibilidad de que la justiciabilidad de los derechos sociales, en el momento en que los jueces y tribunales decidan sobre temas tradicionalmente considerados como competencia única del legislador.

Posteriormente Pisarello, mediante la ejemplificación de diversos casos, explica ampliamente las maneras en que se han hecho justiciables obligaciones derivadas de derechos sociales, profundizando en las distintas vías por las que jueces y tribunales han optado y los grados de protección alcanzados.

Luego de ofrecer elementos para abordar el problema de la justiciabilidad de los derechos sociales en el contexto de su exigibilidad judicial, Pisarello pone en evidencia cómo la tutela judicial puede ser un instrumento para hacer efectivos los derechos sociales, cuando los espacios políticos resultan ineficientes e insuficientes. Por lo tanto, lanza la posibilidad de que los espacios jurisdiccionales de los derechos sociales puedan concebirse como terrenos de participación y disputa política de las luchas sociales de las personas más vulnerables.¹¹

Finalmente, una vez estudiada e impugnada cada tesis que, como se dijo con anterioridad, sustenta la debilidad de los derechos sociales en relación a los derechos civiles y políticos en cuatro niveles discursivos: histórico, filosófico, teórico y dogmático, Pisarello concluye su obra con una propuesta para la reconstrucción de las garantías de los derechos sociales, que como él la llama es “democrática, participativa y multinivel”.

Para justificar su propuesta, Pisarello desarrolla un objetivo que es transversal a todos sus postulados: la democratización de la tutela de los derechos fundamenta-

11. *Ibid.*, p. 110.

les. De ahí que analice la función de los poderes públicos en la garantía de los derechos sociales, la división entre garantías políticas y jurisdiccionales y la función de la participación social en la garantía de estos derechos. La propuesta de Pisarello se convierte entonces en un intento de consolidar la lógica garantista de la protección de los *más débiles*.

Como ya lo manifestó Luigi Ferrajoli, una de las debilidades de los derechos sociales es teórica, puesto que en el Estado social no se elaboró una teoría del derecho que produjera una estructura institucional específicamente idónea para garantizar los derechos sociales correspondientes a las nuevas funciones y prestaciones del Estado.¹² En este contexto, la obra de Gerardo Pisarello constituye un aporte valiosísimo para superar la debilidad teórica de los derechos sociales de la que hablaba Ferrajoli, en la medida en que desvanece, mediante un análisis claro y con bases teóricas y empíricas, las posiciones que han pretendido consagrar los derechos sociales como derechos no fundamentales, y por lo tanto, como derechos no exigibles.

Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción de Gerardo Pisarello es un elemento clave en el estudio de los derechos humanos, ya que permite indagar en los debates que se han forjado alrededor de la división entre derechos civiles y sociales. Una visión clara de las tesis que respaldan sus divergencias como de las tesis que las refutan y abogan por su indivisibilidad e interdependencia, resulta indispensable para profundizar en los desafíos del reconocimiento y protección de todos los derechos humanos.

Además, este libro constituye una herramienta importante para quienes, como bien lo sostiene Pisarello, poseen una *sensibilidad igualitaria*, en cuanto defienden la caracterización de los derechos sociales como derechos de las personas más desaventajadas de la sociedad, cuyo acceso a los recursos suele ser residual y hasta inexistente.

12. Luigi Ferrajoli, "Estado Social y Estado de Derecho", en Víctor Abramovich y Christian Courtis, comps., *Derechos Sociales Instrucciones de Uso*, México, Doctrina Jurídica Contemporánea, 2003, p. 12.

Análisis de la sentencia de la Corte Constitucional de Colombia sobre la despenalización parcial del aborto

*Judith Salgado Álvarez**

RESUMEN

Este artículo analiza la sentencia emitida por la Corte Constitucional de Colombia en el año 2006 que marca un punto de inflexión en el tratamiento del aborto en Colombia, que antes de esta decisión se encontraba entre aquel grupo de países que penalizaban el aborto en toda circunstancia. Son aportes fundamentales de esta sentencia el desarrollo jurisprudencial sobre la diferencia entre la vida como un bien constitucionalmente relevante y el derecho a la vida; la aclaración de que el ser en gestación no es titular del derecho a la vida, aunque ciertamente sí interesa constitucionalmente su protección; la reafirmación de que la dignidad humana de la mujer se expresa entre otros elementos en su autonomía reproductiva y que por lo mismo no puede considerársela como un mero instrumento útil para la procreación; la ponderación que realiza entre la protección de la vida en gestación y el derecho de la mujer embarazada a la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la salud en conexión con el derecho a la vida e integridad personal; y los límites que debe observar el legislador en cuanto a su potestad legislativa en materia penal en un Estado Social de Derecho.

PALABRAS CLAVE: despenalización parcial del aborto, derecho a la vida, protección de la vida en gestación, dignidad humana, derechos de la mujer embarazada, ponderación de derechos, límites a la potestad legislativa en materia penal.

ABSTRACT

This article analyzes the sentence issued by the Colombian Constitutional Court on 2006, considered as an inflection point on the treatment of abortion in Colombia. Before this decision was adopted, Colombia was among those countries that criminalized abortion in every circumstance. Some of the most important contributions of this sentence are: the jurisprudential differentiation between

* Docente de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Coordinadora del Programa Andino de Derechos Humanos y Coordinadora Académica de la Maestría en derechos humanos y democracia en América Latina, UASB.

“life” as a constitutionally relevant institution and the “right to life”; clarifying that the one to be born does not hold the right to live, however, there is a constitutional interest in his/her protection; reaffirming that human dignity of women is expressed, among other ways, through reproductive autonomy, and therefore, women should not be considered as simple useful instruments for procreation; weighting the protection of life during gestation against the right of pregnant women to their human dignity, the free modeling of personality against the right to health in connection to life and personal integrity; and, establishing certain limits that legislators should observe when issuing criminal provisions within a Social State of Rule of Law.

KEY WORDS: partial decriminalization of abortion, right to life, protection of life during gestation, human dignity, rights of pregnant women, weighting rights, limits to legislative power in criminal matters.

FORO

La última década ha estado caracterizada por una disputa a nivel global con incidencia en lo nacional y local, respecto a la sexualidad y la reproducción. Las Conferencias de Viena, El Cairo y Beijing marcaron un hito en la promoción y protección de los derechos humanos de las mujeres, desde el básico reconocimiento de que sus derechos son parte de los derechos humanos.

