

El levantamiento del velo en la doctrina y la jurisprudencia ecuatoriana

Santiago Andrade Ubidia

Comentarios al proceso de integración europea desde una perspectiva migratoria latinoamericana.

La Unión Europea frente a los inmigrantes no comunitarios

Christian Masapanta

Efectos de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los países miembros de la OEA

Claudia Storini

Ecuador y la integración. Una revisión a la posición oficial

César Montaña Galarza

La caducidad en los actos de determinación de la obligación tributaria de la administración y su tratamiento en la legislación ecuatoriana

Juan Carlos Mogrovejo Jaramillo

Periodismo sin garantismo ¿La reaparición de la picota pública?

Jorge Vicente Paladines

Revista del Área de Derecho
UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR
Sede Ecuador

ISSN 1390-2466

Primer semestre de 2009 • Número 11

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 DEL ÁREA: César Montaña Galarza

EDITOR DE LA REVISTA: 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), 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: Santiago Vizcaíno

CUBIERTA: Raúl Yépez

IMPRESIÓN: Editorial Ecuador, Santiago Oe2-131 y Versailles, 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. 11 • I semestre 2009

	Editorial	5
	<i>Ernesto Albán Gómez</i>	
	El levantamiento del velo en la doctrina y la jurisprudencia ecuatoriana	
	<i>Santiago Andrade Ubidia</i>	7
	Comentarios al proceso de integración europea desde una perspectiva migratoria latinoamericana. La Unión Europea frente a los inmigrantes no comunitarios	
	<i>Christian Masapanta</i>	37
	Efectos de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los países miembros de la OEA	
	<i>Claudia Storini</i>	55
	Ecuador y la integración. Una revisión a la posición oficial	
	<i>César Montaña Galarza</i>	71
	La caducidad en los actos de determinación de la obligación tributaria de la administración y su tratamiento en la legislación ecuatoriana	
	<i>Juan Carlos Mogrovejo Jaramillo</i>	127
	Periodismo sin garantismo. ¿La reaparición de la picota pública?	
	<i>Jorge Vicente Paladines</i>	147
RECENSIONES	Clemente Checa González, <i>SISTEMA TRIBUTARIO LOCAL</i> , por Gabriela Crespo Irigoyen	171
	Gustavo Zagrebelsky, <i>PRINCIPIOS Y VOTOS. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y LA POLÍTICA</i> , por Miguel Carbonell	179
JURISPRUDENCIA	Análisis de la jurisprudencia No. 003-09-SIN-CC de la Corte Constitucional para el Período de Transición referente a los emolumentos cobrados por la prestación del servicio del Aeropuerto Mariscal Sucre	
	<i>Gabriela Valdivieso Ortega</i>	185

Colaboradores	211
Normas para colaboradores	213

FORO

Revista de Derecho

Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador /
Corporación Editora Nacional
No. 11 • I semestre 2009

	Preface from the editor <i>Ernesto Albán Gómez</i>	5
	Disregard of legal entity in legal doctrine and the Ecuadorian jurisprudence <i>Santiago Andrade Ubidia</i>	7
	Commentaries on the process of European integration from the Latin-American migratory perspective: the European Union and non-community immigrants <i>Christian Masapanta</i>	37
	Effects of the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights in the OAS countries <i>Claudia Storini</i>	55
	Ecuador and integration: a revision of the official position <i>César Montaña Galarza</i>	71
	Caducity of the determination acts of the tax administration and their treatment in the Ecuadorian legislation <i>Juan Carlos Mogrovejo Jaramillo</i>	127
	Journalism without guarantees. ¿The reappearance of public scandal? <i>Jorge Vicente Paladines</i>	147
REVIEWS	Clemente Checa González, <i>SISTEMA TRIBUTARIO LOCAL</i> , by <i>Gabriela Crespo Irigoyen</i>	171
	Gustavo Zagrebelsky, <i>PRINCIPIOS Y VOTOS</i> . <i>EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y LA POLÍTICA</i> , by <i>Miguel Carbonell</i>	179
CASE LAW	Analysis of the ruling No. 003-09-SIN-CC of the Constitutional Court for the Transition Period, regarding the emoluments charged for the services offered by the Mariscal Sucre Airport <i>Gabriela Valdivieso Ortega</i>	185

Collaborators	211
Submission Guidelines	213

Editorial

FORO 11 incorpora una selección de artículos que, manteniendo el nivel académico que buscamos en forma permanente, se refieren a temas que corresponden a diferentes ámbitos jurídicos. Entre los variados temas que se analizan destacamos, el levantamiento del velo en el derecho societario, la integración económica, la migración, el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho tributario, la libertad de expresión y el garantismo.

Santiago Andrade Ubidia examina con fundamento legal, doctrinario y jurisprudencial la teoría del levantamiento del velo societario en el Ecuador; su naturaleza jurídica y las razones de la inconveniencia de la incorporación jurídica y utilización masiva e indiscriminada de esta figura.

Christian Masapanta estudia y cuestiona la directiva europea sobre inmigración de ciudadanos no comunitarios, hace especial referencia a las consecuencias de la aplicación de la misma: vulneración de los derechos fundamentales de la población inmigrante, punición de la migración y restricción al ejercicio de derechos básicos de las personas en estado de movilidad.

De la influencia integradora y las consecuencias que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene en la aplicación del derecho entre los Estados miembro de la OEA, se encarga Claudia Storini, y señala, entre otras consecuencias, el desarrollo conceptual del núcleo fundamental de derechos y la creación de un naciente derecho común/homogéneo de la Convención Americana, con su jurisprudencia y con la jurisprudencia nacional.

César Montaña Galarza analiza la posición oficial del Ecuador respecto a la integración y las estructuras institucionales que operan a nivel del Estado, así como la opinión que tienen sobre el tema los actores políticos más relevantes, entre ellos formadores de opinión y partidos políticos.

En materia tributaria, Juan Carlos Mogrovejo aborda las consecuencias de la caducidad de la facultad determinadora de la administración, y la necesidad de previsión legal sobre sus plazos.

Jorge Vicente Paladines aporta un debate interesante respecto al conflicto entre el derecho a la información frente al de inocencia y al de protección del honor. Busca una reflexión sobre la situación judicial de las personas aprehendidas en delito fra-

grante y la vulneración del principio de presunción de inocencia, frente a la injerencia mediática respecto al debate sobre seguridad ciudadana.

En la sección Jurisprudencia se analiza la sentencia de la Corte Constitucional ecuatoriana que resuelve el conflicto de criterios de dos instituciones del Estado –procuraduría y contraloría–, respecto del controvertido caso de los emolumentos cobrados por Quiport por la prestación de servicios del Aeropuerto Mariscal Sucre del Distrito Metropolitano de Quito.

El levantamiento del velo en la doctrina y la jurisprudencia ecuatoriana

*Santiago Andrade Ubidia**

RESUMEN

La persona jurídica es un centro de imputación diferenciado, en el cual se limita la responsabilidad patrimonial de quienes se asocian. Sin embargo, a veces esta figura puede ser mal utilizada para alcanzar metas prohibidas por la ley o para perjudicar a terceros. La legislación ha previsto mecanismos para evitar esta utilización indebida de la persona jurídica, pero, excepcionalmente, se dan casos en que la solución legislativa no es suficiente, por lo que, partiendo de los principios generales del derecho de la buena fe, la lealtad y la equidad, la jurisprudencia ha desestimado la personalidad jurídica y ha llegado hasta quienes, amparándose en la figura societaria, han pretendido burlar la ley o abusar del derecho. Se ha desarrollado la teoría del *regard of legal entity*, que recibe muchos nombres en español (se ha preferido el de *levantamiento del velo*) que permite al juez, excepcionalmente, levantar el velo que separa al espectador de la realidad, a fin de imponer a los responsables del fraude o el abuso, la responsabilidad que les corresponda. En primer lugar se hace una breve exposición de la teoría, reseñando lo que han dicho los autores, para continuar examinando la situación ecuatoriana, las disposiciones legales aplicables y las sentencias en las cuales los jueces se han referido a esta teoría, y concluir señalando la naturaleza procesal de la figura, la inconveniencia de dictar una ley que la incorpore al ordenamiento jurídico y el riesgo de una utilización masiva e indiscriminada.

PALABRAS CLAVE: responsabilidad patrimonial, personalidad jurídica, responsabilidad jurídica, transparencia, levantamiento del velo, imputación de la persona jurídica, abuso del derecho, fraude a la ley.

ABSTRACT

Juridical persons are differentiated imputation agents, where the patrimonial liability of partners is limited. However, in many occasions this figure is misused in order to achieve certain goals that are prohibited by the law or to cause prejudi-

* Vicerrector y profesor principal del Área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

ces to third parties. Legislation has foreseen mechanisms that limit this unlawful use of the juridical person, but exceptionally, there certain cases in which the legislative solution is insufficient. In these circumstances, over the basis of general principles of law such as good faith, loyalty and equity, jurisprudence has disregarded the legal entity of juridical persons and has reached those who hide behind the social figure in order to avoid law or commit frauds. Legal doctrine has developed the theory of the disregard of legal entity, which receives several names in Spanish (we have chosen the denomination "levantamiento del velo societario"), theory that allows judges to exceptionally, disregard the legal entity, in order to impose the correspondent liabilities to those who are really responsible of a fraud or abuse of law. This article briefly explains the theory, reviewing the opinion of different authors; then, examines the Ecuadorian situation, referring to the applicable legal provisions and the rulings in which judges have alluded to this theory. The article concludes with the determination of the procedural nature of the figure, establishing the inconvenience of issuing a law that incorporates this theory to the juridical system and analyzing the risks of its massive and indiscriminate use.

KEY WORDS: patrimonial responsibility, juridical personality, juridical responsibility, transparency, disregard of legal entity, imputation of juridical persons, abuse of law, fraud.

FORO

INTRODUCCIÓN

Nadie duda que el reconocimiento de la personalidad jurídica a entes asociativos distintos de los seres humanos ha sido trascendental para el desarrollo de la economía y del derecho y para que, en la actualidad, pueda funcionar una economía de libre mercado.¹

No obstante las diversas teorías sobre la naturaleza jurídica de estos entes asociativos, aun las que les niegan la calidad de *personas*, les reconocen su capacidad de adquirir derechos y contraer obligaciones *per se ipsum*, no para los que se asocian a fin de

1. Estos entes pueden adoptar múltiples formas, según el ámbito de su actuación; así, en el campo mercantil, se reconocen distintas formas de compañías; en el civil, si no persiguen finalidades de lucro, pueden constituirse fundaciones y corporaciones; y si pretenden alcanzar beneficios de orden económico sin dedicarse a la actividad mercantil, se reconocen distintas formas de sociedades; si actúan en el campo laboral, hay sindicatos, comités de empresa, asociaciones y otras figuras; en el campo de la economía solidaria, se encuentran cooperativas y mutualistas; así, se podría seguir realizando la enumeración de las diversas formas asociativas que reconoce cada ordenamiento jurídico.

darla nacimiento, lo que en definitiva constituye la esencia de la personalidad en el ámbito del derecho.²

Además, hay coincidencia en que el gran desarrollo del capitalismo y de los mercados ha sido posible desde que se reconoció la posibilidad de limitar la responsabilidad al monto de la aportación en la formación del capital societario.

Como señala Junyent Bas, la persona jurídica permite establecer una “organización autónoma, con patrimonio propio y capacidad de gestión que se distingue de sus instituyentes estructurando un esquema de simplificación de relaciones y de impermeabilidad patrimonial”.³

Por tanto, concurren copulativamente dos elementos para que funcione el sistema: primero, que la persona jurídica sea un centro de imputación diferenciado de los socios; y segundo, que éstos limiten su responsabilidad frente a terceros por las operaciones societarias únicamente al monto del aporte comprometido.⁴

Si se suprime cualquiera de estos dos pilares básicos, se vendría abajo todo el sistema económico vigente que, no obstante la mayor intervención del Estado que se advierte en los últimos tiempos, sigue funcionando sobre la base de las libertades de empresa y de mercado.

Sin embargo, nadie puede negar que el ser humano, persiguiendo alcanzar determinadas ventajas, con la mayor brevedad y el menor esfuerzo, busca siempre el camino más

-
2. Leandro Javier Caputo, en su obra *Inoponibilidad de la personalidad jurídica societaria*, Buenos Aires, Astrea, 2006, hace una amplia presentación de las diversas teorías que explican la naturaleza de la persona jurídica (pp. 6 a 20); afirma que “la consideración de la persona jurídica como un medio instrumental no ha tenido una aceptación pacífica en la doctrina, si bien entendemos que es la postura actual que mejores y más autorizadas adhesiones recoge en el campo del derecho societario” (p. 20) y cita a Fargosi, quien señala que a partir de Kelsen y Ascarelli se orienta un replanteo que conduce a una desmitificación de la idea abstracta y generalizada de persona jurídica elaborada en el siglo XIX para abrir nuevas sendas que van por el camino del análisis del lenguaje y del encuadramiento político-funcional del fenómeno (p. 9, nota 19). Caputo establece in extenso las críticas a la tesis del carácter instrumental de la personalidad jurídica (pp. 20-31), pero también de los argumentos a favor, inclusive con un análisis de la evolución histórica del instituto (pp. 60-86). Por cierto que lo anterior se aplica a la persona jurídica privada, ya que el debate respecto de la persona jurídica pública sigue otros derroteros.
 3. Francisco Junyent Bas, “Reflexiones sobre el abuso de la personalidad societaria”, en *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones (RDCCO)*, 2005-A, año 38, Buenos Aires, Depalma, pp. 255-274. Este autor (p. 264) señala que “la personalidad jurídica constituye un medio técnico de simplificación de relaciones, al cual el derecho le atribuye capacidad e impermeabilidad patrimonial para limitar la responsabilidad de sus integrantes mediante la creación de un centro de imputación diferenciado”.
 4. Se discute si el reconocimiento de personalidad y limitación de la responsabilidad son elementos concurrentes o no. Autores como Juan M. Dobson sostienen que “la atribución de personalidad no importa limitación de responsabilidad”, *El abuso de la personalidad jurídica* (en el derecho privado), Buenos Aires, Depalma, 1985, p. 61. Hay otros como CAPUTO (p. 44) que afirman que “la limitación de la responsabilidad resulta del solo hecho, aunque a veces no se repare en ello, de la existencia misma de la sociedad” y prosigue más adelante: “Esa existencia de la sociedad implica, no ya una limitación de la responsabilidad, sino una exclusión de esas responsabilidad en cuanto a la persona de los socios; éstos no responden por las deudas de la sociedad”.

corto y fácil. Así es como, con una frecuencia cada vez mayor, utiliza las instituciones existentes no en la forma para la cual fueron creadas, sino de manera indirecta u oblicua, como un paraguas para llegar a metas que no le están autorizadas o para obtener beneficios mucho mayores, aunque despoje a terceros de lo suyo. En definitiva, el fraude a la ley o el abuso del derecho se ha ido convirtiendo en una práctica frecuente en nuestras sociedades.⁵ Guillermo Julio Borda⁶ señala frontalmente: “Hemos aprendido desde siempre que el derecho tiene un fundamento moral, pero se ha desarrollado una suerte de positivismo pragmático que ha oscurecido lo ético a un grado sorprendente”. Más adelante, añade: “Este pragmatismo, tan en boga en el mundo actual lleva al hombre a la obnubilación de hacer primar sobre la verdad sustancial la formal, relajando nuestras costumbres, de modo tal que las líneas divisorias de lo lícito e ilícito, de lo moral o inmoral se tornan muy difusas”. Y concluye lapidariamente señalando: “Así, nuestra sociedad ha ido aceptando como ‘normal y moral lo que debió ser excepcional e ilícito’. Es hora de poner coto a tales excesos”.

La utilización desviada de las figuras legales no era nueva, pero la sensación de que se había generalizado su empleo⁷ hasta constituirse en una práctica frecuente, causó la preocupación de los académicos que las denunciaron, de los jueces que buscaron en el ordenamiento legal los posibles remedios y finalmente de los legisladores que, en determinados casos promulgaron normas encaminadas a poner fin a este estado de cosas.⁸ No podía ser de otra manera, ya que conductas como las señaladas atentan directamente contra la paz social porque siembran la desconfianza y socavan las bases de la convivencia civilizada.

Se debe advertir que la utilización indebida de las instituciones jurídicas no es exclusiva del campo societario; también en el caso de otras formas asociativas como sindica-

-
5. Sin embargo, debe anotarse que no se dispone de datos estadísticos que permitan conocer a ciencia cierta la frecuencia con que se presentan estas anomalías, sino que se afirma por percepciones, que bien pueden no corresponder a la realidad de los hechos sino que, por la gran publicidad que algunos casos reciben (a veces por la “necesidad” de crear noticias), se ha generado la sensación de que son muy frecuentes; lo grave sería que se llegara a actuar y tomar medidas subjetivas con base en esas percepciones, con el peligro de que se perjudique injustamente a quienes sean imputados de haberlas realizado a más de la inseguridad jurídica que se genera cuando no se tiene reglas ciertas para actuar.
 6. Guillermo Julio Borda, *El abuso de la persona jurídica en el contrato de sociedad*, en Atilio Aníbal Alterini, José Luis de los Mozos, y Carlos Alberto Soto, dirs., *Contratación contemporánea, Contratos modernos, derecho del consumidor, Instituciones de Derecho Privado*, t. 2, Bogotá, Palestra / Editorial Temis, 2001, p. 269.
 7. Esta sensación se profundiza particularmente en épocas de guerra, de crisis económica o de conflictos sociales, como la actual. Un caso paradigmático es el llamado Caso Madoff Ver <http://www.finanzzas.com/%C2%BFquien-es-y-que-hizo-bernard-madoff> (fecha de consulta 17 de junio de 2010).
 8. Una completa relación de esas necesidades, así como los antecedentes que motivaron a los tribunales a introducir el estudio de la doctrina, se puede encontrar en José Hurtado Cobles, *La doctrina del levantamiento del velo societario. Estudio práctico sobre su aplicación por los tribunales españoles*, Barcelona, Atelier Editorial, S. L., 2000, pp. 27-38 (en el caso anglosajón) y 39-60 (en el derecho continental).

tos, cooperativas, fundaciones y corporaciones privadas que pueden manipularse, e inclusive los fideicomisos se prestan para estos manejos,⁹ pero precisamente en el campo societario se acusó que, con frecuencia cada vez mayor, se venía utilizando a la compañía como un mero recurso técnico, para alcanzar proditorios fines, ya que en ocasiones la constitución misma de la sociedad está viciada porque no se persigue la causa-fín propia de ésta sino que se persigue ocultar la verdad o perjudicar a terceros o, inclusive, a los mismos socios; obviamente que en estos casos el remedio se lo puede alcanzar acudiendo a la justicia ordinaria porque se tratará de una situación prevista en la normativa general aplicable a los negocios jurídicos, ya que se estaría ante un contrato que adolecería de causa ilícita u objeto ilícito, según el caso;¹⁰ también puede ocurrir que la compañía regularmente constituida se desvíe por completo de su fin social y se constituye en instrumento para la comisión de delitos.¹¹ Los ordenamientos jurídicos en general han previsto soluciones que generalmente consisten en la posibilidad de que un juez (excepcionalmente un órgano estatal de control) declare disuelta la compañía; finalmente, puede ocurrir que se adopten decisiones societarias encaminadas a perjudicar a determinado grupo de socios o accionistas; ellos podrán acudir a la justicia ordinaria impugnando estos acuerdos societarios.¹² Finalmente, si en perjuicio de terceros se han cometido fraudes, abusos o vías de hecho, son responsables quienes los han ejecutado u ordenado, o se han beneficiado de ello así como los tenedores de los bienes, a efectos de la restitución, ya que constituyen delitos o cuasidelitos civiles, aunque no estén tipificados como delitos en la ley penal.¹³

Debe advertirse que ninguno de los casos expuestos en el párrafo anterior presenta problemas de interpretación o aplicación, ni son casos de desestimación de la personali-

9. Precisamente para precautelar esta posibilidad, la Ley de Mercado de Valores (LMV) en su artículo 123 dispone: “Acciones por contratos fraudulentos: El contrato de fideicomiso mercantil otorgado en fraude de terceros por el constituyente, o en acuerdo fraudulento de éste con el fiduciario, podrá ser impugnado judicialmente por los interesados, mediante las correspondientes acciones de nulidad, simulación o cualquiera otra prevista en la ley, según el caso; sin perjuicio de la acción y responsabilidad penal a la que hubiere lugar”. Si bien es cierto que el artículo 109 inciso 4º. de la LMV dice que *el patrimonio autónomo (fideicomiso mercantil) no es ni podrá ser considerada como una sociedad civil o mercantil sino únicamente como una ficción jurídica capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones a través del fiduciario, en atención a las instrucciones señaladas en el contrato*, y en el inciso 3 *ibid.* señala que *cada patrimonio autónomo (fideicomiso mercantil) está dotado de personalidad jurídica*, es decir, que es un centro de imputación diferenciado del constituyente, fiduciario y beneficiario, tiene todas las características de una persona jurídica, en la que se limita la responsabilidad de los participantes y encaja en la definición que de la persona jurídica da el Código Civil en su artículo 564.

10. Ver el artículo 35 de la Ley de Compañías.

11. Según el art. 361, No. 11 de la Ley de Compañías, a más de la responsabilidad personal y solidaria prevista en el artículo 30 inciso 3, *ibid.*

12. Los artículos 114 literal h), 249 y 250 de la Ley de Compañías han previsto el derecho de los socios y accionistas a acudir ante la justicia ordinaria impugnando los acuerdos societarios que fueren contrarios a la ley o al estatuto.