Es a partir de la Conferencia Internacional de Derechos Humanos (Viena 1993) cuando el reconocimiento de que la violencia contra las mujeres (incluyendo la violencia sexual) viola los derechos humanos, abre la puerta para posicionar la legitimidad de abordar la sexualidad dentro del ámbito de los derechos humanos. La Conferencia Internacional de Población y Desarrollo, CIDP (El Cairo 1994) incorpora la sexualidad y la salud sexual a los espacios de debates internacionales de derechos humanos. Por primera vez se afirma que la salud sexual está relacionada con el ejercicio de derechos que deben ser promovidos por los programas de población y desarrollo. Más fuerza cobra sin duda tanto en la CIPD como en la IV Conferencia Internacional sobre la Mujer, CIM (Pekín 1995) los derechos reproductivos que llegan incluso a ser definidos por primera vez¹ en un documento internacional.²

1. Párrafo 7.3 de la Declaración y Plan de Acción de la CIDP: “Los derechos reproductivos abarcan ciertos derechos humanos que ya están reconocidos en las leyes nacionales, en los documentos internacionales sobre derechos humanos y en otros documentos pertinentes de las Naciones Unidas aprobados por consenso. Estos derechos se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos, el intervalo entre estos y a disponer de la información y de los medios para ello y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y repro-

Ahora bien, hay quienes afirman que la comunidad internacional se las arregló para reconocer la existencia de derechos sexuales –a las mujeres– sin emplear este término explícitamente.³ En efecto, la Plataforma de Acción de la IV CIM reconoció que:

Los derechos humanos de las mujeres incluyen su derecho a ejercer el control y decidir libre y responsablemente sobre las cuestiones relativas a su sexualidad, incluida su salud sexual y reproductiva, libres de coerción, discriminación y violencia. Las relaciones igualitarias entre mujeres y hombres respecto de las relaciones sexuales y la reproducción, que incluyan el pleno respeto de la integridad de la persona, exigen el respeto y el consentimiento mutuo y el asumir de forma compartida las responsabilidades del comportamiento sexual y sus consecuencias.

Estos logros no obstante, han sido conseguidos en medio de una enorme resistencia del Vaticano y diversos países islámicos (con gobiernos fundamentalistas). Con el triunfo de George Bush a la Presidencia de los Estados Unidos se suma otro actor poderoso a la oposición férrea a los derechos sexuales y reproductivos que se mantiene a nivel internacional. La estrategia global que se manifiesta en América Latina ha sido la creación y fortalecimiento de ONG que impulsen la siguiente agenda que coincide con la agenda de la jerarquía de la Iglesia Católica y de ciertas iglesias protestantes:

- Fijar los límites admisibles de la vida sexual en el matrimonio heterosexual;
- Naturalizar la atadura sexualidad/reproducción;
- Prohibir el uso de métodos anticonceptivos no naturales;
- Promover la abstinencia sexual y la fidelidad conyugal como respuesta al VIH Sida y como norma para los/as jóvenes;
- Recluir la diversidad sexual en lo privado, invocando el derecho a la intimidad;
- Propugnar la penalización del aborto en todos los casos.

Aparecen nuevas tácticas de intervención desde fundamentalismos religiosos que se concretan en la secularización del discurso a través del uso de argumentos científicos, jurídicos y de defensa de derechos humanos para promover su agenda.⁴

ductiva. También incluye su derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones ni violencia, de conformidad con lo establecido en los documentos de derechos humanos”.

2. Judith Salgado, *La reapropiación del cuerpo. Derechos sexuales en Ecuador*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, Corporación Editora Nacional, Serie Magíster, vol. 80, 2008, p. 49.
3. Ylva Bergman, *Abriendo Espacios. Guía política de salud y derechos sexuales y reproductivos*, Estocolmo, RFSU, 2005, p. 16.
4. Para un mayor desarrollo de este punto ver Juan Marco Vaggione (Nauj Ocrum seudónimo), “Los derechos sexuales y reproductivos y el activismo religioso. Nuevas estrategias para su efectivización en América Latina”, en <www.red-alas.org>

De otra parte, también las redes de organizaciones feministas y de mujeres mantienen y consolidan la estrategia de organización transnacional para incidir en el reconocimiento y vigencia de los derechos sexuales y reproductivos, tanto en el ámbito internacional como nacional.

Así por ejemplo, el proyecto Género y Justicia de Women's Link Worldwide, busca el desarrollo de una visión estratégica de incidencia en los sistemas judiciales, promoviendo el cambio social a través de las cortes. Para el efecto, se sirve del litigio estratégico que usa la ley como instrumento de cambio y promoción de los derechos humanos de las mujeres y la justicia social. Una modalidad de litigio estratégico es denominada de alto impacto cuando existen fuertes razones para creer que la decisión va a ser favorable o cuando el interés principal no es ganar sino posicionar un tema en la agenda pública. "Dentro de esta modalidad se busca influir en la opinión pública, vivificar la atención popular y política prestada al proceso, reforzar nuevos marcos de referencia y/o cambiar los términos del debate".⁵ Surge en este contexto, el proyecto Litigio de Alto Impacto en Colombia: la Inconstitucionalidad del Aborto (LAICIA).⁶

Este caso, marca un giro del movimiento de mujeres y feministas de Colombia, hacia un uso más estratégico del Derecho. "El movimiento de mujeres, por considerar el derecho como patriarcal estuvo ajeno a este tipo de litigio estratégico, y más bien en los últimos años se ha decidido por parte de las feministas acercarse e incidir en él con estrategias de litigio".⁷

Varios ciudadanos⁸ en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, presentaron demandas contra varios artículos del Código Penal que tratan sobre el aborto. La Corte Constitucional de Colombia (CCC) resuelve acumular los expedientes y decidir en una sola sentencia.⁹

Los demandantes piden la declaratoria de inconstitucionalidad del numeral 7 del art. 32, de los arts. 122, 124, y de la expresión "o en mujer menor de catorce años" contenida en el art. 123 del Código Penal.

A continuación transcribo los artículos demandados.

ART. 32.- Ausencia de responsabilidad. No habrá lugar a responsabilidad penal cuando:

-
5. Mónica Roa, "El proyecto LAICIA", en Susana Checa, comp., *Realidades y coyunturas del aborto. Entre el Derecho y la necesidad*, Buenos Aires, Editorial Paidós, 2006, p. 225.
 6. *Ibid.*, pp. 223-225.
 7. Entrevista a Carmen Alicia Mestizo, SISMA MUJER, Bogotá, 26 de abril de 2007.
 8. Mónica Roa; Pablo Jaramillo; Marcela Cubillos, Juana Dávila y Laura Porras.
 9. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-355/06.

1. (...)

7. Se abre por la necesidad de proteger un derecho propio o ajeno de un peligro actual o inminente, inevitable de otra manera, que el agente no haya causado intencionalmente o por imprudencia y que no tenga el deber jurídico de afrontar.

CAPÍTULO CUARTO

Del aborto

ART. 122.- Aborto. La mujer que causare su aborto o permitiere que otro se lo cause, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años.

A la misma sanción estará sujeto quien, con el consentimiento de la mujer, realice la conducta prevista en el inciso anterior.

ART. 123.- Aborto sin consentimiento. El que causare el aborto sin consentimiento de la mujer o en mujer menor de catorce años, incurrirá en prisión de cuatro (4) a diez (10) años.

ART. 124.- Circunstancias de atenuación punitiva. La pena señalada para el delito de aborto se disminuirá en las tres cuartas partes cuando el embarazo sea resultado de una conducta constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas.

PAR.- En los eventos del inciso anterior, cuando se realice el aborto en extraordinarias condiciones anormales de motivación, el funcionario judicial podrá prescindir de la pena cuando ella no resulte necesaria en el caso concreto.

Llama la atención en esta sentencia el alto número de intervenciones tanto para apoyar como para rechazar los argumentos planteados por las demandantes. Constan ciudadanas/os, entidades estatales, organizaciones de la sociedad civil, iglesias, universidades, varias de estas intervenciones provienen de universidades u ONG internacionales. Los principales argumentos son resumidos y forman parte del fallo de la CCC.

La CCC sintetiza las pretensiones de las y el demandante en los siguientes términos:

Consideran los demandantes que las disposiciones acusadas vulneran los siguientes derechos constitucionales: el derecho a la dignidad (Preámbulo y artículo 1 de la C. P.), el derecho a la vida (art. 11 de la C. P.), el derecho a la integridad personal (art. 12 de la C. P.), el derecho a la igualdad y el derecho general de libertad (art. 13 de la C. P.), el derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 16 de la C. P.), la autonomía reproductiva (art. 42 de la C. P.), el derecho a la salud (art. 49 de la C. P.) y las obligaciones de derecho internacional de derechos humanos (art. 93 de la C. P.).... En primer lugar, los actores sostienen que sus demandas son procedentes pues no se ha configurado el fenómeno de cosa juzgada formal, ni material respecto de las sentencias C-133 de 1994, C-013 de 1997, C-641 de 2001 y C-198 de 2002. ...En general las razones formuladas por los

demandantes giran en torno a que los enunciados normativos del Código Penal que tipifican el delito de aborto (art. 122), de aborto sin consentimiento (art. 123) y las circunstancias de atenuación punitiva del delito de aborto (art. 124) son inexecutable porque limitan de manera desproporcionada e irrazonable los derechos y libertades de la mujer gestante, inclusive cuando se trata de menores de catorce años. Afirman también que los enunciados normativos demandados son contrarios a diversos tratados de derecho internacional de los derechos humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad, de conformidad con el artículo 93 de la C. P., y a opiniones emitidas por los organismos encargados de interpretar y aplicar dichos instrumentos internacionales. Y, de manera particular, el cargo relacionado con el numeral séptimo del artículo 32 del mismo Código Penal, gira en torno a que el estado de necesidad regulado por esta norma vulnera los derechos fundamentales a la vida y a la integridad personal de la mujer, porque esta se ve obligada a someterse a un aborto clandestino “y por tanto humillante y potencialmente peligroso para su integridad”.

En este artículo me centraré en el análisis de fondo que realiza la CCC, aunque vale la pena mencionar antes que la Corte considera que aun si en otras sentencias ha abordado el tema del aborto, no se ha producido el efecto de cosa juzgada en ninguna de sus modalidades y respecto de ninguna de las disposiciones acusadas y que por lo mismo las demandas son procedentes.

A continuación resumo los principales puntos desarrollados por la CCC en este caso.

La CCC señala la relevancia que la Constitución Política de Colombia (CPC) de 1991 da a la vida. Manifiesta que esta Constitución “constituye un punto de inflexión en el constitucionalismo colombiano al establecer la irrupción de la vida como uno de los valores fundamentales del nuevo orden normativo”.

Menciona diferentes artículos constitucionales que ponen de manifiesto esta afirmación.¹⁰ Distingue sin embargo entre *el derecho a la vida y la vida como un bien constitucionalmente relevante que debe ser protegido por el Estado colombiano*. Mientras el primero supone para su ejercicio la titularidad que está restringida a la persona humana, la protección de la vida se predica incluso de quienes no han alcanzado tal condición. Por lo mismo sostiene que para la Corte “el fundamento de la prohibición del aborto radicó en el deber de protección del Estado colombiano a la vida en gestación y no en el carácter de persona humana del *nasciturus* y en tal cali-

10. Artículo 2.- ...Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares; Artículo 11.- El derecho a la vida es inviolable. No habrá pena de muerte; Artículo 44.- Son derechos fundamentales de los niños: la vida...; Artículo 95.- Son deberes de la persona y del ciudadano:... 2. Obrar conforme al principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas.

dad titular del derecho a la vida”. De otra parte, afirma que si bien le corresponde al Congreso adoptar medidas para proteger la vida dentro de sus competencias, esto no significa que todas estén justificadas “porque a pesar de su relevancia constitucional la vida no tiene el carácter de un valor o un derecho de carácter absoluto y debe ser ponderada con otros valores, principios y derechos constitucionales”.

Concluye que la vida y el derecho a la vida son fenómenos diferentes, pues la vida transcurre en diferentes etapas, se manifiesta de diferentes formas y tienen una protección jurídica distinta. “El ordenamiento jurídico, si bien es verdad, que otorga protección al *nasciturus*, no la otorga en el mismo grado e intensidad que a la persona humana”.

La CCC hace un recuento de algunas normas del *Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH)*¹¹ que reconocen *el derecho a la vida*. Concluye en este punto que no se puede desprender de esta normativa –parte del bloque de constitucionalidad–.¹²

...un deber de protección absoluto e incondicional de la vida en gestación; por el contrario, tanto de su interpretación literal como sistemática surge la necesidad de ponderar la vida en gestación con otros derechos, principios y valores reconocidos en la Carta de 1991 y en otros instrumentos de derecho internacional de los derechos humanos, ponderación que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha privilegiado. Dicha ponderación exige identificar y sopesar los derechos en conflicto con el deber de protección de la vida, así como apreciar la importancia constitucional del titular de tales derechos, en estos casos, la mujer embarazada.

La CCC pasa enseguida a analizar los *derechos fundamentales de las mujeres en la CPC y el DIDH*. Incluye en este punto la importancia que la Carta de 1991 da a los derechos de las mujeres, remite a un gran número de sentencias en que la CCC ha protegido los derechos de las mujeres, hace un recuento de las distintas conferencias mundiales en las que los derechos de las mujeres han sido centrales, resalta los avances que en tal materia ha introducido la Convención de eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), la Convención de Belem do

11. Art. 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos; art. 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 1 de la Convención Internacional de Derechos del Niño.

12. Según la jurisprudencia más reciente la CCC “...ha adoptado una noción *lato sensu* del bloque de constitucionalidad según la cual estaría compuesto por todas aquellas normas, de diversa jerarquía, que sirven como parámetro para llevar a cabo el control de constitucionalidad de la legislación. [Estaría conformado por] no solo el articulado de la Constitución sino, entre otros, por los tratados internacionales de que trata el art. 93 de la Carta, por las leyes orgánicas, y en algunas ocasiones por las leyes estatutarias...los tratados internacionales que consagran derechos humanos intangibles, es decir, cuya conculcación está prohibida durante los Estados de Excepción...los convenios sobre derecho internacional humanitario”. C- 355/06.