13. Así lo dice el artículo 17 de la Ley de Compañías.

dad jurídica, lo mismo ocurre con la responsabilidad solidaria de empleadores y sus representantes en el ámbito del derecho laboral.¹⁴

Pero hay ocasiones en que ninguno de los remedios previstos en el ordenamiento legal sean aplicables, por las circunstancias en las que se desenvuelven los hechos. Ejemplo clásico ha sido el caso de que un país o un organismo internacional (como la ONU), ha dispuesto prohibiciones de comerciar con otro país, al que se le considera merecedor de esa medida, y que para burlar tal prohibición se constituyan compañías en países neutrales y con nacionalidad igualmente neutral, a fin de utilizarlas como paraguas para llevar adelante el comercio prohibido.¹⁵

Se han buscado soluciones para estos casos, que realmente son de excepción, y se ha acudido a una figura del derecho anglosajón, conocida como el *descorrimiento del velo societario*.¹⁶

Debe advertirse que el tema es muy complejo, pues “ha generado contradicciones entre la seguridad jurídica y la justicia”.¹⁷

14. Hay que resistirse a la tentación de incluir en la figura del descorrimiento del velo a situaciones previstas en el ordenamiento legal desde siempre, que tienen su razón de ser y su explicación clarísimas. En todo caso, ha de advertirse que hay autores que propugnan que debe utilizarse en varios supuestos que son, los más, de carácter casuístico, ante la insuficiencia de las previsiones legales. Así, por ejemplo, se ha aplicado esta doctrina en los tribunales españoles en diversos casos, por ejemplo, para tratar de ubicar al “verdadero” empresario y obtener una condena de la entidad o persona física que figura como titular de los bienes que deberían pertenecer a la empresa responsable. Con la aplicación de la figura del levantamiento del velo, se trata de buscar el patrimonio empresarial para que pueda responder ante los trabajadores. Desde luego, la aplicación de la doctrina en el ámbito de lo social ha motivado muchas dudas respecto a la competencia de los tribunales: ¿se trata de un caso que debe ser conocido por la jurisdicción laboral o por la jurisdicción mercantil? No existen conclusiones definitivas; pero se aprecia una tendencia a aplicar la figura, *en forma restrictiva ciertamente*, cuando se dificulta llegar al real responsable, para no dejar desprotegidos a los trabajadores. El problema latente, sin embargo, es que la aplicación de esta doctrina por parte de los tribunales de apelación, ha generado más de una confusión en el Tribunal Supremo español al momento de determinar la competencia. En detalle, puede consultarse a Vicente Jaume García, *Responsabilidad solidaria y el levantamiento del velo en la jurisdicción social*, Barcelona, J.M. Bosch Editor, 2003, pp. 43 y ss. En todo caso, la aplicación de la doctrina se justifica en cualquier orden cuando sea necesario proteger a quienes puedan verse perjudicados por el abuso de la persona jurídica. Cfr. José Hurtado Cobles, *La doctrina del levantamiento del velo societario. Estudio práctico sobre su aplicación por los tribunales españoles*, pp. 80-81.

15. Durante la primera guerra mundial se dieron varios casos de los señalados, pero actualmente ha recobrado actualidad el ejemplo por la prohibición de realizar transacciones financieras con determinados países que se les considera aliados del terrorismo internacional, y se acusa a determinados bancos de que son controlados por intereses vinculados con esos países.

16. Como señala Teresa de Jesús Seijas Rengifo, “The disregard of the legal entity (Teoría del levantamiento del velo societario)” en *Revista de Derecho y Ciencia Política*, UNMSM, vol. 64, Nos. 1-2, Lima, 2007, p. 399, la figura ha recibido muchas denominaciones, entre las que se pueden citar: *Disregard of the legal entity*; *lifting the corporate veil*; *piercing the corporate veil*; inoponibilidad de la persona jurídica (doctrina europea); desestimación de la persona jurídica; teoría del allanamiento; redhibición de la persona jurídica; descorder o levantamiento de la persona jurídica; rasgar el velo corporativo; corrimiento y penetración del velo; prescindencia de la persona jurídica.

17. Teresa de Jesús Seijas Rengifo, “The disregard of the legal entity (Teoría del levantamiento del velo societario)”, p. 399.

CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS

Dobson conceptúa a lo que él denomina *desestimación de la personalidad jurídica, allanamiento o redhibición de la personalidad jurídica*, de la siguiente manera: “Se trata de un remedio jurídico mediante el cual resulta posible prescindir de la forma de la sociedad o asociación con que se halla revestido un grupo de personas y bienes, negando su existencia autónoma como sujeto de derecho frente a una situación jurídica particular”.¹⁸

El concepto antes transcrito tiene un elemento que merece destacarse: no limita la posibilidad de desestimar la personalidad jurídica a las sociedades, sino que la extiende a otras formas asociativas.¹⁹

Seijas Rengifo, por su parte, señala que

el levantamiento del velo es el acto por el cual se traspasa la forma externa de la personalidad jurídica de cualquier tipo de sociedad donde intervengan los socios con responsabilidad limitada, para investigar la realidad que existe en su interior, con el fin de evitar el fraude y la utilización de la personalidad con el fin de obtener resultados antijurídicos en perjuicio de intereses públicos o privados.

Añade que el prescindir de la persona jurídica implica desconocer el principio de división patrimonial entre sociedad y socios y “resulta pertinente su aplicación cuando la persona jurídica es utilizada en contra de los intereses superiores de la sociedad o por motivo de conflictos externos o internos”.²⁰

Otros autores explican que esta doctrina tiene, en el derecho anglosajón, una clara influencia en la aplicación de los principios y procedimientos de equidad.²¹

Al descorrimiento del velo se lo puede describir como el instrumento procesal que permite al juez dentro de un proceso, en situaciones excepcionales y frente a una con-

18. Juan M. Dobson, *El abuso de la personalidad jurídica* (en el derecho privado), p. 11.

19. En este trabajo, en general cuando se habla de figuras societarias, se incluye también las otras formas asociativas, como fundaciones y corporaciones, sindicatos etc. e, inclusive, a los fideicomisos porque, como se ha señalado antes, el empleo indebido de la persona jurídica puede darse en cualquiera de estas figuras.

20. María Teresa Seijas Rengifo, “The disregard of the legal entity (Teoría del levantamiento del velo societario)”, p. 398.

21. Es importante la aclaración que formula Carmen Boldó Roda, respecto de la procedencia de la aplicación del principio de la *equity*: como régimen de carácter supletorio, integra el del *common law*; así, un tribunal de equidad solo puede asumir su competencia cuando, de no hacerlo, se produciría un daño irreparable porque el tribunal de derecho no concede protección, o la tutela resulta inadecuada o injusta; surge entonces la necesidad de instar un procedimiento y jurisdicción únicos, para conocer estos casos. A pesar de que tanto los tribunales de derecho como los de equidad han tenido oportunidad para pronunciarse sobre la aplicación de la teoría del *disregard*, parece apoyar la tesis de que incumbe a la segunda jurisdicción el hecho de que los tribunales de quiebras norteamericanos son, en lo fundamental, tribunales de equidad (*Levantamiento del velo y persona jurídica en el derecho privado español*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, cuarta edición, 2006, pp. 85-89. Juan M. Dobson, igualmente, en una prolija exposición, hace hincapié en la aplicación del concepto de equidad en el derecho norteamericano, pp. 97-136.

ducta que sin lugar a dudas manifieste la voluntad de cometer un fraude a la ley o un abuso del derecho, mediante la utilización desviada de una forma asociativa, desestimar la personalidad jurídica de la forma societaria empleada y penetrando en la interioridad para descubrir la real naturaleza de los intereses individuales que se ocultan tras la forma desestimada.²²

Debemos precisar algunos elementos: es una figura exclusivamente procesal,²³ no pertenece al derecho material; constituye un instrumento que le permitirá al juez llegar a establecer la verdad real cuando la verdad formal encubre un fraude a la ley o un abuso del derecho;²⁴ es un remedio extraordinario, que lo aplicará el juez excepcionalmente ante la evidencia de que está ante una conducta abiertamente ilegítima,²⁵ que busca mediante el empleo desviado de la forma asociativa, cometer un fraude a la ley o abusar del derecho, no habrá una vía directa para remediar la situación por lo que la medida tiene carácter subsidiario; se funda en los principios generales del derecho y básicamente

-
22. Capilla Roncero, citado por Ricardo de Ángel Yagüez, *La doctrina del "levantamiento del velo" de la persona jurídica en la jurisprudencia*, Madrid, Civitas, 1997, 4a. ed., p. 61.
23. En apoyo de esta tesis, se manifiesta Lorenzo Álvarez de Toledo Quintana, *Abuso de personificación, levantamiento del velo y desenmascaramiento*, Madrid, Colex, 1997, pp. 18-22, quien parte de la necesidad de que el juez supere la personalidad social, constate el abuso de personificación y, como "juez investigador", despoje de su máscara a los verdaderos autores del abuso. Así, "el levantamiento del velo es algo distinto del desenmascaramiento, porque lo primero es una operación puramente cognoscitiva, de la que podemos decir que es jurídicamente neutra, en el sentido de que no supone una calificación o valoración, ni positiva ni de reproche normativo, hacia persona alguna. En tanto que el desenmascaramiento es ya una respuesta del Derecho a una conducta que ataca valores fundamentales del orden jurídico". Por lo tanto, el desenmascaramiento (descubrir al verdadero responsable) presupone la necesidad de levantar el velo, "cuando se denuncia por una parte activamente legitimada un abuso de personificación, y la prueba practicada conduce efectivamente al sujeto de Derecho o al patrimonio escondidos o confundidos en la niebla de la apariencia creada" (p. 20). La tesis de su utilización como *técnica judicial* (y proceso intelectual a ser utilizado por el juez) se sujetaría a la verificación de los siguientes supuestos: "I. Constatación de un acto jurídico por los medios de prueba ordinarios previstos en el ordenamiento procesal. II. Constatación de la existencia de un abuso de personificación, integrado en o conexo con aquel acto jurídico... III. Constatación de la divergencia entre la realidad interna oculta por el velo y la apariencia o envoltura exterior. IV. Supresión de los atributos de la personalidad conexos con el abuso de personificación apreciado, o exteriorización o puesta de manifiesto de los que se hubiese ocultado; lo que llamamos desenmascaramiento. Y V. Hallazgo y proyección de la norma o disciplina jurídica aplicable a la realidad interna, una vez desvelada (p. 141).
24. Juan M. Dobson, *El abuso de la personalidad jurídica* (en el derecho privado), p. 94, señala que "un criterio de verdad es el que aparece de la doctrina de la "penetración" o de la desestimación de la personalidad jurídica, en cuanto señala que existiendo una contradicción entre el ente ideal "sociedad" y el objeto real "empresa", debe desestimarse el primero y observarse atentamente a la realidad, o sea, al segundo. El planteo ontológico sitúa a la empresa como un objeto real: la forma de conocer tal objeto tiene como origen el empirismo y con un criterio de verdad del conocimiento adquirido sobre este objeto al realismo. Esa es, por otra parte, la tarea que han realizado los jueces hasta el presente. A partir de ese dato de la realidad, la elaboración jurídica retoma su curso, aplicando a esa realidad los remedios e institutos que se estima deseables".
25. Bien enseña Hurtado Cobles que ha de tenerse cuidado en ceder ante la tentación de utilizar la figura con ligereza, a pretexto de desterrar formalismos legales "que puedan parecer, a primera vista, innecesarios. Recordemos las palabras a modo de advertencia que realizaba Polo en su prólogo a la obra de Serick señalando que 'el daño que resulta de no respetar aquéllas [instituciones legales], salvo casos excepcionales, puede ser mayor que el que provenga del mal uso que de las mismas se haga'", p. 66.

te en el principio de la buena fe; por regla general no produce la nulidad de la figura societaria sino únicamente su inoponibilidad y, en el campo patrimonial, deja de tener eficacia el principio de la limitación de la responsabilidad, la que se extiende a las personas que se encuentran atrás de velo societario, quienes serán personal y solidariamente responsables de los daños y perjuicios causados a terceros.

Por lo tanto, en aquellas formas societarias en que no hay limitación de la responsabilidad de los socios, como en las compañías colectivas o comanditas, no opera esta figura.

Tampoco será aplicable si existe una vía directa para sancionar, enmendar o corregir el abuso o el daño, como sería el demandar la declaratoria de nulidad del contrato societario por objeto ilícito o causa ilícita, o la disolución y liquidación por haberse producido el desvío de la finalidad societaria o la declaratoria de nulidad de los acuerdos societarios ilegales o perjudiciales para unos socios y beneficiosos para otro; los terceros podrán demandar las indemnizaciones y reparaciones a que hubiere lugar en caso de fraudes, abusos o vías de hecho, a quienes ejecutaron, ordenaron o se beneficiaron.

La autoridad administrativa no la puede aplicar, ya que se trata de dejar sin efecto la ficción legal de la persona jurídica y el privilegio de la limitación de la responsabilidad, o sea, de privar de un derecho por considerarse que se lo ha mal empleado en burla de la ley o en abuso del derecho, materia que pertenece al ámbito exclusivo y excluyente del poder judicial.²⁶

Siendo un remedio procesal extraordinario, el juez deberá estar seguro de la necesidad de aplicarlo, es decir, la prueba del dolo o mala fe con que ha procedido quien pretende beneficiarse indebidamente de la figura societaria debe ser concluyente. Posiblemente no exista prueba directa que le permita al juez llegar a esta conclusión, le será legítimo aplicar una presunción judicial siempre que los indicios en los que se base sean graves, precisos y concordantes, que le conduzcan unívocamente a esta conclusión.²⁷

Gulminelli señala, respecto de la aplicación de las reglas correspondientes al instituto de la inoponibilidad de la persona jurídica, que “es imprescindible que existan jueces idóneos capaces de abarcar conceptualmente la amplitud, complejidad e interés de esta problemática. Es necesario, asimismo, que los magistrados tengan en cuenta que el con-

26. Véase *infra*, nota 23, lo manifestado por Lorenzo Álvarez de Toledo Quintana, quien pone en evidencia que en ningún caso se debe atribuir a las autoridades administrativas, ni siquiera las de control, la atribución de aplicar esta teoría, porque se estaría violando las garantías del debido proceso y atropellando el derecho de los involucrados, quienes únicamente en virtud de una resolución judicial pueden ser privados de sus derechos y condenados a realizar una prestación más allá de su privilegio de exclusión de responsabilidad.

27. El artículo 121 del Código de Procedimiento Civil no incluye a la presunción judicial entre los medios probatorios, pero el Código Civil en el artículo 1729 sí lo hace y en el inciso tercero señala las características de los indicios para que el juez pueda deducir la presunción judicial.

cepto de persona jurídica ha evolucionado notablemente y que las figuras que se implican en él presentan, en la actualidad, facetas recientemente elaboradas”.²⁸

Esteban Francisco Bueno, entre las características del descorrimiento del velo, señala que en su virtud “se levanta o prescinde de los privilegios societarios”;²⁹ por su parte Seijas Rengifo dice:

Desde el origen de esta doctrina los autores trataron de determinar el criterio base a tener en cuenta a fin de decidir penetrar en la personalidad jurídica, prescindiendo de su estructura para llegar hasta sus miembros o socios. Esta necesidad de desestimar la personalidad jurídica, surge de la falta de garantías al momento de su conformación o en la realización de un acto económico o contractual. Por lo que el levantamiento del velo constituye un mero instrumento o mecanismo para evitar el fraude, pudiendo aplicarse en diversos ámbitos legales como el laboral, mercantil o tributario... Esta doctrina del levantamiento del velo societario parecería estar basada en la equidad, conveniencia y excepcionalidad, es decir, en el análisis de cada caso en particular, lo que nos lleva a suponer que el problema no se centra en definir la esencia de la personalidad jurídica, sino en las condiciones de uso del concepto “personalidad jurídica”. Desde el punto de vista económico, el levantamiento del velo societario como práctica rutinaria presenta la desventaja de vérsela como un riesgo que desalienta las formaciones económicas consistentes. Cuando se produce el abuso de la personalidad jurídica, bajo el amparo de la responsabilidad limitada de los socios, es menester identificar a los reales causantes del daño y conocer sus verdaderas intenciones para extender su responsabilidad ilimitada y personal. Porque al desconocer la personalidad jurídica de la sociedad infractora, lo que se busca es el resarcimiento ante la ley y la sociedad civil que le confrieron ventajas y que luego abusaron de ellas.³⁰

FRAUDE A LA LEY Y ABUSO DEL DERECHO

En realidad, se pueden dar dos clases de anomalías: o que se utilice la figura societaria en fraude a la ley, para alcanzar una meta prohibida por el ordenamiento legal, o que se la emplee abusando del derecho.

Si se constituye una compañía en fraude a la ley, como vía para alcanzar una meta que está vedada por el ordenamiento legal, y si éste fue el motivo para constituirla, habrá causa ilícita y adolecerá de nulidad absoluta. Es el caso tan frecuente de las compañías “de paja” destinadas a facilitar el lavado de dinero mal habido.

28. Ricardo Ludovico Gulmineli, “Enfoque actual de la inoponibilidad de la personalidad jurídica”, en *Revista de Derecho Comercial*, 1993-A, año 26, Buenos Aires, Depalma, pp. 121-167.

29. Esteban Francisco Bueno, “Acercamiento a la doctrina del desregard o levantamiento del velo societario”, en *Revista Ruptura*, No. 49, Asociación de Estudiantes de la Facultad de Jurisprudencia de la PUCE, Quito, 2005, p. 200.

30. Teresa de Jesús Seijas Rengifo, “The disregard of the legal entity (Teoría del levantamiento del velo societario)”, p. 398.

Si una compañía preexistente comienza a ser utilizada con un fin ilícito, habrá un problema de desviación del objeto social, que constituye causal de disolución y determinará que el organismo de control intervenga declarándola disuelta y disponiendo su liquidación.

Si una compañía se constituye para abusar del derecho de terceros, por ejemplo como medio de privar a los herederos forzosos de sus legítimas hereditarias, o si una compañía ya constituida se utiliza para ello, se estará ante una simulación, que de suyo no es ilegal ni ilegítima, aunque anda por el filo del cuchillo, ya que si llega a constituir un abuso del derecho, aunque no constituya un caso de ilegalidad que provoque su nulidad, como en el supuesto de las compañías que se utilizan en fraude a la ley, pero tampoco el ordenamiento jurídico puede permanecer impasible y debe poner freno a tal abuso.

En realidad, el ordenamiento legal no tenía una respuesta para estas situaciones, aunque la doctrina reclamaba una solución.

Fue la jurisprudencia la que vino, en Estados Unidos de América, Alemania y otros países de Europa y Latinoamérica, a dar la solución que posteriormente se ha consagrado en la legislación de algunos países.³¹

EL LEVANTAMIENTO DEL VELO

Esta figura es propia del derecho del *common law*, habiéndose desarrollado en los Estados Unidos de América y en Inglaterra.

Se afirma que el célebre juez Marshall, en 1809 (*Bank of the United States vs. Deveaux*), ya aplicó la doctrina denominada del *disregard of legal entity*, y posteriormente fueron los tribunales de los Estados Unidos los que en determinadas circunstancias admitieron la posibilidad de levantar el velo de la persona jurídica en aquellos casos en que se abusara de la personalidad jurídica para fines contrarios o ajenos a la vida de la sociedad.³² Con ocasión de la primera guerra mundial, por los problemas de nacionalidad de las compañías y de su mal uso por los beligerantes, se echó mano a la figura y,

31. Tal el caso de Argentina, en donde, en virtud de la ley 22.903 de 1983, se reformó la Ley de sociedades comerciales, y el párrafo 3º del artículo 54 “plasmó por primera vez en el derecho comparado una norma relativa a la inoponibilidad de la personalidad jurídica de las sociedades” según señala Rafael Mariano Manóvil en su prólogo a la obra de Leandro Javier Caputo, p. VII.

32. Cfr Osvaldo Marzoratti (h), *El abuso de la personalidad jurídica* (en el derecho privado)”, en *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones (RDCO)*, 1968, año 1, pp. 717-724. A partir de este fallo, los tribunales norteamericanos analizaron, con mayor frecuencia, los casos en los que se pretendía anteponer a la forma corporativa para cometer fraude a la ley o abuso del derecho. En su mayoría, los tribunales invocaron principios de equidad para superar la barrera de la corporación (Cfr. Carmen Boldó Roda, *Levantamiento del velo y persona jurídica en el derecho privado español*, pp. 125-127).

entre otros casos en el de Raimier Co. vs. Continental Tire & Ruber Co. se desestimó la personalidad jurídica para juzgar de acuerdo a la realidad. Posteriormente, su aplicación se extendió a los intentos de defraudar a los acreedores, evadir impuestos, actuar en fraude a la ley, lograr un monopolio o proteger delitos. “De esta forma –señala Seijas Regifo– quedaron sentadas las bases de esta doctrina, tendiente a mirar la sustancia y despreciar la forma, prosperando la idea de que la persona jurídica estaba sujeta a límites, más allá de que el uso de esta figura pudiera ser considerada abusiva”.³³

De Ángel Yagüez³⁴ señala que “siempre se cita como antecedente de esta doctrina un caso de la jurisprudencia inglesa, el conocido como *Salomon v. Salomon and Company Limited*. Y lo curioso es que en este juicio no prosperó el levantamiento del velo que pretendió el liquidador de la sociedad” porque si bien el Juez Williams y el Tribunal de Apelación aceptaron la tesis del liquidador de desestimar la personalidad jurídica, la Cámara de los Lores, en sentencia de 1897, revocó por unanimidad los fallos del Juez Williams y del Tribunal de Apelación e inadmitió la pretensión del liquidador de que se desestimara la personalidad jurídica de *Salomon and Company Limited*. El mismo autor añade que “ha sido la jurisprudencia norteamericana la que sobre todo ha dado auge al levantamiento del velo”.³⁵

Dobson³⁶ señala que ayudó mucho al desarrollo de la teoría del descorrimiento del velo la figura procesal del *estoppel*, que “tiene por finalidad impedir la inclusión de pruebas en un proceso que vengan a sostener la afirmación o negación de un hecho determinado. Se trata, así, de una regla procesal negativa, mediante la cual una persona se verá impedida (‘estoppel’) de negar o afirmar un hecho”.³⁷ Aclarando el punto, el autor señala que “en la doctrina inglesa contemporánea se admite que el *estoppel* implica que un hecho que resulta relevante a los fines de la decisión final del juicio se convierta en prueba inadmisibles en el proceso en función de un hecho precedente, emanado de la parte que pretende su producción”, y mediante ejemplos ilustra la explicación.³⁸ Se citará uno de ellos: una sociedad que emitió una certificación en la cual constaba que una persona determinada era titular de partes sociales de esa misma sociedad, posteriormente se vería impedida de probar que el beneficiario de esa afirmación no era titular de tales partes sociales frente a un tercero.³⁹ Dobson añade que existen varios tipos de *estoppel*, todos los cuales se han aplicado en varios casos de *disregard*, pero de ellos el que resulta más

33. Ma. Teresa Seijas Rengifo, “The disregard of the legal entity (Teoría del levantamiento del velo societario)”, p. 399.

34. Ricardo de Ángel Yagüez, *La doctrina del “levantamiento del velo” de la persona jurídica en la jurisprudencia*, p. 62.

35. *Ibid.*, p. 63.

36. Juan M. Dobson, *El abuso de la personalidad jurídica* (en el derecho privado), pp. 265-271.

37. *Ibid.*, p. 265.

38. *Ibid.*, p. 266.

39. *Ibid.*, p. 267.

interesante es el llamado “estoppel by conduct”, “estoppel in pais”, “estoppel in fact” o “estoppel de equidad”, que “genera la prohibición de alegar o negar ciertos hechos en razón de una anterior conducta que resulta contradictoria con la actual afirmación”.⁴⁰ Ciertamente que esta institución del sistema probatorio angloamericano ayuda mucho para que el juez pueda llegar a la verdad real ya que los terceros quedan protegidos con la apariencia resultante del proceder de quien no podrá impugnar sus propios actos.

En los países de tradición romanística, una figura que se aproxima, sin llegar a la riqueza y variedad del *estoppel*, es la teoría de los actos propios, en virtud de la cual nadie puede alegar en su beneficio su propia torpeza o fraude, que se resume en el aforismo latino “*nemo auditur propiam turpitudinem allegans*”.

Pero, como es de conocimiento general, en el sistema angloamericano no existe una elaboración doctrinal sistemática en la forma como ocurre en el sistema continental, sino que se va estructurando la teoría con base en las diversas situaciones que se presentan en la práctica. Marzoratti, comentando el *caso Berkey*, resuelto por la Corte de Nueva York, señala:

Aparentemente, el anterior es un caso importante y casi decisivo sobre el punto en análisis, atento al conocido principio del *stare decisis* que lo hace aplicable y obligatorio para un sinnúmero de tribunales inferiores actuando en casos similares. No obstante lo expuesto, la doctrina de Berkey no ha sido uniformemente seguida; porque los tribunales de varios Estados incluyendo los del Estado de New York, se las ingeniaron –atento a la peculiar creación normativa del *common law*– en distinguir los hechos de casos aparentemente similares de modo de llegar a una solución diferente...⁴¹

En el sistema continental, la teoría se desarrolló por los autores y fue recogida por la jurisprudencia. Quizá el autor que más contribuyó a la difusión de la misma fue el alemán Rolf Serick,⁴² cuya obra *Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles* se tradujo al español y se publicó por la Editorial Ariel de Madrid, en el año 1959, que impactó en forma gravitante en el pensamiento jurídico español y de allí se difundió por Latinoamérica, aunque antes, según señala De Ángel Yagüez,⁴³ en 1949, el profesor De Castro dio la primera clarinada con su trabajo intitulado *La sociedad anónima y la deformación del concepto de persona jurídica*, publicado en el Anuario de Derecho civil, pp. 1397 y ss., que fue seguido de otros estudios en 1950, 1961, 1964, 1972 y 1981.

40. *Ibid.*, p. 268.

41. Osvaldo Marzoratti, *El abuso de la personalidad jurídica* (en el derecho privado), p. 720.

42. Carmen Boldó Roda, “La desestimación de la personalidad jurídica en el Derecho privado español”, en *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, 1997, año 30, Buenos Aires, Depalma, p. 2.

43. Ricardo de Ángel Yagüez, *La doctrina del “levantamiento del velo” de la persona jurídica en la jurisprudencia*, p. 43.

La doctrina y la jurisprudencia continental se han ocupado del tema y, en general, puede decirse que la tendencia es a reconocer la posibilidad de su aplicación restrictivamente, cuando sea necesario llegar al verdadero responsable, en caso de que no existan otros mecanismos para subsanar un grave daño a terceros, a trabajadores, etc., si, de no aplicarse, se dejara en indefensión a esas personas.

Una presentación sistemática de la producción jurisprudencial en España lo constituye la obra ya citada de Ricardo de Ángel Yagüez, *La doctrina del “levantamiento del velo” de la persona jurídica en la jurisprudencia*, en la cual estudia un total de 157 sentencias dictadas tanto por el Tribunal Supremo español como por las audiencias provinciales, en algunas de ellas nombrando explícitamente la doctrina,⁴⁴ en otros aplicándola sin nombrarla,⁴⁵ y que tratan sobre las siguientes materias:

- Levantamiento del velo y responsabilidad civil
- Levantamiento del velo como medio para llevar a cabo la “comunicación” de la responsabilidad –u otra consecuencia de Derecho– entre una persona jurídica y sus miembros, o entre dos personas jurídicas en razón de la “identidad” de los intereses en juego
- La valoración ética de las conductas como objetivo de la penetración en el sustrato de la persona jurídica
- El levantamiento del velo en casos en que la persona jurídica se tiene presente como objeto, no como sujeto de la relación controvertida
- El levantamiento del velo en la sociedad de un solo socio o, en general, en la persona jurídica de un único miembro
- Levantamiento del velo y tercería de dominio. Otras manifestaciones procesales
- Levantamiento del velo y actos fiduciarios
- El levantamiento del velo en problemas relacionados con el disfrute de bienes
- El levantamiento del velo y confusión entre las denominaciones de personas jurídicas o empresas distintas
- El levantamiento del velo en el orden laboral: el principio de “unidad de empresa”
- Levantamiento del velo en el orden contencioso-administrativo⁴⁶
- El levantamiento del velo en el Derecho penal

44. Por ejemplo, en la sentencia *histórica* de la Sala Primera del Tribunal Supremo Español de 28.05.1984 expresamente indica “levantar el velo jurídico”: Ricardo de Ángel Yagüez, *La doctrina del “levantamiento del velo” de la persona jurídica en la jurisprudencia*, p. 84.

45. Por ejemplo, en la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 07.02.1898: Ricardo de Ángel Yagüez, *La doctrina del “levantamiento del velo” de la persona jurídica en la jurisprudencia*, p. 195.

46. Se debe recordar que en España no existe (como en la gran mayoría de países) una jurisdicción contencioso-tributaria, sino que esta materia forma parte de lo contencioso administrativo.

Por su parte, Hurtado Cobles agrupa los supuestos de aplicación de la doctrina del levantamiento del velo a: 1. casos en los que se aprecia evasión de una obligación contractual utilizándose a la persona jurídica como instrumento; 2. casos en los que se utiliza indebidamente a la persona jurídica para evadir obligaciones provenientes de la ley; y 3. supuestos en los que debe levantarse el velo para responder por acciones u omisiones culposas o negligentes, aprovechándose de la figura social.⁴⁷

Como se puede apreciar, el ámbito de aplicación de la figura es muy amplio,⁴⁸ aunque algunos autores consideran que es la sentencia de 28 de mayo de 1984 del Tribunal Supremo español la que marcó la pauta, al condensar y exponer con fuerza la utilidad de la figura.⁴⁹

La gran variedad de casos nos permite advertir un problema en la aplicación de la figura, porque “los supuestos de hecho en los cuales el instituto puede jugar un rol no pueden ser a priori abarcados acabadamente”,⁵⁰ por lo que “la literatura en Alemania ha sistematizado, entre otros, los siguientes grupos:

- a) confusión de patrimonio y de esfera
- b) insuficiencia de capital
- c) conducción externa
- d) abuso de derecho”⁵¹

47. José Hurtado Cobles, *La doctrina del levantamiento del velo societario. Estudio práctico sobre su aplicación por los tribunales españoles*, pp. 97-143.

48. Pero los casos no concluyen allí. Graciela Medina De Rivera tiene publicado un interesante estudio con el título “Modalidades societarias como forma de defraudar la legítima. Análisis jurisprudencial privado”, en *Contratación Contemporánea, Contratos Modernos, Derechos del Consumidor*, No. 2, Lima, Bogotá, Palestra-Editorial Temis, 2001, pp. 249-262, en donde registra seis formas societarias destinadas a defraudar al legitimario.

49. Por ejemplo, Santiago Ortiz Vaamonde, *El levantamiento del velo en el derecho administrativo: régimen de contratación de los entes instrumentales de la Administración, entre sí y con terceros*, Getafe (Madrid), La Ley, 2004, p. 23. En especial, el considerando cuarto de dicha sentencia señala: “Que ya, desde el punto de vista civil y mercantil, la más autorizada doctrina, en el conflicto entre seguridad jurídica y justicia, valores hoy consagrados en la Constitución (artículos 1.1. y 9.3), se ha decidido prudencialmente, y según casos y circunstancias, por aplicar por vía de equidad y acogimiento del principio de buena fe (artículo 7.1 del Código Civil), la tesis y práctica de penetrar en el ‘substratum’ personal de las entidades o sociedades, a las que la ley confiere personalidad jurídica propia, con el fin de evitar que al socaire de esa ficción o forma legal (de respeto obligado, por supuesto) se puedan perjudicar ya intereses privados o públicos o bien ser utilizada como camino del fraude (artículo 6.4 del Código Civil), admitiéndose la posibilidad de que los jueces puedan penetrar (‘levantar el velo jurídico’) en el interior de esas personas cuando sea preciso para evitar el abuso de esa independencia (artículo 7.2 del Código Civil) en daño ajeno o de ‘los derechos de los demás’ (artículo 10 de la Constitución) o contra interés de los socios, es decir, de un mal uso de la personalidad, de un ‘ejercicio antisocial’ de su derecho...”. Se puede acceder al texto completo de la sentencia en <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&database=TS&reference=4408154&links=&optimize=19960113> (fecha de la consulta: 17 de junio de 2010).

50. Daniel E. Moeremans, “Extensión de la responsabilidad de los socios en las sociedades de capital en virtud del *disregard of legal entity*”, en *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones (RDCO)*, Buenos Aires, Depalma, 1989, año 22, pp. 714-723.

51. *Ibid.*, p. 720.

Como señala Carmen Boldó Roda, el autor alemán Rolf Serick, quien es el divulgador en el continente de la teoría del *disregard*, sostuvo que “la decisión de desestimar o no la forma de la persona jurídica dependerá de que con ayuda de ella se trate de burlar una ley, de quebrantar obligaciones contractuales o de un ‘abuso’ de dicha figura”.⁵² La misma tratadista añade que el punto más débil de este planteamiento doctrinal “lo constituye, sin duda, la imposibilidad de hallar un criterio rector que permita averiguar los casos en los cuales el juez pueda prescindir de la forma de la persona jurídica, lo que dará lugar a una grave situación de inseguridad jurídica”.⁵³

EL LEVANTAMIENTO DEL VELO EN EL ARBITRAJE

El jurista peruano Fernando De Trazegnies Granda, en un interesante artículo intitulado “El rasgado del velo societario para determinar la competencia dentro del arbitraje”,⁵⁴ señala:

Tanto en el ámbito internacional como en el nacional pueden encontrarse situaciones tales como que un grupo económico extranjero obtiene la buena pro para desarrollar una obra dentro de las fronteras de un determinado Estado y, para este efecto, utiliza una u otra de las compañías que integran el grupo, según criterios de especialización o de oportunidad: y sucede que el dueño de la obra puede intentar reclamar por defectos en ella contra no necesariamente aquella empresa que la ejecutó directamente y que tiene un patrimonio reducido sino sobre la más importante de las compañías de ese grupo empresarial aunque no haya participado o haya tenido una participación solo incidental en la obra. Las relaciones financieras asumen también en algunos casos formas muy complejas en las que intervienen muchas personas jurídicas de una y otra parte; y puede suceder que los accionistas de una sociedad invoquen el convenio arbitral estatutario para demandar a otras compañías del grupo mayoritario y reclamar sobre el patrimonio social que, a través de una red de subsidiarias, pretenden que les habría sido escamoteado.⁵⁵

Como se advierte, el autor trata de dos casos de reclamos, de parte de terceros; el primero, originado en los propios accionistas que se sienten perjudicados en el segundo.

El autor añade que en estas circunstancias, “los juristas, los jueces y los árbitros se preguntan si es posible responsabilizar a todas las compañías de un grupo económico por

52. Carmen Boldó Roda, “La desestimación de la personalidad jurídica en el Derecho privado español”, en *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones (RDCO)*, 1997, año 30, Depalma, Buenos Aires, p. 2.

53. *Ibid.*, p. 2. En su obra *La doctrina del levantamiento del velo en el derecho español*, pp. 252-255, resume las posiciones contrarias a la adopción de la doctrina del levantamiento del velo.

54. Fernando De Trazegnies Granda, “El rasgado del velo societario para determinar la competencia dentro del arbitraje”, septiembre de 2004, en <http://macareo.pucp.edu.pe/ftrazeg/aafaa.htm> (fecha de acceso: 17 de junio de 2010), p. 17.

55. *Ibid.*, p. 1.

los actos de una de ellas o, inversamente, si una cualquiera de las compañías del grupo tiene derecho a exigir a la contraparte contractual aunque no sea ella quien firmó el contrato”.⁵⁶

Como respuesta a esta pregunta surge la teoría de que es posible “rasgar el velo societario”, así es como “desde hace algún tiempo, la doctrina y la jurisprudencia de algunos países y tribunales arbitrales internacionales ha tentado, cautelosa pero valerosamente, el camino espinoso de ir más allá de las formas jurídicas para resolver los conflictos de manera más conforme con la realidad”.⁵⁷

El autor señala que en virtud de que el juez ejerce constitucionalmente una función jurisdiccional, cualquiera puede ser demandado ante el Poder Judicial, mientras que en el árbitro ejerce una jurisdicción delegada por las partes que así lo convinieron, por lo que “puede pensarse que no podría (el árbitro) rasgar el velo societario para incluir dentro del arbitraje a quienes no otorgaron el convenio arbitral”,⁵⁸ ya que por su origen y por su naturaleza el convenio arbitral es un contrato y rige el principio de la eficacia relativa de los contratos, que se consagra en el aforismo latino *res inter alios acta aliis praeiudicare non potest* (aquello acordado no puede perjudicar a quienes son ajenos al acuerdo); pero, agrega el autor citado, en la actualidad los tratadistas en materia de Derecho arbitral consideran muy formalista esa manera de pensar y a posibilitar el que se llame al proceso a terceros; así, señala que la doctrina y la jurisprudencia francesa, siguiendo al Prof. Fouchard, “se orientaron en el sentido de que un no-signatario del convenio arbitral podría ser involucrado en el proceso arbitral y obligado a aceptar sus resultados, cuando había intervenido en la formación del acuerdo (conclusión), ejecución o terminación del contrato subyacente”.⁵⁹ Trae jurisprudencia de la International Chamber of Commerce (ICC) y agrega: “Hay una fuerte tendencia entre los árbitros que actúan bajo los auspicios de ICC a reconocer que un convenio arbitral firmado por una sociedad que pertenece a un grupo de sociedades, obliga y otorga título a otras compañías miembros de tal grupo, siempre que se cumplan ciertas condiciones mínimas”.⁶⁰

EL LEVANTAMIENTO DEL VELO EN ECUADOR

En nuestro derecho positivo, la figura procede básicamente al amparo de lo que disponen los artículos 1562 del Código Civil y 17 de la Ley de Compañías; actualmente el

56. *Ibid.*, p. 1.

57. *Ibid.*, p. 1.

58. *Ibid.*, p. 6.

59. *Ibid.*, p. 7.

60. *Ibid.*, p. 8.

acceso al conocimiento de quienes son titulares de las acciones, participaciones y más derechos en las sociedades se ha facilitando enormemente gracias a lo que dispone la Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos,⁶¹ particularmente en el artículo 6 inciso 5º, disposición general segunda y las disposiciones reformativas segunda que derogó el artículo 444 de la Ley de Compañías y sustituyó el 443, y tercera que reformó los artículos 45 y 65 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero codificada.

En la Ley para reprimir el lavado de activos⁶² se pone énfasis en el deber de las entidades del sistema financiero de registrar y reportar las operaciones por montos superiores a diez mil dólares de los Estados Unidos de América, así como en el de reportar periódica y sistemáticamente acerca de la existencia o no de operaciones o transacciones económicas inusuales e injustificadas, de las que tengan conocimiento, art. 3 c), d) y e), bajo responsabilidad “personal e institucional”, pero a la “unidad de inteligencia financiera” se le confieren atribuciones limitadas, en el art. 10 b): “Solicitar de los sujetos obligados a informar, de conformidad con lo previsto en esta Ley, la información que considere necesaria para el cumplimiento de sus funciones, con la finalidad de procesarla, analizarla y custodiarla; y, de ser el caso, respecto de la información que le haya sido entregada, solicitar aclaraciones o ampliaciones”. En el art. 14 se tipifica el delito de lavado de activos, y se señala que se lo puede cometer “en forma directa o indirecta”. En el art. 17 inc., 2º se dispone: “Asimismo, de ser el caso, la condena por delito de lavado de activos dará lugar a la extinción de la persona jurídica creada para el efecto.” En la disposición general cuarta se dispone: “En ningún caso, los sujetos obligados a informar, podrán invocar el sigilo o reserva bancaria, ni el secreto profesional o fiscal, para negar el acceso o demorar la entrega de la información solicitada, especialmente cuando lo requieran las autoridades judiciales”. Esta ley, por ser de naturaleza penal, se la debe interpretar estrictamente, recordando el principio de legalidad que rige en forma absoluta en el campo penal, por lo que se le ha considerado insuficiente y la Procuraduría General del Estado ha presentado a la Asamblea Nacional un proyecto de reformas a la misma.⁶³

Pero, por sobre estas disposiciones legales, están las normas y principios constitucionales que constan de la Constitución de Montecristi: artículo 3 No. 4, que garantiza la ética laica como sustento del quehacer público y el ordenamiento jurídico; artículo 11

61. *Registro Oficial* suplemento al 162 de 31.03.2010.

62. Ley 12-2005, *Registro Oficial* 127 de 18.10.2005.

63. Oficio No. 14512 de 03.06.2010 dirigido por el Procurador General del Estado al Presidente de la Asamblea Nacional. Posiblemente la consideración de que la ley vigente no brinda los mecanismos suficientes para un adecuado control del lavado de dinero mal habido fue la causa por la cual las autoridades ecuatorianas no pudieron cumplir con las recomendaciones del GAFI y se impusieron sanciones al sistema financiero del país por esta razón (Ver FATF- GAFI FATF Public Statement <http://www.fatf-gafi.org/dataoecd/34/29/44636171.pdf> Fecha de consulta: 17 de junio de 2010).

No. 5 que constituye a los jueces en garantes de la vigencia de los derechos y garantías constitucionales; artículo 75 que consagra el derecho a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad, sin que en ningún caso quede en la indefensión; artículo 83 que establece los deberes y responsabilidades de los ecuatorianos y ecuatorianas; artículo 172 que señala los deberes y responsabilidades de los jueces y juezas, en virtud del cual son garantes de la vigencia de los derechos y garantías constitucionales.

La jurisprudencia ecuatoriana sobre el tema es realmente escasa. La posición clásica de nuestros juristas, fruto del positivismo extremo que se profesó en el país, hizo que se considerara que la moral nada tiene que ver con el derecho⁶⁴ y, precisamente, son los valores éticos los que inspiran al instituto, por ello no se hicieron sino esfuerzos esporádicos para remediar la situación.

En el campo laboral, se señala como antecedente remoto⁶⁵ la sentencia de la Tercera Sala de la Corte Suprema de Justicia de 22 de mayo de 1944,⁶⁶ dictada dentro del juicio seguido por José Leonardo López contra la señora Dolores M. Cortés, propietaria de la fábrica de jabones El Progreso, la que era una compañía en nombre colectivo. La sentencia condenó a la demandada a indemnizar al actor por despido intempestivo. En ningún momento se invocó la teoría del descorrimiento del velo, sino que, más bien, se aplicó la solidaridad que en el campo laboral tienen los empleadores, sus representantes, socios, consocios o copartícipes o interesados en la empresa.

Posteriormente, la Quinta Sala de la Corte Suprema de Justicia dictó el 11 de abril de 1985 sentencia,⁶⁷ dentro del juicio seguido por Raúl Vinicio Garzón Rodas contra Mitchell Cots S.A. El actor, en los fundamentos de su demanda, señala que trabajó durante un período de tiempo para luego pasar a prestar sus servicios a la Compañía Ecuatoriana de Té C. A. “dependiente de la misma compañía”, y que posteriormente se le ordenó que regresara a la empresa demandada, alega despido intempestivo y pide que se le indemnice según la tabla de tiempo resultante de su trabajo en las dos empresas y no con la correspondiente al período últimamente trabajado para la demandada. El fallo,

64. En la *Gaceta Judicial* serie XIII No. 5, p. 1114, dentro del voto salvado al fallo de 14 de marzo de 1979, dictado por la Cuarta Sala de la Corte Suprema de Justicia, en el juicio de cumplimiento de promesa de venta que siguió el Coronel Pedro Bolívar Salazar contra Carmela Flores Rodríguez, se lee lo que ha constituido el pensamiento general de los juristas ecuatorianos: “Se dirá, tal vez que un fallo no puede legalizar un procedimiento incorrecto, pero este asunto atañe al orden moral y no al legal y al respecto cabe recordar la doctrina sostenida por el Dr. Víctor Manuel Peñaherrera el mismo que planteaba la posible oposición en que puede colocarse un juez entre lo no ético y lo legal y concluye que el juez debe atenerse al cumplimiento de la ley”.

65. Así la califica María de los Ángeles Montalvo, en “La teoría de la desestimación de la personalidad y el contrato de trabajo” (monografía para la obtención del título de Especialista Superior en Derecho Financiero, Bursátil y de Seguros, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2002, p. 25).

66. *Gaceta Judicial* serie VI No. 14, pp. 897-898.

67. *Gaceta Judicial* serie XIV No. 8, pp. 1891-1893.

aunque no se pronuncia expresamente, aceptó esta pretensión y ordenó que se le indemnizara según la tabla correspondiente al tiempo total trabajado para la empresa principal y la dependiente.

María de los Ángeles Montalvo sostiene que, a su juicio, en ninguno de los casos señalados se aplicó la teoría del descorrimento del velo, sino el “principio de la realidad, principio rector del derecho del trabajo” que permite “soslayar la persona jurídica e imputar la responsabilidad en forma solidaria a los conductores, socios o copartícipes cuando el trabajo se realice para dos o más empleadores interesados en la misma empresa”. En definitiva, se aplica el principio tuitivo del derecho laboral, que nada tiene que ver con el uso desviado de la personalidad societaria ni con su utilización como instrumento para fines puramente individuales.⁶⁸ En efecto, en el campo laboral y atento el estado de nuestra legislación, no es necesario acudir a la figura del levantamiento del velo ya que la normatividad laboral y el principio tuitivo del derecho del trabajo ofrecen suficientes mecanismos para el resguardo de los derechos de los trabajadores.