Pará y el Estatuto de Roma de creación de la Corte Penal Internacional. Enfatiza en que “los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres han sido finalmente reconocidos como derechos humanos, y como tales han entrado a formar parte del derecho constitucional, soporte fundamental de todos los Estados democráticos”. Finalmente sostiene que de las normas constitucionales e internacionales no se deduce un mandato de despenalización del aborto o de prohibición a los legisladores de tomar normas penales en este ámbito.

A continuación la CCC desarrolla los *límites a la potestad de configuración del legislador en materia penal*.

Afirma que el legislador no tiene una discrecionalidad absoluta para definir los tipos delictivos, los procedimientos penales y las sanciones. El poder punitivo tiene como límite material los derechos constitucionales, su núcleo esencial, criterios de razonabilidad, y proporcionalidad y de estricta legalidad.

Siguiendo el hilo de esta argumentación la CCC se concentra en el derecho a la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad y la salud de las mujeres.

La CCC sostiene que la *dignidad humana* se concreta en considerar al ser humano como un fin en sí mismo y no como un instrumento o un medio para la realización de la voluntad o intereses ajenos. Tanto el principio de dignidad humana como el derecho fundamental a la dignidad humana, a pesar de su distinta naturaleza funcional coinciden en cuanto al ámbito de conductas protegidas, a saber: “i) la autonomía o posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como se quiere), ii) ciertas condiciones materiales de existencia (vivir bien), iii) la intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones)”.¹³

Precisa que en el caso de las mujeres la protección de su dignidad humana

...incluye las decisiones relacionadas con su plan de vida, entre las que se incluye la autonomía reproductiva, al igual que la garantía de su intangibilidad moral, que tendría manifestaciones concretas en la prohibición de asignarle roles de género estigmatizantes, o inflingirle sufrimientos morales deliberados.

Concluye entonces que el legislador al dictar normativa penal

...no puede desconocer que la mujer es un ser humano plenamente digno y por tanto debe tratarla como tal, en lugar de considerarla y convertirla en un simple instrumento de reproducción de la especie humana, o de imponerle en ciertos casos, contra su voluntad, servir de herramienta efectivamente útil para procrear.

13. Sentencia T-881 de 2002. Corte Constitucional de Colombia.

Así también señala como límite a la potestad legislativa penal el *derecho al libre desarrollo de la personalidad* que contiene entre otros “el derecho a ser madre o en otros términos, la consideración de la maternidad como una ‘opción de vida’ que corresponde al fuero interno de cada mujer”.

También realza la CCC que la protección constitucional del bien jurídico de la salud y el *derecho a la salud* en conexidad con el derecho a la vida y la integridad personal limita la potestad legislativa en el ámbito penal, excluyendo la adopción de medidas que menoscaben la salud de las personas, aunque sea con el fin de preservar el interés general, de terceros o bienes de relevancia constitucional, pero también reservando al individuo decisiones relacionadas con su salud libre de interferencias estatales y de particulares.

La CCC desestima el argumento de la demandante Mónica Roa de que las recomendaciones y observaciones de órganos de vigilancia de tratados internacionales son parte del *bloque de constitucionalidad* y que por lo mismo son un parámetro para el análisis de constitucionalidad de leyes. En la demanda se mencionan algunas de ellas que cuestionan la penalización del aborto en todos los casos.¹⁴ Mantiene la Corte que una cosa es que la jurisprudencia de las instancias internacionales constituye una pauta relevante para la interpretación de instrumentos internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad y otra muy diferente es asignarle a dicha jurisprudencia el carácter de bloque de constitucionalidad. Más aún, aclara que en opinión de la CCC únicamente las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos constituyen jurisprudencia proveniente de instancias internacionales.

La CCC hace notar que el cambio político de un Estado liberal de Derecho –fundado en la soberanía nacional y en el principio de legalidad– a un Estado Social de Derecho –que entre sus fines esenciales tiene la garantía de efectividad de principios, derechos y deberes constitucionales– presupone la renuncia a teorías absolutas de la autonomía legislativa en materia penal. Plantea la necesidad de recurrir a un *juicio de proporcionalidad* para decidir en qué circunstancias el legislador penal, con el propósito de proteger la vida del *nasciturus* termina afectando de manera desproporcionada los derechos de la mujer y transgrediendo los límites dentro de los cuales puede ejercer su potestad legislativa.

En efecto, al momento de entrar al análisis específico de las normas demandadas la CCC partirá de la idea central de que discutir el aborto desde un enfoque consti-

14. Comité de Derechos Humanos, caso Llantoy vs. Perú. Comunicación No. 1153/2003; Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 6, El derecho a la vida, Doc. N.U., CCPR/C/21, Rev. 1, 30 de julio de 1982. Comité de la CEDAW, Recomendación General No. 19, La violencia contra la mujer. Doc. N.U. A/47/28, 30 de enero de 1992, párrafo 7.

tucional implica asumir la tensión entre diversos principios, derechos y valores. Por un lado aquellos en cabeza de la mujer embarazada y por otro la vida en gestación como un bien de relevancia constitucional. Sostiene que las repuestas que los ordenamientos jurídicos han dado a esta tensión han sido muy variadas. Afirma que “dada la relevancia de los derechos, principios y valores constitucionales en juego no es desproporcionado que el legislador opte por proteger la vida en gestación por medio de disposiciones penales”. No obstante, también deja abierta la posibilidad de discutir si las medidas de protección de la vida en gestación deben ser necesariamente de carácter penal o si pueden resultar más efectivas diversas herramientas de política social.

Ahora bien, la CCC es enfática en sostener la inconstitucionalidad de la penalización del aborto en toda circunstancia.

Empero, si bien no resulta desproporcionada la protección del *nasciturus* mediante medidas de carácter penal y en consecuencia la sanción del aborto resulta ajustada a la Constitución Política, la penalización del aborto en todas las circunstancias implica la completa preeminencia de uno de los bienes jurídicos en juego, la vida del *nasciturus*, y el consiguiente sacrificio absoluto de todos los derechos fundamentales de la mujer embarazada, lo que sin duda resulta a todas luces inconstitucional... Ahora bien, una regulación penal que sancione el aborto en todos los supuestos, significa la anulación de los derechos fundamentales de la mujer, y en esa medida supone desconocer completamente su dignidad y reducirla a un mero receptáculo de la vida en gestación, carente de derechos o de intereses constitucionalmente relevantes que ameriten protección.

Reforzando este punto la CCC retoma argumentos desarrollados en la aclaración de una sentencia anterior sobre el aborto, para ratificar que hay circunstancias en las cuales no se le puede exigir a la mujer asumir mantener un embarazo que implica la vulneración de su dignidad humana y autonomía.