En el campo civil y mercantil, el primer caso en que se hizo expresa referencia a la doctrina del levantamiento del velo lo constituye la sentencia No. 393-99 de 08.07.1999⁶⁹ (Rubén Morán Buenaño vs. Ricardo Antonio Onofre González y Leopoldo Morán Intriago) dictada por la Primera Sala de lo Civil y Mercantil, y que si bien no se descorrió el velo, no pudo dictarse una sentencia de mérito por no haberse integrado la litis consorcio pasiva necesaria ya que no se contó con el Sindicato General de Choferes del Guayas, por lo que si se hubiera dictado sentencia contra esta entidad, no habría podido ejecutarse por no alcanzarla. Este fallo es interesante, además, porque la persona jurídica involucrada no era una sociedad sino un sindicato.

Los primeros fallos en que se aplicó la teoría del descorrimento del velo lo constituyen las sentencias No. 120-2001, de 21.03.2001⁷⁰ (Diners Club del Ecuador vs. Mariscos de Chupadores CHUPAMAR S.A.), y No. 20-03, de 28.01.2003⁷¹ (Ángel Puma vs. Importadora Terreros Serrano Cía. Ltda.), ambas dictadas por la Primera Sala de lo Civil y Mercantil.

En la sentencia No.120-2001 la Sala dijo:

En la actuación de las personas jurídicas, se ha observado en los últimos años una notoria y perjudicial desviación, ya que se le usa como camino oblicuo o desviado para burlar la ley o perjudicar a terceros. Pierde por completo su razón de ser y su justificación económica y social; ya no es más una persona ideal o moral y se convierte en una mera figura formal, un

68. María de los Ángeles Montalvo, “La teoría de la desestimación de la personalidad y el contrato de trabajo”, p. 27.

69. *Registro Oficial* 273 de 09.09.1999.

70. *Registro Oficial* 350 de 19-06-2001 y *Gaceta Judicial* serie XVII No. 5.

71. *Registro Oficial* 58 de 09.04.2003 y *Gaceta Judicial* serie XVII No. 12.

recurso técnico que permite alcanzar proditorios fines. Como señala la doctrina, “la reducción de ella (la persona jurídica) a una mera figura formal, a un mero recurso técnico, va a permitir su utilización para otros fines, privativos de las personas que los integran y distintos de los de la realidad jurídica para la que nació esta figura. Esta situación desemboca en el llamado “abuso” de la persona jurídica, que se manifiesta, principalmente, en el ámbito de las sociedades de capital” (Carmen Boldó Roda, “La desestimación de la personalidad jurídica en el derecho privado español”, RDCO, año 30, Buenos Aires, Depalma, 1997, pp. 1 y ss.). Frente a estos abusos, hay que reaccionar desestimando la personalidad jurídica, es decir, descorriendo el velo que separa a los terceros con los verdaderos destinatarios finales de los resultados de un negocio jurídico, llegar hasta éstos, a fin de impedir que la figura societaria se utilice desviadamente como un mecanismo para perjudicar a terceros, sean acreedores a quienes se les obstaculizaría o impediría el que puedan alcanzar el cumplimiento de sus créditos, sean legítimos titulares de un bien o un derecho a quienes se les privaría o despojaría de ellos. Estas son situaciones extremas, que deben analizarse con sumo cuidado, ya que no puede afectarse la seguridad jurídica, pero tampoco puede a pretexto de proteger este valor, permitir el abuso del derecho o el fraude a la ley mediante el abuso de la institución societaria.

En la sentencia No. 20-03, la Sala dijo:

Sobre la teoría del “levantamiento del velo” o del “disregard” de la sociedad o compañía también se ha dicho: “Si consideramos a la sociedad como un instrumento técnico que el derecho provee a los seres humanos, atribuyéndole determinadas cualidades que permiten diferenciar totalmente la sociedad de los socios que la integran, resulta fácil establecer en qué casos es posible prescindir de esa personalidad. Cada vez que los individuos que recurren a la forma jurídica corporativa lo hacen apartándose de los fines que tuvo presentes el legislador, la imputación de los derechos, obligaciones y responsabilidades no se debe hacer a la sociedad, sino directamente a los socios, prescindiendo o pasando por alto la personalidad jurídica atribuida”, señala Carlos Alberto Villegas en su obra *Tratado de las sociedades*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1995, p. 48. El mismo autor continúa: “En tales supuestos el juez puede ‘romper el velo’ de esa personalidad jurídica y ‘penetrar’ en la realidad, atribuyendo a los individuos que están detrás del velo societario (ocultos o escondidos detrás de él), directamente, la consecuencia de los actos o conductas antijurídicos” (*ibid.*, p. 48). De igual forma opina R. Serick, citado por Guillermo Cabanellas de las Cuevas (*Derecho societario*, parte general, *La personalidad jurídica societaria*, Buenos Aires, Heliasta, 1994, p. 73), quien expone: “Si la estructura formal de la persona jurídica se utiliza de manera ‘abusiva’, el juez podrá descartarla para que fracase el resultado contrario a derecho que se persigue. Existe ‘abuso’ cuando con la ayuda de la persona jurídica se trata: a) de burlar una ley, b) de quebrantar obligaciones contractuales, o c) de perjudicar fraudulentamente a terceros”.

En realidad se trató de dos casos de abuso del proceso en los que se pretendió evadir el pago de obligaciones pendientes, mediante el cambio de representante legal en el primer caso y de tipo societario en el segundo. La teoría del descorrimiento del velo se uti-

lizó como recurso técnico para penetrar hasta el real obligado, el dueño del 99,5 por ciento de las participaciones en el primer caso, y del ciento por ciento en el segundo.

Actualmente, no se precisaría invocar la teoría del descorrimiento del velo en razón de la reforma constitucional y legal que se expone más adelante.

Estos dos fallos fueron precedidos por la sentencia No. 133-1999, de 26.02.1999, (Amparo Páez Taco vs. Edgar Llovani Sotomayor),⁷² en que la Sala dijo:

El artículo 1589 del Código Civil dice: “Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan, no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que, por la ley o la costumbre, pertenecen a ella”. Esta norma legal, aunque se refiere a los negocios jurídicos bilaterales, sin embargo es aplicable a toda obligación sea cual sea la fuente de la que dimanen ya que contiene un axioma básico de todo el ordenamiento jurídico patrimonial, esto es, que las obligaciones han de cumplirse de buena fe, ya que es una proposición tan clara y evidente que ni siquiera precisa de demostración y constituye postulado fundamental que sirve de base para la justificación de la potestad de la que se halla asistido todo acreedor para acudir ante el Estado a solicitarle y alcanzar de éste que ponga todo el imperio del cual se halla dotado al servicio de su interés privado a fin de que coercitivamente se ejecute la prestación a la cual está constreñido el deudor y que sirve para satisfacer el interés privado de tal acreedor; ausente la buena fe en el comportamiento de las partes unidas por una relación obligatoria, cambia por completo el panorama; en efecto, si desaparece este elemento vital en la parte deudora, no solamente que el Estado le impondrá compulsivamente el cumplimiento de su deber jurídico, sino que además será responsable de todo daño y perjuicio que sufra la parte acreedora y, en ciertos casos en que este comportamiento injurídico afecta al interés de la sociedad toda, causando alarma y provocando sentimiento de inquietud que incide en el bienestar colectivo, vulnerando así un bien social, inclusive llega a tipificarlo como delito penal; pero de la misma manera, si la parte acreedora no actúa de buena fe y pretende alcanzar beneficios exorbitantes, más allá de aquellos que se hallan justificados por la causa de la relación creditoria, o trata de imponer al deudor su voluntad abusiva, pretendiendo rebasar los límites que le señalan no solamente la declaración de voluntad que ha originado la relación obligatoria (cuando ésta nace de un negocio jurídico) sino también la ley, la costumbre y la propia naturaleza de la obligación, el Estado no puede acudir en auxilio de este acreedor que no pide se le ampare en el ejercicio de su derecho sino que pretende abusar de él. El comportamiento de las dos partes, acreedora y deudora, ha de ser, pues, equilibrado, enmarcado dentro de los límites señalados y caracterizado por la buena fe. Esta piedra angular y regla fundamental del derecho de las obligaciones es, básicamente, una norma de comportamiento, implica un deber de recto comportamiento de acuerdo a la equidad, constituye, en definitiva, “una regla objetiva de honradez del comercio jurídico” (Von Thur, citado por Camacho Evangelista en “La buena fe en el cumplimiento de las obligaciones”, Granada, 1962, p. 32). Como lo viene sosteniendo la doctrina francesa contemporánea, la buena fe descansa en un deber moral que se transforma en obligación jurídica

72. *Registro Oficial* No. 162 de 05.04.1999.

de lealtad entre las partes (Georges Ripert, en su célebre obra *La règle morale dans les obligations civiles*, París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1949, 4a. ed., p. 6, No. 3) así lo entiende y por ello dice que “la regla moral puede ser estudiada, en primer lugar, en su función normativa, cuando viene a impedir el abuso de la forma jurídica que se quería utilizar para fines que la moral reprueba. Frente al principio de la autonomía de la voluntad, se eleva la necesidad para las partes de respetar la ley moral, la protección necesaria debida al contratante que se encuentra en estado de inferioridad y que es explotado por la otra parte, ella enseña que la justicia debe reinar en el contrato y que la desigualdad en las prestaciones puede ser reveladora de la explotación de los débiles; ella arroja la duda sobre los acuerdos que son la expresión de una voluntad muy poderosa doblegando una voluntad debilitada”. Camacho Evangelista (p. 20) señala que la buena fe obligacional “exige que se realice no solo lo que se debe en razón de la obligación, sino que se cumpla con la moral y con las reglas sociales que suponen un proceder honesto”. Enneccerus (en Enneccerus-Kipp-Wolff: *Tratado de Derecho Civil*, tomo II, “Derecho de Obligaciones”, vol. 1, Barcelona, Bosch, 1954, 7a. ed., pp. 19-20), en relación al qué y al cómo de la prestación, dice: “la doctrina dominante y, en particular, la jurisprudencia han deducido como principio supremo y absoluto que domina todo el derecho de las obligaciones, el de que todas las relaciones de obligación, en todos los aspectos y en todo su contenido, están sujetas al imperio de la buena fe, pero teniendo presente que el contenido de la deuda, cuando se trata de obligaciones derivadas de negocio jurídico, se determina en primer término por la voluntad de los interesados, mientras que en las obligaciones legales esta voluntad es indiferente: 1. La buena fe prohíbe, en primer lugar, que se cometa abuso con pretensiones jurídicas formal o aparentemente fundadas. La buena fe quiere proteger al deudor contra las exigencias impertinentes, que choquen contra el derecho y la equidad. Pero el (derecho) viene también a favorecer al acreedor protegiéndole contra la conducta del deudor que viole la buena fe, por ejemplo, contra las prestaciones a destiempo... 2. En determinadas circunstancias, de la buena fe puede resultar también que el deber de prestación sea más amplio que el contenido fijado en el contrato o por la ley. 3. En virtud de la buena fe también puede resultar por otro lado que se atenúe el deber de prestación, e incluso brotar un derecho del deudor a ser liberado de aquel deber o un derecho a que se transforme la relación contractual. 4. La jurisprudencia ha fundado también sobre (el principio de la buena fe) la llamada revalorización de las prestaciones afectadas por la devalorización sufrida por el dinero a consecuencia de la guerra y de la inflación.

Este fallo es de gran importancia, puede calificarse como la exposición de la posición doctrinaria de quienes integraban en esa época la Sala y ayuda a comprender el porqué de la aplicación de la doctrina en estudio ante dos evidentes casos de abuso del proceso, en una época en que todavía no existía en el derecho positivo norma alguna que proclamara el principio de la buena fe y la lealtad procesal como fundamento de la actividad judicial.⁷³ En este fallo se puso de relieve la importancia de la buena fe como “piedra

73. El artículo 207 inciso 3o de la Constitución Política codificada en 1998 disponía que “la persona que litigue temerariamente pagará a quien haya ganado el juicio las tasas que éste haya satisfecho, sin que en este caso se admita exención alguna”: esta norma, sin duda alguna fundada en el deber de buena fe y lealtad procesal, era lo única consagra-

angular y regla fundamental del derecho de obligaciones” que es, básicamente, “una norma de comportamiento, implica un deber de recto comportamiento de acuerdo a la equidad, constituye, en definitiva, ‘una regla objetiva de honradez del comercio jurídico’”. Actualmente la moral ha reingresado en el campo del derecho, del que estuvo por tanto tiempo desterrada, la Constitución de la República, a más de lo que dispone en el artículo 3 No. 4, antes citado, en el artículo 174 inciso segundo dice que “la mala fe procesal, el litigio malicioso o temerario, la generación de obstáculos o dilación procesal, serán sancionados de acuerdo con la ley”; y en el Código Orgánico de la Función Judicial, artículos 21, 26, 131, 132, 335, No. 9, entre otros, se establecen los deberes de jueces y juezas de velar por la buena fe y la lealtad procesal y de impedir todo tipo de maniobras fraudulentas y las sanciones a las partes y a los abogados por estas conductas que, fundamentalmente, son contrarias a la ética.

Posteriormente, se dictaron dos fallos, No. 135-2003 de 14.05.2003⁷⁴ (José Miguel Massuh Buraye vs. Roberto Massuh Dumani y la Compañía de Desarrollo Industrial del Ecuador DIDESA S.A.), en que se declaró que no concurrían los elementos para rasgar el velo societario; y No. 172-2004 de 23.07.2004⁷⁵ (Miguel Ángel Encalada Mora vs. Jorge Encalada Mora, Alicia Villacís de Encalada, Compañía Garijasa, Ganadera Agrícola Río Jagua S.A., José Encalada Mora), en que tampoco se aplicó la doctrina en aplicación del principio “*nemo auditur propiam turpitudinem allegans*”.

Ortiz García estima que existen fallos de triple reiteración que, de conformidad con el artículo 19 de la Ley de casación, constituirían precedente jurisprudencial obligatorio y vinculante para los tribunales de instancia aunque no para la Corte Suprema de Justicia (actual Corte Nacional).⁷⁶ Eduardo Carmigniani Valencia igualmente afirma que “En el Ecuador existe jurisprudencia obligatoria de casación que acepta la aplicabilidad de la Teoría de la Desestimación”.⁷⁷

En materia tributaria, el 03.04.2009, se dictó una sentencia por la Sala de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia (IMPORGAN S.A. vs. SRI), en la que se descalifican las facturas emitidas por una compañía por aceptar la afirmación

ción constitucional de este principio. En el Código de Procedimiento Civil el artículo 283 dispone la condena en costas a quien litigue temerariamente o proceda con mala fe, el 284 agrega que si hay condena en costas también se mandará a pagar los honorarios de la defensa de la otra parte, y el 285 añade que en ningún caso será condenado en costas el Estado pero que se condenará al pago de ellas al procurador o al fiscal que haya sostenido el pleito de mala fe o con temeridad notoria. Pero nada más. Ello ha ocasionado un sinnúmero de abusos que son de conocimiento público, lo que obligó a incorporar a la propia Constitución el principio de la buena fe y la lealtad procesal.

74. Registro Oficial No. 128 de 18.07.2003.

75. Registro Oficial No. 553 de 29.03.2005.

76. Pablo Ortiz García, “Desestimación de la persona jurídica”, en *Ruptura*, No. 46, Quito, Asociación Escuela de Derecho Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 2003, p. 580.

77. Eduardo Carmigniani Valencia, “Responsabilidad de los accionistas por las deudas de la sociedad”, en *Derecho Societario Memorias de las Primeras Jornadas Nacionales Octubre 22 y 23 de 2003*, Guayaquil, Edino, 2004, p. 109.

de la administración tributaria de que se trata de una “empresa de papel”, pero no se invoca la teoría del descorrimiento del velo sino que se aplica el principio de la búsqueda de la voluntad económica de las partes y la prevalencia de la *intentio factis* sobre la *intentio juris* al amparo de lo que dispone el artículo 17 del Código Tributario. La autoridad tributaria ha venido insistiendo en que debe descorrerse el velo para evitar la evasión tributaria y alegando que el artículo 17 del Código Tributario permite a los jueces ir más allá, hasta el descorrimiento del velo societario.⁷⁸ Es a todas luces innecesario en este campo acudir a la teoría del levantamiento del velo habida cuenta lo que dispone el artículo 17 del Código Tributario y la Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos y sus reformas a la Ley de Compañías y a la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, citadas en líneas anteriores, en cuanto permiten divulgar la información sobre los accionistas, socios o propietarios, lo cual indudablemente facilitará establecer procesalmente la voluntad económica de las partes y que prevalezca la *intentio factis* sobre la *intentio juris* para que no se utilice la figura societaria como un simple recurso técnico para inflar gastos o licuar utilidades.

Sin embargo, la falta de normas expresas considero que no es óbice. Con las últimas reformas a la Ley de Compañías y a la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero y con las disposiciones de la Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos, más las facultades concedidas por el Código Orgánico de la Función Judicial, los jueces y tribunales tienen las herramientas necesarias para desarrollar esta institución, a más de los principios de derecho universal señalados de la honestidad y la buena fe, una vez que la ética se ha reincorporado al mundo jurídico, pero hace falta que los abogados con ingenio y preparación la planteen ante los tribunales y que los jueces que los integren, con una mirada moderna y con conciencia social, la recojan en sus fallos. Esperemos que esto ocurra.

CONCLUSIONES

1. La teoría del descubrimiento del velo no constituye una panacea que solucione todos los casos de utilización fraudulenta o abusiva de la persona jurídica.
2. Es útil en casos extremos, cuando la actuación de los agentes es manifiestamente contraria a derecho o abusiva. Pero de allí no pasa.

78. Así lo hizo en el proceso dentro del cual se dictó el fallo antes referido. El artículo 17 del Código Tributario dice: “Calificación del hecho generador: Cuando el hecho generador consista en un acto jurídico, se calificará conforme a su verdadera esencia y naturaleza jurídica, cualquiera que sea la forma elegida o la denominación utilizada por los interesados. Cuando el hecho generador se delimite atendiendo a conceptos económicos, el criterio para calificarlos tendrá en cuenta las situaciones o relaciones económicas que efectivamente existan o se establezcan por los interesados, con independencia de las formas jurídicas que se utilicen”.

3. Si es mal utilizada, los daños que podría causar serían infinitamente mayores que los posibles beneficios, ya que no habría seguridad jurídica y los inversionistas simplemente no invertirían, con la consiguiente paralización del mercado, el crecimiento del desempleo y el mayor empobrecimiento de la sociedad ecuatoriana.
Lo delicado del tema ya fue puesto de manifiesto en los fallos que dictó la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, en los que se señaló que la figura se aplica en situaciones extremas, “que deben analizarse con sumo cuidado, ya que no puede afectarse la seguridad jurídica, pero tampoco puede a pretexto de proteger este valor, permitir el abuso del derecho o el fraude a la ley mediante el abuso de la institución societaria”, razón por la cual los abogados no la han de invocar con ligereza y los jueces han resistir la tentación de echar mano de la misma como fácil medio para salir del paso.
4. La doctrina del levantamiento del velo es una institución fundamentalmente de naturaleza procesal, excepcionalmente afecta a la personalidad jurídica o al principio de limitación de la responsabilidad patrimonial, en los casos en que el juez, en guarda de la ley y de la moral y para evitar el abuso del derecho, se ve en la necesidad ocasional de traspasar el velo y extender la responsabilidad patrimonial a los socios o a los terceros que se estarían beneficiando indebidamente.
5. El levantamiento del velo es un principio general del derecho. No existen precedentes jurisprudenciales que la reconozcan ni precisa de ley ni de precedente jurisprudencial obligatorio para regir, ya que los principios generales del derecho están allí desde siempre y para siempre, y a ellos han de acudir los jueces cada vez que sea menester. Los jueces están obligados a administrar justicia, sin que puedan excusarse alegando falta u oscuridad de la ley, de no cumplir con su obligación estarán negando el derecho a la tutela judicial efectiva, imparcial y expedita, que es un derecho consagrado en el artículo 75 de la Constitución de la República, por lo que, de cumplirse los presupuestos para que opere, deberán aplicar esta doctrina ante la falta de ley.
6. Abogados y jueces han de tener en cuenta que la figura del descorrimiento del velo no reemplaza a las consagradas en el derecho positivo, como la de nulidad por objeto o causa ilícita, la de disolución y liquidación cuando se ha abandonado en forma permanente la causa fin de la sociedad configurándose el vicio conocido como de *ultra vires*, la reparatoria de daños y perjuicios a favor de los socios cuando hayan impugnado los acuerdos societarios lesivos, o la acción indemnizatoria de daños y perjuicios por los terceros perjudicados, de conformidad con las normas atinentes a los delitos y cuasidelitos, por los fraudes, abusos y vías de hecho cometidas por los administradores o socios.

7. Es muy difícil elaborar una doctrina unitaria y tampoco puede decirse que los casos que ha resuelto la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia constituyan precedentes jurisprudenciales obligatorios ya que cada caso es único, hay⁷⁹ una multitud de circunstancias y de hechos propios de los casos singulares, que no resulta fácil poder establecer reglas de carácter general. Es preferible confiar en la prudencia, sabiduría y coraje de los jueces que han de aplicar o no la figura según las circunstancias de cada caso concreto.
8. Sería un desacierto dictar una ley que pretenda incorporar la figura al ordenamiento legal, ya que la dinámica de las situaciones en que pueden presentarse los fraudes a la ley o el abuso de terceros hace que vayan cambiando con tal rapidez, que la ley al final quedaría sin aplicación.⁸⁰ Este es un tema de política legislativa. El país necesita atender prioritariamente aquellos campos en que se presentan mayores deficiencias. En el campo procesal, ante todo debe darse la estructura definitiva al Consejo de la Judicatura, a la Fiscalía y a los tribunales y juzgados; han de modernizarse los procesos civiles con un nuevo código procesal incorporando el proceso oral, materia en que el legislador se halla en mora desde 1998, hay que igualmente organizar la justicia de paz, hay que solucionar el gravísimo conflicto producido con la justicia indígena por la falta de una ley de compatibilización, etc. No existen datos ciertos de la frecuencia del uso abusivo de la personalidad jurídica, pero seguramente son mínimos frente a la masa de problemas que aquejan a los más pobres, y no pueden merecer atención prioritaria, tanto más cuanto que la solución a los abusos y los fraudes no se dan por vía de crear más leyes sino de que haya jueces honestos, conocedores y con mística, que apliquen las leyes y, cuando éstas falten, los principios generales del derecho.

79. Se dictan muchas leyes que, después, no tienen aplicación: tal el caso de la Ley de Empresas Unipersonales de Responsabilidad Limitada que, por la enorme carga burocrática que impone, ha impedido el establecimiento de empresas de esta clase. Algo igual ocurre con la Ley de Concurso Preventivo, hasta el punto que se propone derogarla.

80. Se me facilitó por la Academia Ecuatoriana de Derecho Societario un proyecto de “Ley para combatir los abusos de la personalidad jurídica”, que deberá ser analizado a profundidad y discutido lo más ampliamente, ya que pretende, en 57 artículos más una disposición derogatoria, modificar los Códigos Civil, de Comercio, de Procedimiento Civil, las leyes de Compañías, General de Instituciones del Sistema Financiero, de Mercado de Valores, Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial y de Empresas Unipersonales de Responsabilidad Limitada. Temas como el relativo a la persona jurídica, a la formación del consentimiento en los negocios jurídicos, al cumplimiento de las obligaciones etc. deben ser muy meditados, la reformas procesales deben encuadrarse dentro de la reforma general del proceso, no es conveniente seguir haciendo las reformas “parche” que en lugar de solucionar, complican más el panorama, baste citar como ejemplo el problema de la reforma del artículo 407 del CPC que, por no haberse aceptado la propuesta de reformar también el 480, como se hizo constar en el proyecto de Código Orgánico de la Función Judicial, el juicio ejecutivo de ínfima cuantía se quedó en 20 dólares y muy pocos demandan hasta 5.000 dólares en juicio ordinario de ínfima cuantía, por lo que esta reforma prácticamente ha quedado como letra muerta..

BIBLIOGRAFÍA

- Álvarez de Toledo Quintana, Lorenzo, *Abuso de personificación, levantamiento del velo y desentramamiento*, Madrid, Colex, 1997.
- Boldó Roda, Carmen, “La desestimación de la personalidad jurídica en el Derecho privado español”, en *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, año 30, Buenos Aires, Depalma, 1997.
- Boldó Roda, Carmen, *Levantamiento del velo y persona jurídica en el derecho privado español*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2006, 4a. ed.
- Borda, Guillermo Julio, “El abuso de la persona jurídica en el contrato de sociedad”, en *Contratación contemporánea, contratos modernos, derecho del consumidor; instituciones de Derecho Privado*, bajo la dirección de Atilio Aníbal Alterini, José Luis de los Mozos y Carlos Alberto Soto, t. 2, Bogotá, Palestra / Editorial Temis, 2001.
- Bueno, Esteban Francisco, *Acercamiento a la doctrina del disregard o levantamiento del velo societario*, en *Revista Ruptura*, No. 49, Quito, Asociación Escuela de Derecho, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 2005.
- Carmigniani Valencia, Eduardo, “Responsabilidad de los accionistas por las deudas de la sociedad”, en *Derecho Societario Memorias de las Primeras Jornadas Nacionales Octubre 22 y 23 de 2003*, Guayaquil, Edino, 2004.
- De Trazegnies Granda, Fernando, “El rasgado del velo societario para determinar la competencia dentro del arbitraje”, septiembre de 2004, en <http://macareo.pucp.edu.pe/ftrazeg/aafaa.htm>
- Dobson, Juan M., *El abuso de la personalidad jurídica (en el derecho privado)*, Buenos Aires, Depalma, 1985.
- García Vicente, Jaume, *Responsabilidad solidaria y el levantamiento del velo en la jurisdicción social*, Barcelona, J.M Bosch Editor, 2003.
- Gulmineli, Ricardo Ludovico, “Enfoque actual de la inoponibilidad de la personalidad jurídica”, en *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, 1993-A, año 26, Buenos Aires, Depalma.
- Hurtado Cobles, José, *La doctrina del levantamiento del velo societario. Estudio práctico sobre su aplicación por los tribunales españoles*, Barcelona, Atelier Editorial, S.L., 2000
- Junyent Bas, Francisco, “Reflexiones sobre el abuso de la personalidad societaria”, en *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, 2005-A, año 38, Buenos Aires, Depalma, 2005.
- Marzoratti, Osvaldo (h), “La teoría del disregard of legal entity a través de la jurisprudencia norteamericana”, en *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, año 1, Buenos Aires, Depalma, 1968.
- Medina de Rivera, Graciela, “Modalidades societarias como forma de defraudar la legítima. Análisis jurisprudencial privado”, en *Contratación Contemporánea, Contratos Modernos, Derechos del Consumidor*, No. 2, Lima, Bogotá, Palestra / Editorial Temis, 2001.

- Montalvo, María de los Ángeles, “La teoría de la desestimación de la personalidad y el contrato de trabajo”, monografía para la obtención de Especialista Superior en Derecho Financiero, Bursátil y de Seguros, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2002.
- Moeremans, Daniel E., “Extensión de la responsabilidad de los socios en las sociedades de capital en virtud del *disregard of legal entity*”, en *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, 1989, año 22.
- Ortiz García, Pablo, “Desestimación de la persona jurídica”, en *Ruptura*, No. 46, Quito, Asociación Escuela de Derecho Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 2003.
- Ortiz Vaamonde, Santiago, *El levantamiento del velo en el derecho administrativo: régimen de contratación de los entes instrumentales de la Administración, entre sí y con terceros*, Getafe (Madrid), La Ley, 2004.
- Teresa de Jesús Seijas Rengifo, “The disregard of the legal entity (Teoría del levantamiento del velo societario)”, en *Revista de Derecho y Ciencia Política*, UNMSM, vol. 64, (Nos. 1-2), Lima, 2007.

Fecha de recepción: 18 de mayo 2009

Fecha de aceptación: 29 de mayo 2009

Comentarios al proceso de integración europea desde una perspectiva migratoria latinoamericana. La Unión Europea frente a los inmigrantes no comunitarios

*Christian Masapanta**

RESUMEN

Este artículo analiza cómo el proceso de integración de la Unión Europea, por un lado, favorece a la libre circulación de mercaderías, capitales y de ciudadanos comunitarios, bajo la perspectiva de un sistema de integración profundo; y, por otro, paulatinamente ha dejado de lado a los denominados “otros no comunitarios”, a través de las denominadas “directivas de retorno” y la implementación de medidas tendientes hacia la criminalización de la migración, lo cual refleja una vulneración a los derechos fundamentales de la población inmigrante contrariando la tendencia moderna hacia una ciudadanía universal.

PALABRAS CLAVE: Unión Europea; inmigración; democracia plebiscitaria; movilidad humana; seguridad ciudadana; multiculturalismo, ciudadanía universal.

ABSTRACT

This article analyzes how the process of integration in the European Union, while favoring the free circulation of merchandises, capitals and community citizens, under the perspective of a deep integration process, gradually excludes non-community agents, primarily through the Directive on the return of illegal immigrants and the implementation of other measures that look forward to the criminalization of migration. The study considers how these policies violate the fundamental rights of immigrants, contradicting the modern tendency towards universal citizenship.

KEY WORDS: European Union, migration, plebiscitary democracy, human mobility, public safety, multiculturalism, universal citizenship.

FORO

* Asesor Técnico Institucional de la Corte Constitucional del Ecuador. Docente de las cátedras Convenio 169 de la OIT y Sistema de las Naciones Unidas y Derechos Humanos en la Maestría de Derechos Humanos y Pueblos Indígenas de la Universidad Central del Ecuador; docente de la cátedra Derecho Constitucional en la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Sede Ibarra.

Salir del país no es una opción sino una necesidad.

Antonio Guterres, ACNUR

Cualquiera que conozca la inseguridad, frustración y el sufrimiento que conlleva la pobreza será capaz de comprender las razones que impulsan a millones de personas a abandonar sus países dejándolo todo atrás; por aquello el presente ensayo tiene como objetivo primordial mostrar una mirada panorámica acerca de cómo la Unión Europea, entendida como el más exitoso proceso de integración en el orbe mundial, tiende a excluir de sus beneficios a los considerados “otros no comunitarios”, dentro de los cuales se agrupa a los inmigrantes provenientes de las llamadas naciones subdesarrolladas de otros continentes e incluso a sus pares europeos a quienes todavía no se les atribuye el estatuto de comunitarios (Turquía).

Para llevar adelante esta tarea me he basado en los criterios emitidos por Salvador Madariaga, quien desde una perspectiva histórica cuenta el proceso que llevó a la conformación de la actual Unión Europea, la misma que ha sido marcada por dos hitos importantísimos como son las dos guerras mundiales llevadas a cabo en su territorio; adicionalmente realizaré un análisis crítico de varios artículos de prensa, en la especie provenientes del diario *El País* en donde varios columnistas escriben respecto a la realidad de la inmigración en Europa, enfocando con fines didácticos dos temáticas específicas: la directiva europea de retorno de inmigrantes ilegales y la situación laboral de los mismos, para finalmente emitir un comentario personal respecto a la situación por la que atraviesan los inmigrantes en aquel continente.

Para iniciar este análisis partiremos de una premisa: *La solución a las migraciones no está en levantar muros y leyes hostiles*; contrario a esta postura, el Parlamento Europeo emitió la tan comentada “directiva de retorno” por medio de la cual se imponían una serie de reglas tendientes a controlar la inmigración ilegal en los países miembros de la Unión Europea, imponiéndoles una suerte de “cacería de brujas” en contra de quienes exclusivamente aspiraban a subsistir en un país ajeno debido a las situaciones de extrema pobreza por las que atraviesan sus países de origen. Empero, la percepción de los parlamentarios europeos resulta hasta cierto modo incomprensible, ya que defienden la implementación de esta directiva bajo la falacia de que aquella comporta beneficios a los inmigrantes irregulares; para afianzar esta aseveración me permito transcribir lo que dice Ignasi Guardans, quien sostiene que con la directiva se están otorgando derechos a quienes antes no lo tenían:

Se supone que la mayoría aceptamos que deben existir unas reglas (las que sean: ése no es ahora el debate) para determinar quiénes y en qué condiciones pueden residir legalmente en nuestro país. Y aceptaremos entonces que habrá que prever cómo reacciona el Estado frente a quienes las incumplan. Y hay que suponer que aceptamos que eso puede incluir el retorno for-

zoso a su país de origen. [...] se trata de fijar para el caso de detención y retorno forzoso (que España aplica hace ya largos años, aunque algunos parezcan descubrirlo ahora) unas reglas de mínimos que garanticen en toda Europa algunos derechos básicos a quien no los tenía, sin impedir en ningún caso que Parlamentos y Gobiernos establezcan en cada Estado garantías y derechos superiores.¹

El problema se suscita el momento en que la Unión Europea empieza a movilizar todo su andamiaje no solo normativo sino también institucional –policía– para hacer frente a las inmigraciones, realizando detenciones a los denominados “sin papeles”, criminalizando de esta manera la inmigración, vulnerándose un bien jurídico tan preciado por todos los seres humanos como es la libertad.

Para los parlamentarios europeos esta directiva es un avance en el reconocimiento de ciertos derechos como: excluir del retorno forzoso al solicitante de refugio o asilo; precisar por ley en qué casos concretos es posible restringir la libertad de quienes están pendientes de ese retorno forzoso; fijar garantías para el retorno de menores no acompañados y garantizar sus condiciones de internamiento separado de los demás (con educación incluida); forzar un procedimiento escrito y reglado lejos de toda arbitrariedad; garantizar derechos procesales básicos (como la lengua, o la asistencia jurídica gratuita); definir las obligaciones de atención sanitaria, o velar por la revisión judicial de todas esas decisiones; sin embargo, estas ventajas se van al piso en la práctica, puesto que el inmigrante ilegal se encuentra en una situación de desventaja frente a la autoridad, por lo que la comisión de arbitrariedades es frecuente que se presente ante una disposición legal tan extrema como es el caso de la directiva de retorno; se pretende minimizar el hecho de que se imponga un plazo de seis meses de detención para los inmigrantes ilegales, cuando la privación de la libertad sin causa justa aunque sea un minuto ya es razón de vulneración de los derechos humanos.

Si a aquello le sumamos el factor económico y la crisis por la que está atravesando todo el mundo y de la cual Europa no se ha visto exenta, nos encontraremos con un panorama en donde las economías receptoras también están cambiando su actitud ante los trabajadores extranjeros; si bien es cierto en épocas de bonanza económica la mayoría de países europeos han sido tolerantes con la inmigración ilegal, permitiéndoles en muchos casos que se dediquen a actividades que habían sido abandonadas por sus locales como el cuidado de ancianos, o labores agrícolas, frente a la crisis económica y la falta de empleo, uno de los grupos más afectados son los inmigrantes ilegales, puesto que si antes era difícil conseguir trabajo en esas condiciones, con la crisis la situación se torna aún más crónica.

1. Ignasi Guardans, “Algunos derechos para quienes no los tenían”, en diario *El País*, 25 de junio de 2008.

[...] el ciclo migratorio europeo de los años cincuenta y sesenta se cerró abruptamente cuando tras la crisis de 1973 todos los gobiernos de los países receptores (Alemania, Francia, Suiza, Bélgica) interrumpieron de la noche a la mañana la contratación y reclutamiento de trabajadores españoles, portugueses, yugoslavos, griegos y turcos. Hasta dónde se cerrará ahora la puerta plantea de nuevo la irresoluble cuestión de cuántos inmigrantes necesitamos, y está claro que muchos europeos, españoles entre ellos, piensan que ya tenemos demasiados.²

Este extracto del diario *El País* nos muestra la intencionalidad de repetir lo acontecido en los años setenta pretendiéndose cerrar la puerta para los extranjeros, formándose la idea de que ya son demasiados; frente a aquello se han realizado propuestas de retorno voluntario que por cierto han sido un verdadero fracaso. En efecto, en situación de crisis económica, lo primero que se viene a la mente de los ciudadanos desempleados es culpar al extraño de la falta de empleo viéndolos como su competencia en el mismo mercado, lamentablemente eso genera actitudes de rechazo hacia los inmigrantes extranjeros a los cuales se los asocia como los causantes del desplazamiento de puestos de trabajo de la población local; a los países europeos parece haberse borrado la memoria histórica cuando huyendo de sus guerras muchos de sus ciudadanos se refugiaron en los países hoy denominados originarios y paradójicamente hoy impiden el ingreso de los nacionales de estos países o detienen y deportan a quienes se encuentran en situación de irregularidad.

Como conclusión debemos manifestar desde nuestro particular punto de vista, que es inconcebible que, en la “era global”, se prive a millones de seres humanos de acceder a una vida diferente y digna; mientras se produce a expansión e internacionalización de empresas y capitales, la globalización de las fronteras en temas migratorios, continúa manteniéndose como una realidad alejada a la cual se le impone barreras cada vez más duras. A naciones europeas como España e Italia parece haberseles olvidado lo que la migración significó para su desarrollo, y que los trabajadores migrantes lejos de representar un problema han contribuido a fomentar su economía ocupando plazas de empleo que habían sido despreciadas por los nacionales de estos Estados. Si bien es cierto la crisis económica afecta a todos los países, tampoco es menos cierto que a pretexto de aquella situación se vulneren los derechos fundamentales de las personas, quienes independientemente de su condición no dejan de ser seres humanos. Europa debe retornar a ser la fuente de cultura y libertades que le ha caracterizado, debe retornar a ser esa “Europa libre y pacífica, en donde prosperaban las naciones más creadoras que la Historia ha conocido”.³

2. Blanca Sánchez Alonso, “Cambio de escenario, ¿cambio de políticas?”, en *ibid.*, 9 de junio de 2008.

3. Salvador de Madariaga, “Europa”, en *Cosas y gentes: Procosas*, Madrid, Espasa Calpe, 1983, p. 257.

EL PASADO, PRESENTE Y FUTURO DE LA UNIÓN EUROPEA

En el presente ensayo pretendemos enfocar un análisis histórico de cómo se ha configurado la Unión Europea desde una perspectiva crítica en donde se evidencian dos realidades: una Europa antes de las Guerras Mundiales, en donde afloraban las letras, la cultura y la bonanza económica, y, por otro lado, la Europa de posguerra con todas sus implicaciones, hasta finalmente llegar a la conformación de la Unión Europea entendida como el proceso de integración profunda más exitoso hasta la actualidad. Para aquello nos valdremos del texto de Madariaga, quien articula su discurso en torno a retomar el papel protagónico que tuvo Europa a inicios del siglo XX; así como los textos de Jeremy Rifkin y Loukas Tsoukalis, quienes nos brindan una visión panorámica de hacia donde se proyecta Europa.

Antes de la Primera Guerra Mundial, el continente europeo era observado como el de mayor progreso a nivel mundial, siendo concebido como la cuna de la civilización occidental, y el referente de arte, cultura, letras y economía. La bonanza económica que vivió el continente en esa época llegó a determinar que sus principales representantes –Francia, Inglaterra y Alemania– prestaran dinero a todo el mundo, incluso a los Estados Unidos;⁴ de igual forma en sus universidades se plasmaba el pensamiento de mayor avanzada, siendo emblemáticos estos países como asiento de las principales conquistas de los derechos de las personas; la libra esterlina era la moneda de circulación a lo largo del continente; se gestó para entonces la denominada Unión Latina conformada por Francia, Italia, Bélgica, Suiza y Grecia, y las personas circulaban libremente por el territorio de los países europeos.

Empero, como lo destaca Madariaga, pese a toda esta prosperidad, a esa Europa le faltaba su “conciencia de ser”, es decir, pensar en conjunto, superando los atavismos del clásico Estado-nación, puesto que aún no se concebía al vecino como igual dentro de las fronteras de cada uno de los Estados europeos. Aquello generó, años más tarde, fricciones que condujeron a las conflagraciones bélicas ante la imposibilidad de imaginar a todos los pobladores de esta región del mundo como similares, siendo precisamente Alemania el gestor de resaltar una aparente diferenciación en el continente.

[...] aquella Europa tan próspera y culta, no era tal Europa, sino una familia de hermanas mal avenidas, que, bajo los modales sonrientes y suaves de la paz, ocultaban y acumulaban tremendos polvorines de pasiones explosivas.⁵

4. *Ibid.*

5. *Ibid.*

En la idiosincrasia europea y especialmente alemana, precursora de la guerra europea, lo que primó fue la concepción “militar-irracional, por sobre lo “racional-económico”, así cada una de las naciones europeas se lanzan a su aventura imperial, siguiéndole la fase que Madariaga denomina “plenitud nacional”, siendo Alemania quien logra esa plenitud hacia 1870.

Todos sabemos lo que las dos guerras mundiales representaron para Europa, lo cual no solo se vio reflejado en la debacle económica como consecuencia de la destrucción de su infraestructura, dado que las guerras se suscitaron en sus territorios, sino también en la pérdida de la hegemonía mundial que dio paso al surgimiento de los Estados Unidos como nueva potencia económica mundial. Esto generaría otros impactos dentro de Europa; así, “el pasaporte, desconocido antes de 1914, se hizo obligatorio e indispensable, con lo cual se entregaba a los gobiernos una arma formidable contra la unidad de Europa y contra la libertad de los europeos”,⁶ incrementándose la desunión y desconfianza entre los pueblos; incluso la Sociedad de las Naciones creada después de la Primera Guerra Mundial fracasó, lo cual fue aprovechado por corrientes nacionalistas como el nazismo y el fascismo para dar inicio a otra guerra en Europa, que constituyó el segundo gran impacto que atentó contra Europa.

Con el panorama de una Europa destrozada vino el Plan Marshall para la reconstrucción de Europa, bajo el ideal de cooperación económica estadounidense, que ante las amenazas del socialismo soviético tendió a acercar sus relaciones con el mundo occidental europeo, cuyos países empezaron a buscar objetivos comunes que los unieran en temas de mutuo interés, surgiendo así la Comunidad Económica del Carbón y del Acero (CECA) en 1951, la Comunidad Económica Europea con perspectiva economicistas pero ya direccionándose hacia otros temas de interés común, para desembocar en la Unión Europea en donde ya se plasmaron ideales como una ciudadanía común y un mismo régimen monetario.

Las perspectivas actuales conducen a concebir un “nuevo sueño europeo” que se centra en un desarrollo sostenible, un mejoramiento en la calidad de vida y en la interdependencia, en donde, entre otras cosas, se tienda a ser menos territorial y más cosmopolita.

Por otro lado, se observa al proceso de integración europea como distante de los ciudadanos, por lo cual se ha cuestionado su legitimidad democrática, y sus funcionarios son criticados por la falta de interés en los temas y necesidades comunes de los ciudadanos europeos a los que se supone deben servir.

6. *Ibid.*, p. 258.

[...] la maquinaria gubernamental de Bruselas, según reconocen tanto los partidarios como los críticos de la Unión Europea, es un laberinto de trabas burocráticas capaz de frustrar incluso a los eurófilos más optimistas.⁷

Existe una doble vía en donde los países pequeños acusan a Francia y Alemania de imponerles la admisión de tratados y protocolos favorables a los intereses de estas potencias europeas; y en cambio, ellos acusan a los países pequeños de ser poco agradecidos por la asistencia económica que han recibido de Alemania y Francia en todos estos años. Como consecuencia de aquello los ciudadanos expresaron su negativa ante el proyecto de una Constitución para Europa, quizás con el único ideal que sean escuchadas sus necesidades por sobre las aspiraciones burocráticas de un determinado sector. Sin embargo, a pesar de todos los discursos de inclusividad, los europeos son cada vez más hostiles respecto a los inmigrantes, resurgiendo el antisemitismo, y la discriminación de los musulmanes y otras minorías religiosas

Estas son a breves rasgos las características del proceso histórico de convergencia en la Unión Europea; a continuación nos permitimos formular algunas recomendaciones que permitirían el desarrollo de este proceso de integración: por un lado se debe fortalecer las políticas de convivencia incluyendo al considerado “otro no comunitario” y haciéndole extensivo el goce de sus derechos; el control de fronteras debe tener en cuenta los derechos humanos, los cuales no pueden verse sacrificados a pretexto de la securización de los países miembros de la Unión Europea y peor aún debido a la crisis económica mundial, para lo cual se debe implementar una política migratoria menos restrictiva, y sobre todo volver la mirada hacia el pasado y recordar esa Europa fuente de civilización, cultura y derechos, como bien lo destaca Madariaga:

[...] hacia Europa, sí; pero no hacia una Europa que solo se preocupe del queso holandés, del carbón belga, de los automóviles franceses, de la maquinaria alemana, y de la seda italiana. Desde luego, que todas estas excelentes mercancías circulen libremente por su territorio desde Lisboa a Helsinki y desde Dublin a Atenas. Pero mucho más importante será que en nuestra Europa el rumano y el irlandés, el portugués y el polaco, el danés y el español, pueda cuando se le antoje ir a la estación o al aeropuerto y marcharse a otro país, o a la imprenta e imprimir y publicar el libro que quiera o si le peta salir a la calle y gritar “abajo el gobierno”, sin que sus amigos se lo tengan que encontrar aquella noche en el cementerio.