Como se advirtió, cuando una mujer es violada o es sometida a alguno de los procedimientos a los que se refiere el parágrafo acusado, sus derechos a la dignidad, a la intimidad, a la autonomía y a la libertad de conciencia son anormal y extraordinariamente vulnerados, ya que es difícil imaginar atropello contra ellos más grave y también extraño a la convivencia tranquila entre iguales. La mujer que como consecuencia de una vulneración de tal magnitud a sus derechos fundamentales queda embarazada no puede jurídicamente ser obligada a adoptar comportamientos heroicos, como sería asumir sobre sus hombros la enorme carga vital que continuar el embarazo implica, ni indiferencia por su valor como sujeto de derechos, como sería soportar impasiblemente que su cuerpo, contra su conciencia, sea subordinado a ser un instrumento útil de procreación. Lo normal y ordinario es que no sea heroína e indiferente. Siempre que una mujer ha sido violada o instrumentalizada para procrear, lo excepcional y admirable consiste en que adopte la decisión de mantener su embarazo hasta dar a luz. A pesar de que el Estado no le brinda

ni a ella ni al futuro niño o niña ninguna asistencia o prestación de la seguridad social, la mujer tiene el derecho a decidir continuar su embarazo, si tiene el coraje para hacerlo y su conciencia, después de reflexionar, así se lo indica. Pero no puede ser obligada a procrear, ni objeto de sanción penal por hacer valer sus derechos fundamentales y tratar de reducir las consecuencias de su violación o subyugación.¹⁵

Siguiendo esta línea de argumentación la CCC decide¹⁶ declarar la *exequibilidad* condicionada del art. 122, entendiendo que no se incurre en el delito de aborto cuando contando con la voluntad de la mujer, la interrupción del embarazo se produzca en las siguientes hipótesis:

- a) Cuando el embarazo sea producto de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas o incesto. En estos casos se requerirá la presentación de la respectiva denuncia ante las autoridades competentes.
- b) Cuando la vida o la salud física o mental de la madre gestante corran peligro.
- c) Cuando existan malformaciones del feto que por su gravedad hagan inviable su vida.

En los dos últimas hipótesis se requerirá el certificado de un/a profesional de la medicina.

También se declara inexecutable la expresión “o en mujer menor de catorce años” por considerar que la medida contemplada en el art. 123¹⁷ es desproporcionada y afecta el derecho al libre desarrollo de la personalidad, a la autonomía y a la dignidad de la menor embarazada.

Todas las hipótesis contempladas en el art. 124 del CPC son consideradas ahora como situaciones no constitutivas de delito de aborto y no únicamente como generadoras de atenuación punitiva. Por lo mismo su permanencia pierde su razón de ser por lo que se retira esta norma y su respectivo párrafo del ordenamiento jurídico.

Finalmente se declara executable el num. 7 del art. 32 del CPC, que excluye la responsabilidad penal cuando se obre por estado de necesidad.

Esta sentencia de la CCC marca un punto de inflexión en el tratamiento del aborto en Colombia que antes de esta decisión se encontraba entre aquel grupo de países que penalizaban el aborto en toda circunstancia. Pero esto surge en un contexto de

15. Aclaración de voto a la sentencia C-647 de 2001 suscrita por los magistrados Jaime Araujo Rentería, Alfredo Beltrán Sierra, Manuel José Cepeda y Clara Inés Vargas Hernández.

16. Es importante resaltar que la sentencia es suscrita con 5 votos a favor entre los cuales constan dos aclaraciones de voto, 3 votos salvados y un impedimento aceptado.

17. Art. 123.- Aborto sin consentimiento. El que causare el aborto sin consentimiento de la mujer *o en mujer menor de catorce años*, incurrirá en prisión de cuatro (4) a diez (10) años. (El resaltado es nuestro).

debate público, de canalización de las demandas sociales, de una relación más cercana entre movimientos sociales e institucionalidad.

El proceso en sí ha permitido que varias organizaciones de mujeres se apropien del fallo y proyecten usarlo de la manera más *emancipatoria* posible. Se continúa trabajando con medios de comunicación, el Congreso, la Administración de Justicia, el Ministerio de Salud. Se busca que el fallo sea una realidad, que el efecto no sea meramente simbólico sino que se concrete en reducir el número de abortos ilegales como tema estratégico.¹⁸

Fecha de recepción: 4 de abril de 2008.

Fecha de aceptación: 22 de abril de 2008.

18. Entrevista a Isabel Cristina Jaramillo. Bogotá 24 de abril de 2007.

Pluralismo jurídico y la Corte Suprema de Justicia peruana

Comentario a la resolución de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia del Perú (caso rondas campesinas de Pueblo Libre y Santa Rosa)*

*Raúl Llasag Fernández***

RESUMEN

Este artículo analiza el pluralismo jurídico que de hecho se ha practicado en todo momento, pero que se constitucionaliza en 1993 en el Perú y en 1998 en el Ecuador, sin embargo la justicia ordinaria se ha resistido a reconocer su vigencia y se ha dedicado a reprimir a las autoridades de las rondas campesinas, autoridades de las comunidades campesinas y nativas o indígenas. En Perú solo en el año 2004 se reconoce el principio como jurisprudencialmente vigente. El análisis de la jurisprudencia será sumamente breve, en primer lugar describiré el caso en una forma sucinta, en segundo lugar relataremos el origen de las rondas campesinas, en tercer lugar se hará referencia al reconocimiento del pluralismo jurídico, luego realizaremos observaciones a la resolución, para aterrizar en dos conclusiones concretas, y finalmente transcribiré la sentencia.

PALABRAS CLAVE: reconocimiento del pluralismo jurídico, justicia ordinaria, justicia comunitaria, justicia de paz, derecho consuetudinario.

ABSTRACT

In Peru, as it occurs in Ecuador and in general, in Latin-American countries, there is a divorce between the formal constitutional recognition and the practices of the Judicial Branch. An illustrative case is that of legal pluralism, that has been practiced always, but was only recognized at constitutional level in Peru in 1993 and in Ecuador in 1998. Ordinary justice has been reluctant to recognize its validity and has always punished the authorities of rural patrols, and the authorities of peasant, native and indigenous communities. In Peru, legal pluralism has been jurisprudentially recognized only since 2004. The analysis of the resolution will

* RN. No. 975-04. 9 de junio de 2004.

** Analista de reformas normativas de la Subsecretaría de Desarrollo Normativo, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Ecuador.

be brief. It describes concisely the case; refers to the origins of rural patrol; mentions the recognition of legal pluralism; comments the resolution; arrives to two concrete conclusions; and, finally, transcribes the sentence.

KEY WORDS: recognition of legal pluralism, ordinary justice, communitarian justice, peace justice, consuetudinary law.

FORO

ANTECEDENTES DEL CASO

Los integrantes de las rondas campesinas de los centros poblados de Pueblo Libre y Santa Rosa de la jurisdicción de la provincia de Moyabamba en el departamento de San Martín, en aplicación de sus normas internas procesan a Segundo Sánchez Avellaneda, Abel Olivera Vega, Blanco Uribe Olivera Vega y Segundo Félix Cubas Alcántara, quienes en el proceso admiten ser autores de los delitos de robo, violación sexual y asesinato cometido en sus territorios y luego del procedimiento son condenados a la pena de *cadena ronderil*, esto es, pasarlos de una ronda a otra a efectos de que sean reconocidos por sus habitantes y además presten trabajo gratuito a favor de las respectivas comunidades.

Posteriormente los integrantes de la rondas campesinas son procesados por la justicia ordinaria por un supuesto delito de secuestro y son condenados (Maximiliano Torres Torres, Leonidas Fernández Banda, Efraín Bustamante Dávila, Pedro Ramírez Medina, Jesús Acuña Olano, Wilfredo Cueva Izquierdo, José Hilario Bustamante Izquierdo, José Francisco Bustamante Sayaverde, María Consuelo Llatas Vásquez, Elita Ramírez Altamirano, Oscar Huamán Banda) como autores del delito de secuestro, usurpación de funciones y violencia y resistencia a la autoridad en agravio del Estado, a tres años de pena privativa de libertad efectiva, y al pago de un mil nueve soles por concepto de reparación civil.

Finalmente la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia peruana, declara la nulidad de todos los cargos, argumentando que el actuar se encuentra normado y regulado por el art. 149 de la Constitución Política del Perú que dice "...las Rondas Campesinas pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario...".

ORIGEN DE LAS RONDAS CAMPESINAS

Las *rondas campesinas* peruanas, según Raquel Irigoyen, surgen en la segunda mitad de los setenta del siglo pasado, en el contexto social y cultural andino, a consecuencia del abandono estatal posterior a la reforma agraria y la agudización de la pobreza y el consiguiente agravamiento de los problemas de seguridad, como el robo por bandas organizadas. Ante esa realidad se organizaron las denominadas *rondas campesinas* o simplemente *rondas*, como grupos de vigilancia nocturna y luego se fueron convirtiendo en una autoridad propia de la comunidad. A partir del éxito alcanzado en el control del abigeato, las *rondas campesinas* se convierten en autoridades que procesarán y resolverán todo tipo de conflictos e inclusive ampliaron sus funciones a tareas de desarrollo comunal, gobierno local e interlocución con el Estado.

Sin embargo de su efectividad y realidad, los *ronderos* fueron perseguidos por la justicia ordinaria y muchas veces sancionados por delitos de secuestro y otros.¹

RECONOCIMIENTO DEL PLURALISMO JURÍDICO

El Perú consagra el pluralismo jurídico en la Constitución de 1993² inspirado en el debate internacional al ratificar el Convenio 169 de la OIT³ y básicamente en la Constitución colombiana de 1991.

Por tanto a raíz de 1993, en el Perú constitucionalmente coexisten al menos:

- a) La justicia ordinaria;
- b) La justicia comunitaria.

1. Raquel Irigoyen, "Hacia el reconocimiento pleno de las rondas campesinas y pluralismo jurídico", <<http://www.alertanet.org/ryf-alpanchis.htm>>

2. Art. 149 de la Constitución Política peruana: "Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el *derecho consuetudinario* siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de coordinación de dicha *jurisdicción especial* con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial". (las cursivas son nuestras)

3. Convenio 169 de la OIT: art. 8, 2: "Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar *sus* costumbres e instituciones propias siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse *procedimientos* para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio". (las cursivas son nuestras)

Art. 9,1: "En la medida que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, *deberán respetarse los métodos* a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros". (las cursivas son nuestras)

- c) La justicia de paz
- d) Las rondas campesinas.

La resolución de fecha 9 de junio de 2004 emitida por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia del Perú, marca un hito en la justicia ordinaria, al reconocer la vigencia del pluralismo jurídico en el Perú.

La indicada resolución rompe con la práctica del monismo jurídico de la justicia ordinaria y los argumentos de algunos autores que sostienen que el art. 149 de la Constitución Política peruana “no reconoce facultad de administrar justicia a las rondas campesinas, en su lugar solo les reconoce una facultad de ‘apoyo’ a las autoridades de las comunidades campesina y nativas”.⁴

OBSERVACIONES

Si tomamos en cuenta que el Estado peruano al igual que el Estado ecuatoriano reconocen constitucionalmente el carácter pluricultural con el correspondiente derecho a la diversidad cultural y, además, el pluralismo jurídico con el correspondiente derecho a las propias jurisdicciones especiales, la definición e interpretación de los derechos humanos no se puede hacer solamente desde una orientación cultural y jurídica como la estatal (occidental), porque ello sería imponer una sola visión, actitud contraria al principio de la pluriculturalidad. Los derechos humanos deben ser definidos e interpretados a base del diálogo *interlegal*, a través de métodos de ponderación e interpretación intercultural de los hechos y del derecho mismo, sin perder de vista las normas de interpretación pro pueblos indígenas garantizados en el art. 35 del Convenio 169 de la OIT. Cuestiones éstas que no son tomadas en consideración en la resolución objeto de este comentario.

CONCLUSIÓN

Pese al vacío en la argumentación e interpretación de la Resolución de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia peruana, merece las siguientes conclusiones concretas:

1. En el Perú tanto desde el punto de vista teórico y práctico, así como por reconocimiento jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, está vigente el pluralismo jurídico y al menos coexisten o conviven: la justicia ordinaria, justicia comunitaria y nativa, y las rondas campesinas. Pero lo destacable es que

4. Juan Carlos Ruiz Molleda, en <<http://www.justiciaviva.org.pe/justmail/proyecto%20>>

dentro de las comunidades campesinas y nativas, lo que para nosotros son comunidades campesinas, coexisten la justicia de paz, justicia comunitaria y rondas campesinas.

2. Esta visión de coexistencia y vigencia del pluralismo jurídico peruano, es muy ilustrativo para los jueces y ministros de la justicia ordinaria ecuatoriana, que aún siguen procesando y juzgando a las autoridades de los pueblos indígenas por ejercer la facultad constitucional del inciso cuarto del art. 191 de la Constitución Política, por supuestos delitos de plagio, detención ilegal, robo, etc.

“CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA PENAL TRANSITORIA

RN. No. 975-04

SAN MARTÍN

Lima, nueve de junio del dos mil cuatro.-

VISTOS; interviniendo como ponente el Vocal Supremo Alfonso Valdez Roca, con lo expuesto por el Señor Fiscal Supremo; y considerando: **Primero.-** “Que el delito de secuestro se configura cuando el agente priva a una persona, *sin derecho*, de la facultad de movilizarse de un lugar a otro, con independencia de que se le deje cierto espacio físico para su desplazamiento y cuyos límites la víctima no puede traspasar, desde este punto de vista lo importante no es la capacidad física de moverse por parte del sujeto pasivo sino la de decidir el lugar donde quiere o no quiere estar y lo más importante de esta disquisición, es que en el aludido tipo penal se usa la expresión ‘sin derecho priva a la víctima de su libertad’, pero esta privación de la libertad tiene una consecuencia, perseguida por el agente, a un fin mediato; siendo la privación de la libertad solo un modo facilitador. **Segundo.-** Que en el presente caso los procesados en su condición de integrantes de las rondas campesinas de los centros poblados de Pueblo Libre y Santa Rosa jurisdicción de la Provincia de Moyobamba en el departamento de San Martín, teniendo conocimiento que los presuntos agraviados Segundo Sánchez Avellaneda, Abel Olivera Vega, Blanco Uribe Olivera Vega y Segundo Félix Cubas Alcántara, admitieron a fojas cuatrocientos treinta y uno, cuatrocientos treinta y dos, cuatrocientos treinta y tres y cuatrocientos treinta y cuatro, ser los autores de los delitos de robo, violación sexual y asesinato que se habrían cometido en sus territorios, decidieron sancionarlos de acuerdo a sus costumbres condenándolos, a ‘cadena ronderil’, esto es pasarlos de una ronda a otra a efectos de que sean reconocidos por sus habitantes y además presten trabajo gratuito a favor de las respectivas comunidades. **Tercero.-** Que en tal sentido la conducta de los procesados no reviste el carácter doloso que requiere el tipo penal de secuestro, dado que su actuar se encuentra normado y regulado por el artículo ciento cuarenta y nueve de la Constitución Política del Perú que a la letra dice ‘...las Rondas Campesinas pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario...’ no habiéndose advertido con ello ningún ejercicio abusivo del cargo ya que por el contrario todos los denunciados actuaron conforme a sus ancestrales costumbres.

Cuarto.- Que el inciso ocho, del artículo veinte del Código Penal, señala que está exento de responsabilidad penal, ‘el que obra por disposición de la ley, en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo’, por lo que, si los procesados en su condición de ronderos, momentáneamente aprehendieron a los presuntos agraviados; sin embargo su accionar es legítimo por cuanto se encuentra enmarcado en el artículo ciento cuarenta y nueve de nuestra Carta Magna. **Quinto.-** Que al haber concurrido la causa de justificación ‘el actuar por disposición de la ley’ en el presente proceso; en consecuencia si bien la acción es típica; sin embargo no es antijurídica, por ende tampoco culpable, resultando de aplicación el artículo doscientos ochenta y cuatro del Código de Procedimientos Penales. **Sexto.-** Que en cuanto a los acusados Julio Chamaya Delgado y Joel Yépez Tarrillo, que no han concurrido al juicio oral, igualmente procede que sean absueltos teniendo en cuenta los considerandos precedentes; por estas consideraciones: Declararon haber nulidad en la sentencia recurrida de fojas setecientos noventa y dos, su fecha once de febrero de dos mil cuatro, que *condena* a Maximiliano Torres Torres, Leonidas Fernández Banda, Efraín Bustamante Dávila, Pedro Ramírez Medina, Jesús Acuña Olano, Wilfredo Cueva Izquierdo, José Hilario Bustamante Izquierdo, José Francisco Bustamante Sayaverde, María Consuelo Llatas Vásquez, Elita Ramírez Altamirano, Oscar Huamán Banda, como autores del delito de secuestro, en agravio de Segundo Sánchez Avellaneda, Abel Olivera Vega, Blanco Uribe Olivera Vega y Segundo Félix Cubas Alcántara, usurpación de funciones y violencia y resistencia a la autoridad en agravio del Estado; a tres años de pena privativa de libertad efectiva, y al pago de un mil nuevos soles por concepto de reparación civil, y reformándola *absolvieron* a Maximiliano Torres Torres, Leonidas Fernández Banda, Efraín Bustamante Dávila, Pedro Ramírez Medina, Jesús Acuña Olano, Wilfredo Cueva Izquierdo, José Hilario Bustamante Izquierdo, José Francisco Bustamante Sayaverde, María Consuelo Llatas Vásquez, Elita Ramírez Altamirano, Oscar Huamán Banda, así como a los procesados ausentes Julio Chamaya Delgado y Joel Yépez Tarrillo, de la acusación fiscal por el delito de secuestro, en agravio de Segundo Sánchez Avellaneda, Abel Olivera Vega, Blanco Uribe Olivera Vega y Segundo Félix Cubas Alcántara y de los delitos de usurpación de funciones y violencia y resistencia a la autoridad en agravio del Estado en consecuencia, *dispusieron* la anulación de los antecedentes penales y judiciales que se hayan generado como consecuencia del presente proceso, y el archivo definitivo de todo lo actuado en su debida oportunidad; y encontrándose recludos, *ordenaron* la inmediata excarcelación de los procesados absueltos siempre que no medie mandato de detención emanado de autoridad competente; y que se levanten las órdenes de ubicación y captura que puedan existir en su contra, así como de los procesados Julio Chamaya Delgado y Joel Yépez Tarrillo; y los devolvieron...”

Ss. Gonzáles Campos R.O., Villa Stein, Valdez Roca, Cabanillas Zaldivar, Vega Vega.

Colaboradores

Daniel Achá Lemaitre, boliviano, abogado de la Universidad San Francisco Xavier de Chuquisaca, Sucre, Bolivia; Magíster en Derecho con mención en Derecho internacional económico (c), Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. *daniel_acha007@hotmail.com*

Enrique Miguel del Percio, argentino, doctor en Filosofía Jurídica, Especialista en Sociología de las Instituciones y Abogado, Universidad de Buenos Aires; Profesor regular de Sociología Jurídica en la Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, de Epistemología de las Ciencias Sociales, Maestría en Integración Internacional de la Universidad Nacional de Rosario y de Filosofía Social y Política en la Universidad del Salvador, Sede Colegio Máximo de San Miguel. *enri-
quedelpercio@yahoo.com.ar*

Pablo Egas R., ecuatoriano, doctor en Jurisprudencia Pontificia Universidad Católica del Ecuador; Especialista Superior en Legislación Tributaria, y Magíster en Derecho Económico, con mención en Derecho de la Empresa, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. *pegas@uasb.edu.ec*

Claudia Escobar García, colombiana, abogada, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá; Licenciada en Filosofía (c), Pontificia Universidad Javeriana; Magíster en Derecho, mención Derecho constitucional, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. *claudiae57@yahoo.com*

Eusebio González García, español, doctor en Derecho, Universidad Complutense de Madrid; Doctor Honoris Causa, Universidad de Buenos Aires, catedrático de la Universidad de Salamanca. *euse-
biog@usal.es*

Raúl Llasag, ecuatoriano, licenciado en Ciencias Políticas y Sociales, doctor en Jurisprudencia por la Universidad Central del Ecuador; Magíster en Derecho, mención Derecho constitucional, Universidad Simón Bolívar, Sede Ecuador. *rllasag@hotmail.com*

David Padilla Moreno, ecuatoriano, abogado, Pontificia Universidad Católica del Ecuador; Diploma Superior y Magíster en Derecho internacional económico, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Diploma en Propiedad Industrial por la Universidad de Buenos Aires. *davidspadilla@yahoo.com*