En pocas palabras lo que se busca es una Europa más inclusiva que deje de lado la visión economicista extrema y que piense en las necesidades sociales no solo de sus nacionales sino también de los extranjeros que se hallan contribuyendo al desarrollo y consolidación de este proceso de integración profundo.

7. Jeremy Rifkin, “La lenta agonía del sueño americano”, en *El sueño europeo*, Barcelona, Paidós, 2004, p. 26.

LA DEMOCRACIA PLEBISCITARIA EN LA APROBACIÓN DE UNA CONSTITUCIÓN PARA EUROPA

No coligamos Estados, unimos personas.

Jean Monnet

Mediante este trabajo planteamos un cuestionamiento respecto al déficit de legitimidad democrática en el proceso de integración europea, el cual se vio plasmado en la negativa de la población de una nación considerada pequeña en el contexto europeo como es Irlanda, y las repercusiones que esta negativa ha acarreado al proceso; para aquello nos valdremos de varios artículos de prensa que evidenciaron las reacciones de la Comunidad ante esta negativa.

Luis Prieto Sanchís menciona que *el derecho descansa sobre ficciones*,⁸ siendo una de ellas la democracia representativa que manifiesta que determinados órganos, instituciones y dignatarios son los representantes de la voluntad popular, y por ende las decisiones que ellos adopten serán la mayor expresión de la legitimidad democrática. Esta corriente conocida como “democracia mayoritaria o plebiscitaria”, utilizando los términos de Ferrajoli,⁹ es una concepción propia de una época en donde el llamado Estado liberal decimonónico pretendía sustentar en la actuación de los poderes públicos a través de normativa impuesta a la ciudadanía; bajo ese esquema se estructuraron los órganos de los procesos de integración y en la especie las instituciones de la Unión Europea, por aquello se acusa a dicho proceso de integración de una falta de contenido democrático a la hora de la toma de decisiones, considerándose que las decisiones adoptadas por sus altos dirigentes no revelan las necesidades que claman los ciudadanos de los Estados miembros de este bloque de integración; por ello, con miras a superar este problema, se implementó una forma de participación popular en el proceso mediante el sufragio en donde se consultó a los ciudadanos de varios países de la Unión Europea si estaban de acuerdo con la implementación de una Constitución para Europa, encontrándose sus gestores con una sorpresa cuando Irlanda, una de las naciones más favorecida con los fondos de la Unión Europea hasta el punto de transformarse de una nación pobre a ocupar el segundo lugar en ingreso per cápita solo detrás de Luxemburgo, se pronunciase con un no mediante un referéndum en donde sus pobladores se pronunciaron mediante una negativa a dicha consulta.

8. Luis Prieto Sanchís, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Editorial Trotta, 2003, pp. 137-174.

9. Luigi Ferrajoli, “La democracia constitucional”, en Christian Courtis, comp., *Desde otra mirada: Textos de teoría crítica del derecho*, Buenos Aires, Editorial Universitaria, 2001, p. 255.

Irlanda, el único país de la UE obligado constitucionalmente a plantear un referéndum, ha dicho contundentemente no, con una abultada participación, al tratado de reforma de la Unión Europea. La decisión, una ducha de agua fría para los proyectos de una mayor integración y eficacia entre los 27, sume a Europa en una nueva y grave crisis de confianza y compromete decisivamente su papel internacional. El voto de Dublín, recibido con consternación en Bruselas, abre presumiblemente la puerta a un progresivo distanciamiento entre los países que buscan más cohesión y aquellos que no, a una UE de dos velocidades.¹⁰

Cabe destacar que al ser en Irlanda el referéndum obligatorio una vez promulgados los resultados, 862.415 irlandeses han generado que la Unión Europea se cuestione respecto al direccionamiento que está dando al proceso de integración y en lo principal la brecha que se ha generado entre el ciudadano común, la Unión y sus instituciones.

Resulta evidente que dentro de la Unión Europea se da un proceso de dos velocidades, entre las potencia económicas y los países menos desarrollados; lo sorprendente resulta ser que precisamente Irlanda, una nación pequeña de no más de cuatro millones de habitantes, se haya pronunciado por un no al Tratado de Lisboa, lo cual simbólicamente ha colocado a la Unión Europea en un clima de desconfianza, que se refleja en la apatía ciudadana que ve a las instituciones de la Unión Europea como distantes de su realidad cotidiana, explicándose en cierta forma por qué el rechazo, ya que un texto tan complejo de más de cuatrocientas páginas no es asimilado en buena manera por el común de los ciudadanos.

En el caso particular de Irlanda se observa que políticamente se fraguó un proceso en donde la aprobación del Tratado contó con el apoyo de los partidos políticos más representativos de ese país; así “los cinco grandes partidos con representación parlamentaria han sido incapaces de movilizar a los irlandeses a favor del sí. En el Parlamento, 156 diputados votaron a favor del Tratado de Lisboa y 10 en contra; en la calle el resultado ha sido muy distinto: un 53% votó en contra y un 46,6% a favor”,¹¹ lo cual evidencia, como manifestábamos en líneas precedentes, que la aparente representación popular en la práctica es una ficción, ya que una cosa son los intereses políticos y otra muy diferente las necesidades ciudadanas; por esto la Unión Europea ha dejado de lado la democratización vía referéndum, bajo la premisa del interés mayoritario.

Un elemental sentido común, sin embargo, dicta que el progreso de un colectivo de casi 500 millones de personas no debe ser paralizado por la opinión adversa de menos de un 1% de sus integrantes, por muy respetable que sea y por muy democráticos que se pretendan los estatutos de los 27.¹²

10. “Ducha fría irlandesa”, editorial, en diario *El País*; 14 de junio de 2008.

11. José Ignacio Torreblanca, “El emperador desnudo”, en *ibid.*, 16 de junio de 2008.

12. “Ducha fría irlandesa”, editorial, en *ibid.*, 14 de junio de 2008.

En democracia, las mayorías hablan y en este sentido para evitar contratiempos, la Unión Europea busca acudir a la clásica vía de legitimación popular como es la ratificación del Tratado de Lisboa mediante los parlamentos nacionales, con aquello quizá se evite sorpresas como las que un referéndum puede acarrear.

Esta apatía se ve reflejada también en las elecciones de eurodiputados, elecciones que están próximas a realizarse y de las cuales un buen porcentaje de la población europea no tiene interés alguno en ellas, formándose un euroescepticismo peligroso para los fines comunitarios.

Solo un 44% de los europeos manifiestan algún interés en estas elecciones, frente a un 53% que afirman lo contrario, cifras de donde sale esta proyección de una abstención del 66%. Seis de los países que se hallan por debajo de este umbral son socios de la nueva hornada, a los que hay que añadir el euroescéptico Reino Unido, la Italia berlusconiana y Portugal. La intención de ir a votar manifestada por los encuestados produce un reparto similar: seis de los nuevos socios están por debajo del bajísimo porcentaje del 34% del conjunto de la UE. El desinterés hacia las elecciones no está necesariamente ligado a un desapego europeísta.¹³

La duda que asalta a la Unión Europea es que se dé un proceso de contagio del pronunciamiento irlandés; por ello, debe tomar medidas para que el Tratado sea ratificado con la máxima brevedad posible, sin embargo de lo cual no puede continuar cegada frente a la realidad de falta de legitimidad popular del proceso. Para algunos tratadistas como Habermas, el no irlandés es un castigo a la clase política de aquel país; sin embargo, reacciones como la irlandesa denotan que algo esta fallando al interior de la Unión Europea y posiblemente aquel factor esté dado por la falta de comunicación existente entre Bruselas y los ciudadanos europeos.

A manera de conclusión podemos manifestar que la legitimidad popular es un pilar fundamental sobre el cual se asientan todos los procesos de integración; por eso, para evitar que se ocasionen protestas sociales, la Unión Europea debe diseñar mecanismos tendientes a ser más inclusivos del pueblo, ya que no se puede concebir una “Europa sin europeos”.

La Unión Europea no puede correr el riesgo de que se repita lo de Irlanda, por ello el mecanismo de consulta vía referéndum es una alternativa que ha sido desechada por el órgano comunitario para el futuro. Bajo este temor, “los líderes europeos han renunciado a construir una Comunidad de ciudadanos, optando por una asociación de Estados”,¹⁴ olvidándose de esta forma uno de los objetivos primordiales de cualquier proceso de integración como es el bienestar de los nacionales de los Estados miembros de dicho proceso.

13. Lluís Bassets, “El desdén de los europeos”, en *ibid.*, 16 de abril de 2009.

14. Santiago Petschen, “El no irlandés y el tendón de Aquiles”, en *ibid.*, 14 de junio de 2008.

LA UNIÓN EUROPEA FRENTE AL MULTICULTURALISMO Y LA SEGURIZACIÓN

Si tuviera que volver a hacerlo empezaría por la cultura.

Jean Monnet

Tras los atentados del 11 de septiembre de 2001, la psicosis colectiva asociada al terrorismo internacional se tornó crónica en Europa, culpándose a los extranjeros como los posibles causantes de la ola de violencia e inseguridad vivida en ese continente. El presente ensayo pretende demostrar cómo la Unión Europea asume el reto de la multiculturalidad dentro de su territorio y cómo a partir de los ataques terroristas se creó una islamofobia colectiva; también dentro de aquella dinámica multicultural se abordará la realidad por la que atraviesa Turquía, país que pese a sus múltiples requerimientos de pertenecer a la Unión Europea encuentra resistencia por parte de varios países de la región debido a su cultura musulmana, la cual es considerada como ajena al contexto europeo y además debido a la amenaza que en número poblacional esta nación representaría para determinadas potencias europeas. Para esto nos valdremos de los aportes contenidos en el texto de Madariaga, así como de extractos de prensa que evidencian la actual situación de Turquía.

Asociar a Europa con su realidad multicultural comporta repensar a aquel continente desde dos perspectivas; como sostiene Salvador de Madariaga, se la debe pensar “desde el cuerpo y desde el espíritu”. En cuanto a su cuerpo se refiere a la extensión geográfica de la Unión Europea, la cual está comprendida parafraseando a Charles De Gaulle “del Atlántico al Ural”, en donde se halla incluida Rusia. Todos los europeos están de acuerdo en que Rusia, por ejemplo, pertenece a Europa a pesar de que gran parte de su territorio se encuentre en el continente asiático; sin embargo, en lo que se refiere a Turquía, caben serias dudas respecto a si es en efecto un país europeo o más bien pertenece a Asia; en cuanto a su espíritu el mismo está dado por la cultura occidental europea y sus tradiciones religiosas, en donde la cultura musulmana parecería alejada de su realidad pese a los valiosos aportes que aquella incorporó en los países europeos varios siglos atrás.

Por estos motivos, tanto en su cuerpo como en su espíritu, la situación por la que atraviesa Turquía se torna compleja para ser aceptada dentro de la Unión Europea, asimilándola más bien tanto geográfica como culturalmente con el Asia Menor.

La candidatura para el ingreso de Turquía a la Unión Europea fue presentada desde 1987, y desde entonces, pese a la intención firme de Turquía, ha existido una dilación en cuanto a las negociaciones por parte de las potencias europeas para admitir a este país. El 4 de octubre de 2005 se produce la apertura de las negociaciones, en donde Turquía inicia el proceso de adhesión a la Unión Europea como miembro de pleno derecho, con

la oposición de Alemania y Francia; en efecto entre los principales detractores de una incorporación completa de Turquía se encuentran Merkel y Sarkozy, quienes proponen más bien una “asociación privilegiada”, lo cual, a criterio de Egemen Bagis –Ministro de Asuntos Europeos para Turquía–, es “algo superficial y una idea sin contenido”, manifestando que “en realidad están utilizando la cuestión de la entrada de Turquía en la UE para su consumo político interno”.

Lo cierto es que simbólicamente Turquía representa el ideal de la tolerancia europea. Frente a los ataques terroristas se produjo una ola de securización en los países del mundo, pero el propio Estados Unidos, principal víctima de los ataques, se ha pronunciado favorablemente para la incorporación de Turquía a la Unión Europea; por lo tanto, siguiendo esta línea, los demás países europeos deberían observar más las raíces históricas que los une a la cultura turca que las diferencias en cuanto a lo cultural.

Más de 1.500 millones de musulmanes en el mundo están observándolo con mucho interés. La juventud que emerge en el mundo islámico –con 20 millones de musulmanes ya instalados en Europa– necesita un modelo. Pueden elegir entre los que fomentan la discriminación y la violencia o los que, como Erdogan, apuestan por la democracia, los derechos humanos y la modernización de su país.¹⁵

Rechazar el ingreso de Turquía sería desconocer el legado histórico y cultural de Europa, puesto que la historia de Europa está asociada a este país; adicionalmente Turquía es un elemento clave de la OTAN, quizá por aquello se explica el interés de Estados Unidos e Inglaterra que se pronuncian favorablemente por la adhesión de este país a la Unión Europea, de lo cual se colige que desde la perspectiva geopolítica será un actor clave para esta organización.

Jean-Marie Colombani se formula las siguientes interrogantes frente a esta circunstancia geopolítica:

¿Sería conveniente que la UE integrase a Turquía y tuviese, por tanto, una frontera común con Irán, por ejemplo?, ¿O esa frontera debe detenerse, como ocurre hoy, a las puertas de Estambul?, al respecto la opinión pública europea está dividida, y las amenazas que sobrevuelan, o podrían sobrevolar, la naturaleza laica del Estado turco constituyen un elemento de refuerzo del bando de los opositores a la entrada de Turquía en la UE.¹⁶

15. Juan Carlos Sanz, “Somos parte de la solución a los problemas de Europa”, entrevista: El futuro de la UE, a Egemen Bagis, ministro para Asuntos Europeos de Turquía, en *ibid.*, Madrid, 15 de mayo de 2009.

16. Jean-Marie Colombani, “La cuestión turca”, en *ibid.*, 14 de abril de 2009.

Otro limitante para el ingreso turco está dado por sus condiciones de pobreza y el temor de los países europeos de que el nuevo socio acapare la mayoría de los fondos europeos.

Un cuestionamiento que se formula es una posible masificación de los requerimientos de adhesión a la Unión Europea por parte de otros Estados interesados; así manifiestan que una vez admitida la candidatura de Turquía, ¿por qué no admitir la de Siria?, si entre la provincia turca de Hatay y la siria de Hama, por poner un ejemplo, no hay diferencias significativas fuera de las políticas. De igual manera si se admite la posibilidad de la candidatura de Ucrania, ¿por qué no promover la de Rusia?, al fin y al cabo una inmensa planicie, que engloba también a Bielorrusia, las compacta territorialmente. Entonces, ¿cómo definir, pues, la condición geográfica de europeo y evitar el vértigo de lo ilimitado?,¹⁷ con ese espíritu prefieren mantenerse restrictivos en la incorporación de nuevos estados al mundo de la Unión Europea.

Pero la mayor preocupación que comporta la incorporación de Turquía a la Unión Europea y especialmente para Francia y Alemania resulta ser que con las nuevas adecuaciones del Tratado de Lisboa, la población juega un rol importante, ante lo cual las potencias europeas sienten temor por la pérdida de poder político, esta fue una gran conquista alemana después de su reunificación; sin embargo, la misma perdería peso frente a la gran presencia demográfica que representaría el ingreso de Turquía a la Unión Europea. Otro grave problema al que se enfrenta Europa es que la población europea está envejecida; en cambio la población Turca es relativamente joven y tiende a incrementarse rápidamente.

En el horizonte de 2060, Alemania contará solo con 70 millones de habitantes frente a los 82 actuales. En cambio, en Turquía sus 71 millones de ciudadanos de hoy se convertirán en 97 millones dentro de cuarenta años. Francia, aunque también crecerá hasta los 71 millones, deberá asumir que el mayor poder político en el Consejo Europeo y el Parlamento lo ejercerá un país de mayoría islámica como Turquía.¹⁸

Empero, mientras las potencias europeas se opongan a la incorporación plena de Turquía, el futuro se ve poco alentador para esta nación; ya lo expresaba el presidente francés Sarkozy cuando manifestó con más contundencia su rechazo a la incorporación turca, sosteniendo que “Europa debe parar de diluirse en sí misma en una ampliación infinita. Europa debe tener fronteras, Europa debe tener límites”, y por su lado la representante alemana Merkel también expresó: “No tiene sentido que la UE siga ampliándose si no tiene capacidad para actuar”. Para ambos, el futuro de Turquía, más que por la mem-

17. Jordi García-Petit, “La Unión Europea se enreda con la Geografía”, en *Ibid.*, 20 de abril de 2009.

18. *Ibid.*

bresía plena en la UE, pasa por un Acuerdo de Asociación Privilegiada. Un instrumento que Europa ya ha utilizado para estrechar lazos con países como Marruecos,¹⁹ pero que en las actuales circunstancias no representan las aspiraciones turcas.

EL CAMBIO DE PARADIGMA DEL “SUEÑO AMERICANO” AL “SUEÑO EUROPEO”

[...] eso de hacer Europa es algo mucho más hondo que una mera fabricación de una Unión Aduanera o de una federación política.

Salvador de Madariaga

Dentro del devenir histórico el sector inmigrante ha sido permanentemente invisibilizado dentro de los países denominados hegemónicos. Esta invisibilización de grupos considerados minoritarios por varias décadas ha evidenciado una permanente apatía por parte de las autoridades gubernativas de los países receptores, a quienes poco o nada les importaba la situación por la que atravesaba y atraviesa un sector poblacional que permanentemente fue copando sus países hasta convertirse en un motor más de su economía. Como había sucedido con el fenómeno migratorio hacia Estados Unidos, el nuevo sueño para los migrantes resulta ser el europeo, toda vez que en estos países se buscará conseguir los medios necesarios que permitan la subsistencia del migrante.

La tradicional concepción del ciudadano nacional como sujeto pleno de derechos va cambiando.

La dinámica que caracteriza al derecho ha ido demostrando que viejos arquetipos caducos asociados a la noción básica del Estado nacional van perdiendo fuerza en un mundo cada vez más interrelacionado, no solo comercialmente sino también social, política y culturalmente; estudios sociológicos han demostrado que las sociedades que no se interrelacionan y asimilan a su semejantes corren el riesgo de desaparecer, con aquello no pretendemos ser deterministas y asociar el declive de toda una sociedad por factores nacional céntricos, sino que pretendemos dejar sentada la premisa de que a la luz del nuevo milenio la configuración de una ciudadanía universal se torna imprescindible.

Jeremy Rifkin sostiene que los sueños americano y europeo consisten en dos aspiraciones diametralmente opuestas sobre dos ejes fundamentales: la libertad y la seguridad; para este autor el “sueño americano” antes tan codiciado ahora se convierte más bien en motivo de burla, puesto que el sueño americano radicaba en el particularismo. Es así como evidenciamos el derrumbe del “sueño americano” y el surgimiento del nuevo

19. Adreu Missé, “París y Berlín enfrían el acceso de Turquía”, en *ibid.*, Bruselas, 15 de mayo de 2009.

“sueño europeo”, este autor destaca que “hasta la década de 1960, la movilidad social ascendente era la esencia del sueño americano. Luego, el sueño comenzó a desmoronarse, primero lentamente, pero cada vez con más claridad a lo largo de las décadas de los setenta, ochenta y noventa. Actualmente, América ya no puede pretender ser el modelo de movilidad ascendente para el resto del mundo. Eso no significa que no haya oportunidades, tanto para los nativos como para los recién llegados, pero ya no existe aquella movilidad sin trabas que convirtió a América en la envidia del mundo.

En efecto se produjo una inversión de papeles en la última década del siglo pasado, puesto que hace un siglo atrás Europa veía cómo sus ciudadanos migraban fuera de sus fronteras en busca de nuevas oportunidades en el nuevo continente: “estos nuevos emigrantes estaban llenos de incertidumbre, pero también de esperanza”; situación actual por la que atraviesan cientos de personas que dejan todo atrás por buscar mejores condiciones de vida en el viejo continente: “cada vez son más los emigrantes que escogen Europa en lugar de Estados Unidos”.²⁰ En el siglo XIX y hasta el final de la Segunda Guerra Mundial, uno de cada diez europeos buscó mejores condiciones de vida en América y el Norte de África. En Inglaterra, Portugal e Italia, casi un tercio de su población se vio forzada a emigrar por la miseria o represión; y en España el 23% de la población emigró también.

Con este panorama, Europa dejó de ser vista desde el nuevo continente como un destino turístico para convertirse en la tierra de oportunidades, el lugar donde se puede conseguir trabajo y satisfacer de esta manera las necesidades de sus familias.

En la actualidad, Europa está echando abajo los muros, las fronteras, los límites, las interminables demarcaciones que han separado a las personas de sus vecinos y de los desconocidos durante más de dos milenios de historia.²¹

La Unión Europea es hoy el mayor mercado interior unificado, así como el mayor agente comercial del mundo, la Unión Europea es también el principal productor de servicios del planeta; así, en el año 2000, la Unión Europea aportó 590.800 millones de euros o el 24% del total del mercado mundial de servicios; [...] es más, a diferencia de Estados Unidos, que mantiene una balanza comercial deficitaria e importa más de lo que exporta, la Unión Europea exporta más de lo que importa.²²

De igual manera las instituciones financieras europeas son los banqueros del mundo, igual sucede en telecomunicaciones, en seguros, y en la industria automotriz están entre las doce principales empresas automotoras a nivel mundial.