- Thalis Ryan Andrade**, brasileño, especialista en Comercio Exterior y Aduanas por la Universidad del Vale do Itajaí, UNIVALI; alumno del máster en Derecho/Relaciones Internacionales de la Universidad Federal de Santa Catarina, UFSC, Brasil. *thalisryan@gmail.com*
- Judith Salgado Álvarez**, ecuatoriana, doctora en Jurisprudencia, Pontificia Universidad Católica del Ecuador; Diploma Superior en Ciencias Sociales, mención en Derecho Humanos y Seguridad Democrática, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO); Magíster en Estudios Latinoamericanos, mención en Derechos Humanos, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. *jsalgado@uasb.edu.ec*
- Claudia Storini**, italiana, doctora en Derecho, Universidad de Valencia; profesora de Derecho constitucional, Universidad Pública de Navarra; *claudia.storini@unavarra.es*
- Carolina Silva Portero**, ecuatoriana, abogada, Pontificia Universidad Católica del Ecuador (c); Finalista del III Concurso Iberoamericano de Derechos Humanos Francisco Suárez S.J., Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá; semifinalista en el XII Concurso Interamericano de Derechos Humanos, American University, Washington DC; ex becaria del Centro de Derechos Humanos de la PUCE; miembro-cofundadora de la organización Litigio e Investigación en Derechos Humanos (LIDH). *carolasilvap@gmail.com*
- José Vicente Troya Jaramillo**, ecuatoriano, doctor en Jurisprudencia, Pontificia Universidad Católica del Ecuador; Posgrado en Finanzas Públicas y Derecho Tributario, Università degli Studi di Roma; Máster en Derecho internacional, Erasmus University, Róterdam; Máster en Derecho del comercio internacional, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid; Candidato a Doctor en Derecho, Universidad de Salamanca. *jvtroya@hotmail.com*
- Rosario Valpuesta Fernández**, española, doctora en Derecho, Universidad de Sevilla; catedrática de la Universidad Pablo de Olavide, Sevilla. *rvalfer@upo.es*
- Renata Vargas Amarral**, brasileña, Máster en Derecho de los Negocios Internacionales por la Universidad Complutense de Madrid y alumna del Máster en Derecho, concentración en Relaciones Internacionales de la Universidad Federal de Santa Catarina; abogada en libre ejercicio. *revamaral@gmail.com*

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). Adicionalmente, se indicarán al menos cinco palabras clave que establezcan los temas centrales del artículo.
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

DIRECTOR DEL ÁREA DE DERECHO

José Vicente Troya Jaramillo

Toledo N22-80 • Apartado postal: 17-12-569 • Quito, Ecuador

Teléfonos: (593 2) 322 8031, 322 8436 • Fax: (593 2) 322 8426

Correo electrónico: ealban@corpmyl.com, dmartinez@uasb.edu.ec

www.uasb.edu.ec



CORPORACIÓN
EDITORIA NACIONAL

Roca E9-59 y Tamayo • Apartado postal: 17-12-886 • Quito, Ecuador

Teléfonos: (593 2) 255 4358, 255 4658, 256 6340 • Fax: ext. 12

Correo electrónico: cen@cenlibrosecuador.org

www.cenlibrosecuador.org

SUSCRIPCIONES

Valor de la suscripción bianual:

Ecuador: USD 29,00

América: USD 60,00

Europa: USD 77,00

Resto del mundo: USD 87,00

Valor del ejemplar suelto: USD 9,00

Dirigirse a:

CORPORACIÓN EDITORA NACIONAL

Roca E9-59 y Tamayo • Apartado postal: 17-12-886 • Quito, Ecuador

Teléfonos: (593 2) 255 4358, 256 6340 • Fax: ext. 12

Correo electrónico: ventas@cenlibrosecuador.org

CANJES

Se acepta canje con otras publicaciones periódicas.

Dirigirse a:

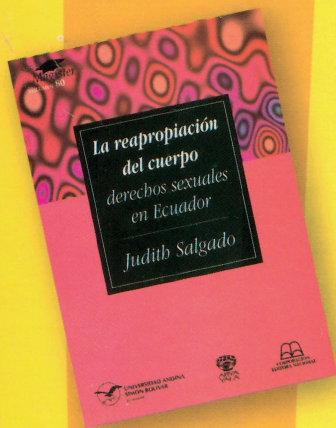
UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR, SEDE ECUADOR

Centro de Información

Toledo N22-80 • Apartado postal: 17-12-569 • Quito, Ecuador

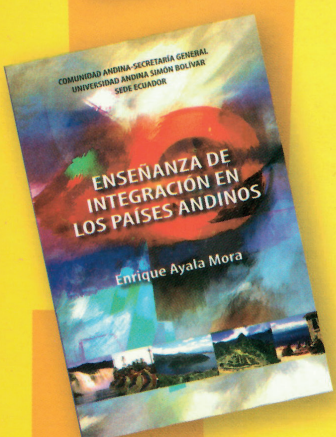
Teléfono: (593 2) 322 8094 • Fax: (593 2) 322 8426

Correo electrónico: biblioteca@uasb.edu.ec



Judith Salgado, *La reapropiación del cuerpo*, Serie Magíster, vol. 80, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador / Abya-Yala / Corporación Editora Nacional, 2008.

Este libro analiza la construcción del discurso jurídico de los derechos sexuales en Ecuador. Enfatiza en la interrelación entre los derechos sexuales reconocidos en la Constitución Política de Ecuador –componente normativo–, los debates en la Asamblea Constituyente de 1998 y las interpretaciones del Tribunal Constitucional –componente estructural-institucional– y las propuestas de organizaciones sociales de mujeres, lesbianas, gays, bisexuales, transexuales, transgénero y jóvenes, y la posición de la Iglesia católica –componente político-cultural.



Enrique Ayala Mora, *Enseñanza de la integración en los países andinos*, Libros de Bolsillo, vol. 25, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador / Comunidad Andina-Secretaría General / Convenio Andrés Bello / Unión Europea / Corporación Editora Nacional, 2007.

Este libro desarrolla una propuesta para incluir a la integración como un contenido de la educación de los países andinos, preparada por la Secretaría General de la CAN, en base a una investigación de la situación vigente en Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela, y de la discusión de varias propuestas sobre cambios en los planes de estudio, los textos educativos y la capacitación y actualización de los profesores. El libro contiene el informe general preparado por Enrique Ayala Mora, coordinador del proyecto, quien sistematizó los informes de los países y elaboró una propuesta del contenido sobre la integración para los planes y programas educativos, los textos y la preparación de docentes.



Marco Romero Cevallos, *Los desafíos de una nueva integración andina. Una agenda desde los jóvenes*, Biblioteca de Ciencias Sociales, vol. 56, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador / Unión Europea / Corporación Editora Nacional, 2007.

Esta investigación analiza la necesidad de superar el “déficit democrático” de la integración regional en América Latina que se expresa en la limitada participación de los ciudadanos y la concentración de los procesos en los temas económicos y sobre todo comerciales, percibidos como exclusivos de las élites empresariales y las instancias burocráticas del aparato estatal. En este contexto, la consideración de las visiones y percepciones de los jóvenes, así como su activa participación democrática en los procesos tanto nacionales como de integración, tienen una importancia crucial.



UNIVERSIDAD ANDINA
SIMÓN BOLÍVAR
Ecuador



CORPORACIÓN
EDITORIA NACIONAL