20. Jeremy Rifkin, “La lenta agonía del sueño americano”, en *El sueño europeo*, Barcelona, Paidós, 2004, p. 56.

21. *Ibid.*, p. 84.

22. *Ibid.*, p. 86.

Es cierto que Europa se está convirtiendo en una nueva tierra de las oportunidad para millones de personas de todo el mundo que aspiran a un mañana mejor.²³

El Acuerdo Schengen de 1985 otorgó a la Unión Europea la facultad de imponer un conjunto de reglas de alcance europeo para controlar la inmigración, empero todas estas prerrogativas en la actualidad parecen hacerse extensivas exclusivamente para quienes detentan la calidad de eurociudadanos, dejándose en la indefensión a las personas que carecen de esta calidad. Bajo estos parámetros se puede manifestar que la Unión Europea muestra una hipocresía frente a otras regiones y en la especie frente a Latinoamérica.

[...] esa hipocresía frente al mundo en vías de desarrollo resulta evidente en el proteccionismo agrícola de Europa y su actitud reticente al cambio. La UE quiere ser una fuerza importante en la ayuda al desarrollo de las zonas más pobres del mundo. Pero la persistencia de la PAC, pese a las concesiones que se han hecho a los productores del Tercer Mundo, envía un mensaje muy distinto.²⁴

A manera de conclusión podemos manifestar que si bien se ha producido un gran avance en el contexto de la unificación europea tendiente a un proceso de integración profunda, aquella tiende a ser excluyente de las personas *consideradas “no comunitarias”* presenciándose actitudes como el racismo y la xenofobia, las cuales se han infiltrado y acentuado en la sociedad europea por la teoría sobre el choque de civilizaciones y el miedo al terrorismo tras el 11 de septiembre, así como por el endurecimiento de los discursos políticos contra la inmigración, amparados en un caduco *Ius sanguinis*, propio del modelo de Estado-Nación en declive.

Recordando a Foucault para quien “el éxito del poder es proporcional a su habilidad para ocultar sus mecanismos”, evidenciamos que en efecto aquella distribución asimétrica del poder en el cual por una parte el Estado emplea todo su andamiaje jurídico, institucional, técnico y por supuesto coactivo en contra de grupos considerados vulnerables como son los inmigrantes; maquillando dicha persecución mediante un clásico instrumento de dominación como es la ley (directiva de retorno); excluyendo por tanto a los denominados “sin papeles”, quienes debido a aquella marginación se ven imposibilitados de alcanzar aquel estatuto de regulares, condenándolos de esta forma a las más diversas formas de explotación mientras dure su estadía en aquel país; eso si antes no son descubiertos por el Estado de corte policial y terminan siendo recluidos en un centro de internamiento (hasta por dieciocho meses), formando el estereotipo del indocumentado como un delincuente, vulnerándose de esta forma el honor y dignidad de las personas.

23. *Ibid.*, p. 117.

24. Anthony, Giddens, “Ocho tesis sobre el futuro de Europa”, en *Europa en la era global*, Barcelona, Paidós, 2007, pp. 287.

BIBLIOGRAFÍA

- De Madariaga, Salvador, “Europa”, en *Cosas y gentes: Procosas*, Madrid, Espasa Calpe, 1983.
- Ferrajoli, Luigi, “La democracia constitucional”, en Christian Courtis, comp., *Desde otra mirada: Textos de teoría crítica del derecho*, Buenos Aires, editorial Universitaria, 2001.
- Giddens, Anthony, “Ocho tesis sobre el futuro de Europa”, en *Europa en la era global*, Barcelona, Paidós, 2007.
- Prieto Sanchís, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Editorial Trotta, 2003.
- Rifkin, Jeremy, “La lenta agonía del sueño americano”, en *El sueño europeo*, Barcelona, Paidós, 2004.
- Diario *El País*, “Algunos derechos para quien no los tenían”, por Ignasi Guardans, 25 de junio de 2008.
- “Cambio de escenario, ¿cambio de políticas?”, por Blanca Sánchez Alonso, 09 de junio de 2008.
- “Ducha fría irlandesa”, editorial, 14 de junio de 2008.
- “El emperador desnudo”, por José Ignacio Torreblanca, 16 de junio de 2008.
- “El desdén de los europeos”, por Lluís Bassets, 16 de abril de 2009.
- “El no irlandés y el tendón de Aquiles”, por Santiago Petschen, 14 de junio de 2008.
- “Somos parte de la solución a los problemas de Europa”, por Juan Carlos Sanz, entrevista: El futuro de la UE, a Egemen Bagis, ministro para Asuntos Europeos de Turquía, Madrid 15 de mayo de 2009.
- “La cuestión turca”, por Jean-Marie Colombani, 14 de abril de 2009.
- “La Unión Europea se enreda con la Geografía”, por Jordi García-Petit, 20 de abril de 2009.
- “París y Berlín enfrían el acceso de Turquía”, por Adreu Missé, Bruselas 15 de mayo de 2009.

Fecha de recepción: 18 de mayo 2009

Fecha de aceptación: 29 de mayo 2009

Efectos de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los países miembros de la OEA

Claudia Storini*

RESUMEN

Uno de los eventos jurídicos más importantes del siglo XX, sin duda, ha sido la consolidación del derecho internacional de los derechos humanos. Instrumentos internacionales y mecanismos de protección se han puesto en funcionamiento y afianzado, tanto a nivel global como regional. No obstante, en muchos casos, este desarrollo de principios, normas y órganos de protección a nivel internacional no se ha reflejado en iguales progresos en ámbito nacional. Lo cual permite todavía afirmar que si bien la universalización de los derechos ha sido una etapa sustancial para la consolidación de la protección de los derechos humanos el desafío sigue siendo el hacerlos efectivos. El artículo lleva a cabo un examen de la jurisprudencia de los países de la región que permite llegar a la consideración que se están produciendo importantes avances en este terreno y cada vez más los Altos tribunales de varios países de la región utilizan como parámetro de interpretación la jurisprudencia de la Corte Interamericana para resolver cuestiones internas y concluir que en Latinoamérica, gracias a la influencia integradora de la Convención Americana y de la jurisprudencia de la Corte Interamericana con la jurisprudencia nacional, se está lentamente consolidado lo que podría ser definido como un estándar mínimo común en materia de protección de los derechos humanos. Un núcleo fundamental o esencial de derechos que poco a poco se va imponiendo en los países miembros dando origen a un nuevo *ius commune* para Latinoamérica.

PALABRAS CLAVE: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Derecho Internacional de los Derechos Humanos, tribunales nacionales.

ABSTRACT

One of the most important juridical events of the XX Century has been, without doubt, the consolidation of the international human rights law. International instruments and protection mechanisms have been activated and strengthened, both global-

* Profesora de Derecho Constitucional de la Universidad Pública de Navarra (España), Coordinadora y Profesora del Doctorado en Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

ly and regionally. However, in many occasions, the development of principles, rules and protection organisms in the international level has not been accompanied by similar processes in the national level. This allows us to affirm that even though the globalization of human rights constitutes a substantial phase in the consolidation of their protection, the remaining challenge is to make them effective. The article examines the jurisprudence of the OAS countries, driving us to the conclusion that there have been important progresses in this field. The highest Tribunals of many countries of the region use as parameter of interpretation, the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights in order to solve internal disputes. Therefore, we may conclude that in Latin America, due to the comprehensive influence of the American Convention and of the jurisprudence of the Inter-American Court, there is a slow consolidation of what may be defined as a minimum common standard of protection of human rights. There is a fundamental or essential nucleus of rights in solidification, originating simultaneously, a *new ius commune* for Latin America.

KEY WORDS: Inter-American Court of Human Rights, International Law of Human Rights, national tribunals.

FORO

Un grande ideale come quello dei diritti dell'uomo rovescia completamente il senso del tempo, perché si proietta nei tempi lunghi, come ogni ideale, il cui avvento non può essere oggetto di alcuna previsione, ma soltanto di un presagio.

Norberto Bobbio, *L'età dei diritti*, Torino Einaudi, 1997

EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Uno de los eventos jurídicos más importantes del siglo XX, sin duda, ha sido la consolidación del derecho internacional de los derechos humanos. Instrumentos internacionales y mecanismos de protección se han puesto en funcionamiento y afianzado, tanto a nivel global como regional. No obstante, en muchos casos, este desarrollo de principios, normas y órganos de protección a nivel internacional no se ha reflejado en iguales progresos en ámbito nacional. Lo cual permite todavía afirmar que si bien la universalización de los derechos ha sido una etapa sustancial para la consolidación de la protección de los derechos humanos, el desafío sigue siendo el hacerlos efectivos.¹

1. Según Norberto Bobbio: "Il problema di fondo relativo ai diritti dell'uomo è oggi non tanto quello di giustificarli, quanto quello di proteggerli. E' un problema non filosofico ma politico", "Presente e avvenire dei diritti dell'uomo" (1968), en *L'età dei diritti*, Torino, Einaudi, 1997, p. 16.

Las constituciones contemporáneas reflejan esta realidad tomando como fuente de inspiración a las normas internacionales, refiriéndose expresamente a los tratados de derechos humanos, o concediendo un tratamiento especial o diferenciado en el plano interno a los derechos y libertades internacionalmente reconocidos. Paralelamente a este proceso, es posible también observar que los órganos de fiscalización internacional de los derechos humanos han entrado en un proceso de comunicación con los tribunales nacionales.

La naturaleza de las normas y de los órganos de protección internacional de los derechos está diseñada para tener efecto en el ordenamiento interno de los países. Los Estados, que por decisión soberana resuelven ser parte de tratados internacionales sobre derechos humanos y promueven el funcionamiento de órganos universales o regionales de protección, se imponen a sí mismos el deber de aplicar en su ordenamiento ese compromiso internacional. Si lo anterior es cierto para los tratados de derechos humanos en general, lo es con mucha más claridad en el caso de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Ello porque, conforme al “Pacto de San José”, los Estados parte asumen el compromiso de respetar los derechos humanos reconocidos en ella, y de garantizar su libre y pleno ejercicio, sin discriminación alguna, a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción.² Además, en caso de que el ejercicio de esos derechos humanos no estuviera ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados parte se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de la *Convención*, las medidas legislativas “o de otro carácter” que fueran necesarias para hacer efectivos tales derechos.³ Esto se traduce en el compromiso de los Estados de remover cualquier obstáculo legislativo o de otro carácter que impida el respecto de los derechos y libertades consagradas en la *Convención*. En este orden de consideraciones los tribunales nacionales adquieren el papel relevante de garantes de los derechos establecidos por los tratados internacionales de derechos humanos en tanto que instrumentos principales para el efectivo cumplimiento de los estándares y normas internacionales en cada uno de los Estados miembros.

En relación a esta prioridad asignada al poder judicial de los Estados para reparar las violaciones de derechos humanos, hay que apuntar, sin embargo, que con bastante frecuencia los casos que llegan a la *Corte Interamericana* no han tenido la posibilidad de ser resueltos por los recursos judiciales internos ya que, en no pocos de los Estados miembros de la OEA, el poder judicial no está en condiciones de garantizar la tutela efectiva de los derechos violados. Por consiguiente, se configura un grave cuadro de impu-

2. Art. 1.1, *Convención Americana sobre Derechos Humanos*.

3. *Ibid.*, art. 2. Véase también la *Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos* (OC-7/86, del 29 de agosto de 1986) sobre exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta (arts. 14.1, 1.1 y 2 *Convención Americana sobre Derechos Humanos*), solicitada por el gobierno de Costa Rica.

nidad, que conspira contra la justicia, la verdad, el Estado de Derecho y, en definitiva, contra la propia democracia.

Entre las causas que generan esta impunidad se encuentran, en primer lugar, la debilidad de los mecanismos de investigación y acusación penal, que llega a comprometer la actuación de los Estados en la lucha contra los responsables de los delitos.

En segundo lugar, las leyes de amnistía. Como se verá, es una constante en la jurisprudencia de la Corte la afirmación que las leyes de amnistía son contrarias al *Pacto de San José*, por impedir la actuación efectiva de los mecanismos de protección judicial frente a las violaciones de derechos humanos imputables a agentes del Estado. Las leyes de amnistía tienen, además, el efecto de impedir a los familiares de las víctimas, o a las mismas víctimas sobrevivientes, la búsqueda y declaración de la verdad sobre los hechos ocurridos.

En tercer lugar, hay que citar otro mecanismo que en la práctica permite lograr el mismo efecto de una amnistía, esto es, la configuración de la impunidad como consecuencia del transcurso del tiempo sin que el Estado haya cumplido con su obligación de investigar y sancionar a los responsables de los crímenes contra los derechos humanos. Esta situación acontece por una parte, como consecuencia de la figura procesal de la prescripción de las acciones para castigar los delitos, y, por otra, por la falta de limitaciones expresas en la aplicación de este instituto jurídico en los códigos penales y procesales nacionales como consecuencia del reconocimiento de la imprescriptibilidad de los delitos internacionales, los crímenes de guerra y los delitos graves contra los derechos humanos.

Por último, hay que referirse a la indebida expansión de la justicia militar para juzgar violaciones de derechos humanos cometidos por miembros de las fuerzas armadas o de los cuerpos policiales. En estos casos, la justicia militar tiende a generar una suerte de espíritu de solidaridad de cuerpo, respecto a los compañeros de armas que son juzgados. Además, la justicia militar, por lo general, no forma parte del poder judicial y, por tanto, no goza de las garantías de independencia y autonomía.

Un problema distinto es la utilización de la justicia militar para enjuiciar a los civiles, lo cual genera por sí mismo graves violaciones de los derechos humanos que, al no ser reparadas en el orden interno, suelen generar también situaciones de impunidad.

Este sintético cuadro explicita las razones por las que puede afirmarse la existencia de una interacción constante entre *Corte Interamericana* y tribunales nacionales cuyos efectos provocan dos órdenes de consecuencias. La primera apunta a la imposibilidad sobrevenida de dejar la tutela de los derechos humanos al arbitrio soberano de los tribunales nacionales, pues la comunidad internacional ha sido reconocida en su legítimo rol de complementariedad. Y, la segunda favorece cada vez más –gracias al reconocimiento expreso del valor hermenéutico de la jurisprudencia de la *Corte Interamericana* por las jurisdicciones nacionales– la configuración de la que podría definirse como una “*jurisdicción constitucional interamericana*” de los derechos humanos.

Las breves notas que siguen servirán para profundizar un poco más estas consecuencias de la interacción entre *Corte Interamericana* y tribunales de los países miembros de la OEA.

LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

La *Corte Interamericana de Derechos Humanos* ha dictado 176 sentencias, reparaciones y/o excepciones preliminares, desde la primera en resolución del caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, en 1987, hasta el caso *Cantoral Huamani y García Santa Cruz vs. Perú*, resuelto el 28 de enero de 2008.⁴

La mayor parte de ellas han determinado la responsabilidad internacional de los Estados parte en el proceso, estableciendo obligaciones a cargo de estos últimos y reparaciones específicas a favor de las víctimas. Y, además, debe ser evidenciado que, a diferencia del sistema europeo en el que la mayoría de los casos conocidos por el *Tribunal Europeo de Derechos Humanos* son referidos a asuntos vinculados con el “debido proceso” y la protección y seguridad de las personas, en el sistema interamericano más del setenta por ciento de los casos están relacionados con violaciones del derecho a la vida o a la integridad de la persona.

La importancia de las resoluciones dictadas en estos casos depende, por tanto, del carácter emblemático del ámbito material afectado en la medida en que se debaten asuntos jurídicos de extrema gravedad.

De entre los principios concretados por la Corte en estas sentencias, hay tres que merecen una especial atención, en primer lugar el deber de adoptar disposiciones de derecho interno para cumplir con la obligación de garantizar los derechos protegidos por la *Convención*; en segundo lugar, el deber de investigar y sancionar los responsables de las violaciones de derechos; y, en tercer lugar, el deber de garantizar el ejercicio del derecho al “debido proceso”, al juez competente y a los recursos judiciales.

Sobre estos temas, entre los casos más destacados, cabe mencionar, “La Última Tentación de Cristo”, “Suárez Rosero”,⁵ “Panel Blanca”,⁶ y el de “Niños de la Calle”.⁷

-
4. Interpretación de la Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2008. Serie C, No. 176.
 5. Corte IDH, Caso Suárez Rosero vs. Ecuador, Fondo, Sentencia de 12 de noviembre de 1997, Serie C, No. 35.
 6. *Ibid.*, “Panel Blanca”, Caso Paniagua Morales y otros, Sentencia de 8 de marzo de 1998, Serie C, No. 37; Caso de la “Panel Blanca” Paniagua Morales y otros vs. Guatemala, Reparaciones y Costas, Sentencia de 25 de mayo de 2001, Serie C, No. 76.
 7. *Ibid.*, Caso de los “Niños de la Calle”, Villagrán Morales y otros vs. Guatemala, Reparaciones y Costas, Sentencia de 26 de mayo de 2001, Serie C, No. 77.

En cuanto al deber de acoger disposiciones en el derecho interno, la Corte ha emitido varias decisiones cuyo contenido es la necesaria adecuación de la legislación estatal a los preceptos de la Convención. Así, en el caso “La Última Tentación de Cristo”, la Corte estableció que

(...) la Convención Americana establece la obligación general de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención, para garantizar los derechos en ella consagrados. Este deber general del Estado Parte implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas. Esto significa que el Estado ha de adoptar todas las medidas para que lo establecido en la Convención sea efectivamente cumplido en su ordenamiento jurídico interno, tal como lo requiere el artículo 2 de la Convención.⁸

En el caso “Suárez Rosero”, la Corte utiliza este mismo razonamiento para llegar a la conclusión de que si “las normas internas que hacen aplicable a civiles la justicia militar son violatorias de los preceptos de la Convención Americana (...), el Estado debe adoptar las medidas apropiadas para reformar dichas normas y asegurar el goce de los derechos consagrados en la Convención a todas las personas que se encuentran bajo su jurisdicción, sin excepción alguna”.⁹

En cuanto al deber de investigar y sancionar, una de las afirmaciones más relevantes del Tribunal es que la impunidad vulnera el derecho que asiste a los familiares de las víctimas de conocer lo que sucedió,¹⁰ y de saber quiénes fueron los agentes del Estado responsables de tales hechos¹¹ y, por tanto, “la investigación de los hechos y la sanción de las personas responsables, [...] es una obligación que corresponde al Estado siempre que haya ocurrido una violación de los derechos humanos y esa obligación debe ser cumplida seriamente y no como una mera formalidad”.¹²

En la sentencia recaída en el caso de la “Panel Blanca”,¹³ la Corte puntualizó que por impunidad debe entenderse “la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos

8. “La Última Tentación de Cristo”, *supra* nota 5, párr. 87, en el mismo sentido, *Caso Suárez Rosero*, *supra* nota 6, párr. 106.

9. *Caso Suárez Rosero*, *supra* nota 6, párr. 87. Jurisprudencia reiterada en Corte IDH, *Caso Castillo Petrucci y otros vs. Perú*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 30 de mayo de 1999, Serie C, No. 52.

10. *Caso Aloeboetoe y Otros, Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Sentencia de 10 de septiembre de 1993, Serie C, No. 15, párr. 109; *Caso Godínez Cruz*, Sentencia de 20 de enero de 1989, Serie C, No. 5, párr. 191; y *Caso Velásquez Rodríguez*, Sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C, No. 4, párr. 181.

11. Cfr. Sentencia *Caso Paniagua Morales y otros*, *supra* nota 7, párr. 173.

12. *Caso Suárez Rosero*, Reparaciones, *supra* nota 19, párr. 79; y *Caso, El Amparo, Reparaciones*, *supra* nota 19, párr. 61.

13. *Supra* nota 7, párr. 173. En igual sentido, véase *Caso Loayza Tamayo, Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Sentencia de 27 de noviembre de 1998, Serie C, No. 42, párr. 170; *Caso Blake, Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Sentencia de 22 de enero de 1999, Serie C, No. 48, párr. 64.

protegidos por la Convención Americana”. El Estado tiene, por tanto, la obligación de combatir tal situación por todos los medios legales disponibles ya que la impunidad propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y sus familiares. Además, aunque el Tribunal no decida en su sentencia de fondo, que un Estado haya violado el artículo 2 de la Convención, ésta debe entenderse siempre como obligación implícita que el Estado deberá cumplir por el simple hecho de haber ratificado dicho instrumento normativo.¹⁴ Y de allí, llega a considerar que “Guatemala debe implementar en su derecho interno (...) las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otra índole que sean necesarias con el objeto de adecuar la normativa guatemalteca a las previsiones convencionales en cuanto a los derechos a la libertad personal, las garantías judiciales y la protección judicial, para evitar que ocurran en el futuro casos como el presente”.¹⁵

Sobre el Estado recae, por tanto,

el deber jurídico de prevenir, razonablemente, las violaciones de los derechos humanos, de investigar seriamente con los medios a su alcance las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción a fin de identificar a los responsables, de imponerles las sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada reparación (...). Si el aparato del Estado actúa de modo que tal violación quede impune y no se restablezca, en cuanto sea posible, a la víctima en la plenitud de sus derechos, puede afirmarse que ha incumplido el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a las personas sujetas a su jurisdicción. Lo mismo es válido cuando se tolere que los particulares o grupos de ellos actúen libre o impunemente en menoscabo de los derechos humanos reconocidos en la Convención.¹⁶

En decisiones posteriores la Corte ha precisado además el concepto de reparación según el cual

aún cuando el particular damnificado perdone al autor de la violación de sus derechos humanos, el Estado está obligado a sancionarlo, salvo la hipótesis de un delito perseguible a instancia de un particular. La obligación del Estado de investigar los hechos y sancionar a los culpables no tiende a borrar las consecuencias del acto ilícito en la persona afectada, sino que persigue que cada Estado Parte asegure en su orden jurídico los derechos y libertades consagrados en la Convención.¹⁷

14. Cfr. Caso *Paniagua Morales y otros*, *supra* nota 7, párr. 173.

15. Reparaciones y Costas, Sentencia de 25 de mayo de 2001, Serie C, No. 76, párr. 203. En igual sentido Caso *Bulacio vs. Argentina*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 18 de Septiembre de 2003, Serie C, No. 100, párr. 5.

16. Caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, Fondo, Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C, No. 4, párr. 174 y 175.

17. Caso *Garrido y Baigorria vs. Argentina*, Reparaciones y Costas, Sentencia de 27 de agosto de 1998, Serie C, No. 39, párr. 72.

Este enfoque ha tenido un desarrollo especialmente relevante en lo que concierne a la desaparición forzada de seres humanos, que según la Corte

constituye una violación múltiple y continuada de numerosos derechos reconocidos en la Convención y que los Estados Parte están obligados a respetar y garantizar (...). El aislamiento prolongado y la incomunicación coactiva a los que se ve sometida la víctima representan, por sí mismos, formas de tratamiento cruel e inhumano, lesivas de la libertad psíquica y moral de la persona y del derecho de todo detenido al respeto debido a la dignidad inherente al ser humano (...). La práctica de desapariciones, a más de violar directamente numerosas disposiciones de la Convención, como las señaladas, significa una ruptura radical de este tratado, en cuanto implica el craso abandono de los valores que emanan de la dignidad humana y de los principios que más profundamente fundamentan el sistema interamericano y la misma Convención. La existencia de esa práctica, además, supone el desconocimiento del deber de organizar el aparato del Estado de modo que se garanticen los derechos reconocidos en la Convención.¹⁸

El caso de mayor trascendencia en esta materia es sin duda el de “*Barrios Altos*” resuelto por la Corte en el 2001.¹⁹ Tres años antes la Corte, al resolver el caso *Castillo Páez vs. Perú*, había llegado a la conclusión de que las leyes de amnistía aprobadas en este país en 1995²⁰ obstaculizaban la investigación y el acceso a la justicia impidiendo a los familiares de la víctima conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente.²¹

18. Caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, párr. 155, 156 y 157.

19. Caso *Barrios Altos vs. Perú*, Fondo, Sentencia de 14 de marzo de 2001, Serie C, No. 75.

20. El 12 de junio de 1995, el Congreso aprobó la Ley 26479, cuyo artículo primero otorgaba una amnistía general a todos aquellos miembros de las fuerzas de seguridad y a todos aquellos civiles que se encontrasen denunciados, investigados, encausados, procesados o condenados por violaciones de derechos humanos cometidas entre mayo de 1980 y el 15 de junio de 1995. Con independencia de sus efectos universales, la ley de amnistía se concibió, en parte, como respuesta a una investigación en curso sobre la matanza de Barrios Altos, ocurrida en noviembre de 1991 y en la cual murieron 15 hombres, mujeres y niños, según informes a manos de un “escuadrón de la muerte” vinculado al Servicio de Inteligencia Nacional del Perú y conocido como Grupo Colina. Antes de la promulgación de la ley de amnistía, las investigaciones judiciales sobre la matanza habían ganado un considerable impulso. En mayo de 1993 y, de nuevo, en enero de 1995, unos oficiales disidentes del ejército peruano declararon públicamente que los miembros del Grupo Colina eran los autores de la matanza de Barrios Altos. Los oficiales declararon asimismo que el jefe del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas y del Servicio de Inteligencia Nacional tenía pleno conocimiento de la matanza. Cuando un tribunal del fuero común inició la investigación judicial sobre esas afirmaciones en abril de 1995, los tribunales militares cursaron una petición a la Corte Suprema de Justicia solicitando jurisdicción sobre el caso. Sin embargo, antes de que la Corte Suprema resolviera sobre la petición, el caso quedó efectivamente archivado con la promulgación de la ley de amnistía. El 15 de junio de 1995, el día en que entró en vigor la ley, la juez encargada de la investigación de la matanza de 1991 en Barrios Altos declaró que la ley de amnistía no era aplicable a ese caso. Sin embargo, el 28 de junio de 1995, antes de que su resolución fuese ratificada o anulada por una corte superior, el Congreso promulgó una nueva ley de amnistía la Ley No. 26492, llamada “interpretativa”, que obliga al poder judicial a aplicar la amnistía.

21. Caso *Castillo Páez vs. Perú*, Reparaciones y Costas, Sentencia de 27 de noviembre de 1998, Serie C, No. 43, párr. 105.

La consecuencia jurídica explícita de esta afirmación se aplicó en la resolución del caso *Barrios Altos*, en el cual la Corte consideró que

las leyes de amnistía adoptadas por el Perú impidieron que los familiares de las víctimas y las víctimas sobrevivientes en el presente caso fueran oídas por un juez (...) impidieron la investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y sanción de los responsables de los hechos ocurridos en Barrios Altos, incumpliendo el artículo 1.1 de la Convención, y obstruyeron el esclarecimiento de los hechos del caso. Finalmente, la adopción de las leyes de autoamnistía incompatibles con la Convención incumplió la obligación de adecuar el derecho interno consagrada en el artículo 2 de la misma.²²

Y, consecuentemente, declaró que “las leyes de amnistía No. 26479 y No. 26492 son incompatibles con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y, en consecuencia, carecen de efectos jurídicos”.²³ En la posterior sentencia de interpretación sobre el mismo caso, la Corte añadió que “dada la naturaleza de la violación constituida por las leyes de amnistía No. 26479 y No. 26492, lo resuelto en la sentencia de fondo en el caso *Barrios Altos* tiene efectos generales”.²⁴

Este caso representa, probablemente, el de mayor importancia, hasta la fecha, en lo que se refiere a cumplimiento de sentencias de la Corte Interamericana, por dos motivos, en primer lugar, los pasos dados en Perú para dar pleno cumplimiento a estas sentencias a través de acciones efectivas contra la impunidad de las graves violaciones de derechos humanos acontecidas en este país a lo largo de muchos años.²⁵ Y, en segundo lugar, por el impacto que, como se verá más adelante, esta jurisprudencia ha tenido en el desarrollo conceptual de esta crucial cuestión de la impunidad por parte de los tribunales nacionales.

En líneas generales, los Estados implicados en cada uno de los casos citados dieron los pasos necesarios para adaptar su legislación a los estándares interamericanos precisados por las decisiones jurisdiccionales. En tal sentido destacan la reforma constitucional llevada a cabo en Chile,²⁶ a partir de la sentencia dictada en resolución del caso “*La Última Tentación de Cristo*”, y la intervención legislativa peruana para excluir la aplicabilidad de la justicia militar a civiles.²⁷

22. Caso *Barrios Altos vs. Perú*, Fondo, párr. 42.

23. *Ibid.*, párr. 4º de la resolución.

24. Caso *Barrios Altos vs. Perú*, Interpretación de la Sentencia de Fondo, Sentencia de 3 de septiembre de 2001. Serie C, No. 83, párr. 2º de la resolución.

25. Entre ellas, la más significativa es sin duda el juicio al ex presidente Alberto Fujimori, que se inició el 10 de diciembre del 2007, por los crímenes de La Cantuta y Barrios Altos.

26. Ley núm. 19742, de reforma constitucional que elimina la censura cinematográfica sustituyéndola por un sistema de calificación y que consagra el derecho a la libre creación artística. Diario Oficial, 2001-08-25, núm. 37046, p. 2.

27. Se trata de la Ley N. 29182 - Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial, publicada en el Diario Oficial del día 11 de enero de 2008. Aunque esta Ley implicó algunos avances en la Justicia Militar, como el no juz-

No obstante, pese a lo hasta aquí señalado, el dato que sobresale del análisis de los casos resueltos por la Corte es que sigue existiendo una constante en responsabilidades de los Estados pendientes de cumplimiento. Y, si bien, puede haber explicaciones para los casos más recientes que apunten a la falta de información y de resultados por el poco tiempo transcurrido desde la notificación de las sentencias; sigue habiendo investigaciones y sanciones penales todavía pendientes en varios países, así, por ejemplo, en los casos *Caballero Delgado y Santana*,²⁸ *El Amparo*,²⁹ *Loayza Tamayo*,³⁰ *Castillo Páez*,³¹ *Panel Blanca*,³² citando solo aquellos más antiguos.

gamiento de violaciones de derechos humanos, ni de civiles o militares en situación de retiro, no puede silenciarse el hecho de que el 12 de marzo de este año, el Instituto de Defensa Legal (IDL) y la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos (CNDDHH) sustentaron, en audiencia pública ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), la inconstitucionalidad de la Ley de Organización y Funciones de la Justicia Militar y Policial por desacatar las cinco sentencias que emitió el Tribunal Constitucional al respecto, así como la jurisprudencia de la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Uno de los aspectos que contradicen los fallos del TC radica en que los jueces y fiscales militares, según la norma, deben ser oficiales en situación de actividad, un criterio que el TC y el Sistema Interamericano han calificado como incompatible con la independencia judicial.

28. En el que además está pendiente la localización de los restos de las víctimas y su entrega a los familiares. Caso *Caballero Delgado y Santana vs. Colombia*, Excepciones Preliminares, Sentencia de 21 de enero de 1994, Serie C, No. 17; Fondo, Sentencia de 8 de diciembre de 1995, Serie C, No. 22; Reparaciones y Costas, Sentencia de 29 de enero de 1997, Serie C, No. 31; Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 27 de Noviembre de 2002; Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 27 de Noviembre de 2003; Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 10 de Diciembre de 2007; Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 06 febrero de 2008.
29. Caso *El Amparo vs. Venezuela*, Fondo, Sentencia de 18 de enero de 1995, Serie C, No. 19; Reparaciones y Costas, Sentencia de 14 de septiembre de 1996, Serie C, No. 28; Interpretación de la Sentencia de Reparaciones y Costas, Resolución de la Corte de 16 de abril de 1997, Serie C, No. 46, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 28 de Noviembre de 2002; Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 4 de julio de 2006.
30. Caso *Loayza Tamayo vs. Perú*, Excepciones Preliminares, Sentencia de 31 de enero de 1996, Serie C, No. 25; Fondo, Sentencia de 17 de septiembre de 1997, Serie C, 33; Reparaciones y Costas, Sentencia de 27 de noviembre de 1998, Serie C, No. 42; Interpretación de la Sentencia de Reparaciones y Costas, Sentencia de 3 de junio de 1999, Serie C, No. 53; Cumplimiento de Sentencia, Resolución de 17 de noviembre de 1999, Serie C, No. 60.
31. También en este caso todavía está pendiente la devolución de los restos mortales de las víctimas a sus familiares. Caso *Castillo Páez vs. Perú*, Excepciones Preliminares, Sentencia de 30 de enero de 1996. Serie C, No. 24; Fondo, Sentencia de 3 de noviembre de 1997. Serie C, No. 34; Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Serie C, No. 43; Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 27 de noviembre de 2002; Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 27 de Noviembre de 2003; Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 17 de Noviembre de 2004.
32. En este caso todavía está pendiente la localización de los señores Augusto Angarita Ramírez, Doris Torres Gil y Marco Antonio Montes Letona y el pago de las indemnizaciones que les corresponde, así como la creación de un registro que incluya a todas las personas privadas de su libertad por cualquier concepto además del previsto en la Ley Penitenciaria. Caso de la “*Panel Blanca*” (*Paniagua Morales y otros*) vs. *Guatemala*, Excepciones Preliminares. Sentencia de 25 de enero de 1996. Serie C, No. 23; Fondo, Sentencia de 8 de marzo de 1998, Serie C, No. 37, Reparaciones y Costas, Sentencia de 25 de mayo de 2001, Serie C, No. 76; Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 27 de Noviembre de 2003; Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 27 Noviembre de 2007.

CORTE INTERAMERICANA Y TRIBUNALES NACIONALES

Como se vio, la operatividad y eficacia de la *Convención Americana* sobre Derechos Humanos y, más en general, de todos los instrumentos internacionales cuyo objetivo es la garantía de estos derechos, es condicionada a la adopción por parte de los Estados de las medidas necesarias para garantizar el cumplimiento de los derechos protegidos. En el desarrollo de esta labor los tribunales nacionales tienen un rol protagónico ya que, en primer lugar, en virtud de la misma subsidiariedad el acceso a los órganos internacionales de protección está sujeto al previo agotamiento de los recursos internos y, en segundo lugar, porque son estos órganos, en última instancia, los llamados a poner en práctica las decisiones vinculantes de la Corte Interamericana.

Siguiendo este orden de ideas, la Corte Suprema de Justicia Argentina reconoció en 1995 que la jurisprudencia de la Corte Interamericana debía servir “de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado Argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención”.³³ Esta misma consideración es compartida por otros tribunales de la región. La Corte Constitucional de Colombia, por ejemplo, ha reconocido, en reiteradas sentencias, los efectos vinculantes de la jurisprudencia de la Corte Interamericana,³⁴ mientras el Tribunal Constitucional de Perú ha afirmado que no es suficiente acudir a las normas internacionales sobre derechos humanos, siendo también necesario tomar en consideración la interpretación que de dichas normas hayan realizado los órganos internacionales de protección de estos derechos.³⁵

En lo que concierne al deber estatal de investigar las violaciones de los derechos humanos, la jurisprudencia de la *Corte Interamericana* ha sido reiteradamente utilizada por varios tribunales.

En este sentido, es ejemplar el reconocimiento, por parte de la Corte colombiana, del derecho a la verdad, según el cual “los perjudicados tienen derecho a saber qué ha ocurrido con sus familiares”.³⁶ La Corte destaca además que la jurisprudencia de las instan-

33. Horacio David Giroidi, y otros, Recurso de casación – causa No. 32/93, Sentencia, 7 de abril 1995, 12° Considerando.

34. Ver, por ejemplo, las sentencias, T-568/99, C-010/00, C-200/02.

35. Sentencia de 17 de abril de 2002, Expediente n. 218-02-HC/TC en la que el alto Tribunal afirma que: “de conformidad con la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Estado, los derechos y libertades reconocidos en la Constitución deben interpretarse de conformidad con los tratados internacionales en materia de derechos humanos suscritos por el Estado peruano. Tal interpretación conforme con los tratados sobre derechos humanos contiene, implícitamente, una adhesión a la interpretación que, de los mismos, hayan realizado los órganos supranacionales de protección de los atributos inherentes al ser humano y, en particular, el realizado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, guardián último de los derechos en la Región”.

36. Sentencia del 15 de junio de 1994, No. T-275/94.

cias internacionales de derechos humanos constituye una pauta relevante para interpretar el alcance de esos tratados y por ende de los propios derechos constitucionales. Y “es por este motivo por el que la doctrina de la Corte Interamericana sobre los derechos de las víctimas debe ser valorada internamente por las autoridades colombianas en general, y por la jurisprudencia de esta Corte Constitucional en particular”.³⁷ Siguiendo esta línea hermenéutica el alto tribunal colombiano llegará a establecer que la víctima y los perjudicados por un delito tienen intereses adicionales a la mera reparación pecuniaria. Estos intereses se traducen en tres derechos: el derecho a la verdad, esto es el la posibilidad de conocer lo que sucedió y en buscar una coincidencia entre la verdad procesal y la verdad real (para cuya configuración la Corte se remitió a los casos *Velásquez Rodríguez y Barrios Altos*), el derecho a que se haga justicia en el caso concreto, es decir, el derecho a que no haya impunidad y el derecho a la reparación del daño que se le ha causado a través de una compensación económica.³⁸ Ante la demanda de inconstitucionalidad del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal que posibilita la revisión y posterior declaratoria de nulidad de las sentencias absolutorias contrariando el principio *non bis in idem*, el alto tribunal evidenció que

la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho que las víctimas de violaciones a los derechos humanos tienen derecho a la verdad, justicia y reparación, por lo que el Estado debe cumplir el deber de investigar esos hechos, sancionar a los responsables y restablecer, en lo posible, a las víctimas en sus derechos. Haciendo, además, especial énfasis en que la investigación “debe emprenderse con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa”, pues de lo contrario puede afirmarse que el Estado ha incumplido el deber de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos a las personas sujetas a su jurisdicción, lo cual comprometería su responsabilidad internacional.³⁹

El razonamiento expuesto llevó a la Corte a establecer una prelación del deber de investigar sobre el principio *non bis in idem* y, evidentemente, a no amparar la demanda.

Esta evolución de la doctrina y jurisprudencia sobre los derechos de las víctimas tiene una evidente relevancia constitucional reafirmando pues, tal y como lo establece la Constitución en su artículo 93, que los derechos constitucionales deben ser interpretados de conformidad con los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia.

Por su parte, el Tribunal Constitucional de Perú también reafirmó y desarrolló los principios del deber de investigar y de acción contra la impunidad contenido en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. En el recurso extraordinario interpuesto por

37. Sentencia del 23 de febrero del 2000, C-010/00. En el mismo sentido véase las sentencias C-406/96, T-568/99, T-1319/01.

38. Sentencia del 3 de abril de 2002, C-228/02.

39. Sentencia del 30 de septiembre de 2003, C-871/03.

Gabriel Orlando Vera Navarrete contra el auto de la segunda sala penal de la Corte Superior de Justicia de Lima,⁴⁰ el Tribunal señaló que

las obligaciones del Estado, en materia de derechos humanos, implican el respeto y garantía de los derechos fundamentales de las personas sometidas a su jurisdicción. Estas obligaciones han quedado enunciadas expresamente por los artículos 1° y 2° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Estas normas internacionales constituyen, por ende, pauta interpretativa obligatoria de lo dispuesto en el artículo 44 de la Constitución, es decir, la obligación que tiene el Estado de garantizar la plena vigencia de los derechos humanos

y más adelante sigue afirmando que esta

obligación de garantía ha sido desarrollada en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Así, en la sentencia sobre el caso Velásquez Rodríguez (...), la Corte indica que el deber de garantía implica que el Estado debe prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos, y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos.

La obligación del Estado consiste, por tanto, según el Tribunal Constitucional, en el ejercicio de la acción penal correspondiente contra aquellos funcionarios públicos, o cualquier individuo, que sea presuntamente responsable de la violación alegada. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos, de esta manera, vela por la protección de los derechos de las personas, pero simultáneamente exige la intervención del Derecho Penal contra aquellos que resulten responsables de la infracción.⁴¹ En esta sentencia hay otra referencia a la doctrina de la Corte Interamericana que el Tribunal peruano utiliza para desarrollar el sentido del *deber de investigar* que, según este órgano, deberá cumplirse con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa. A lo cual, añade que

la investigación que desarrolle el Estado, por medio de sus autoridades jurisdiccionales, debe ser asumida como un deber jurídico propio y no como una gestión procesal cualquiera. El derecho a la tutela judicial, tal cual queda establecido en la presente sentencia, exige que los jueces dirijan el proceso impidiendo demoras y entorpecimientos indebidos que provoquen situaciones de impunidad, frustrando así la debida protección judicial de los derechos humanos.⁴²

40. Sentencia del 9 de diciembre de 2004, EXP. N. 2798-04-HC/TC.

41. *Ibid.*, fundamentos 9 y 10.

42. *Ibid.*, fundamento 19.

El desarrollo de las implicaciones inherentes a la aplicación del artículo 25 de la Convención Interamericana permitió, por tanto, al Tribunal Constitucional del Perú establecer una doble dimensión de la protección judicial: el derecho a la verdad, la justicia y la reparación y la obligación de las autoridades de desarrollar los procesos judiciales a su cargo determinando las figuras delictivas aplicables “(...) a tenor de las disposiciones del Derecho internacional que resulten aplicables”.⁴³

Pasando a un análisis más amplio es posible constatar cómo los principios fundamentales establecidos por la Corte Interamericana en el ámbito del “debido proceso” y del juez competente han sido recogidos y desarrollados por muchos tribunales de la región. Desde este punto de vista se han marcado hitos claros en los tribunales constitucionales de Bolivia, Colombia y Perú así como en la Corte Suprema de Perú y Argentina.

Como se ha apuntado anteriormente, la Corte Constitucional de Colombia y el Tribunal Constitucional de Perú han reafirmado en varias ocasiones los principios fundamentales del deber de investigar y de actuar contra la impunidad. En cuanto a las prescripciones hay casos en Argentina⁴⁴ y Bolivia⁴⁵ que resultan especialmente ilustrativos. En lo referente a las amnistías, el emblemático caso de *Barrios Altos* que, como se vio, tuvo y tiene una fuerte repercusión en las decisiones de los tribunales de la región. Entre éstas, aun reconociendo la especial significación del caso peruano, no pueden dejar de citarse los ejemplos de la Corte Constitucional de Colombia,⁴⁶ la Corte de Apelación de

43. *Ibid.*, párrafo 13.

44. Así, por ejemplo, en la apelación presentada en Argentina por el ex dictador Augusto Pinochet en la causa en la que se investigaba el homicidio del General Carlos Prats y su esposa, la representación del procesado alegó, entre otros argumentos, la prescripción del delito. El tribunal utilizó el párrafo 41 de la sentencia de la Corte Interamericana sobre el caso *Barrios Altos* en la que se considera inadmisibles las disposiciones de amnistía, de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que impidan la investigación y sanción de violaciones de derechos humanos, concluyendo que “no hace lugar al planteo de prescripción de la acción penal en beneficio de Augusto José Ramón Pinochet Ugarte” (Cámara Criminal y Correccional Federal de Argentina, Sala II, “Pinochet Ugarte, Augusto s/ prescripción de la acción penal”, Expte. No. 17.439, 15/05/01.). Véase también, entre otros, CFLP, Sala III, “Schwammberger, Josef F. L.”, 30/08/89, ED 135-323; CC y CF, Sala I, “Massera, s/ excepciones”, Expte. No. 30514, 9/09/99; CC y CF, “Videla, s/ excepciones”, Expte. No. 30514, 9/09/99; CC y CF, Sala II, “Astiz, Alfredo s/ nulidad”, Expte. No. 16.071, 4/05/00. La Corte Suprema Argentina, por su parte, reafirmó en varias ocasiones los principios fundamentales del deber de garantía y no prescripción así como establecido por la Corte Interamericana. Entre otras, véase, Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, República Argentina, 24 de agosto de 2004, causa “Arancibia Clavel, Enrique L.”.

45. Es de especial interés la decisión del Tribunal Constitucional de Bolivia recaída en la resolución de un caso de desaparición forzada en el que se determinó la naturaleza de este delito como permanente. Sentencia TC N. 1190/01-R de 12 de noviembre de 2001.

46. Sentencia de 28 de agosto de 2002, C-695/02. En la que con ocasión de la demanda de inconstitucionalidad presentada contra el artículo 13 de la Ley 733 de 2002, que establece que los autores o partícipes de los delitos de terrorismo, secuestro, extorsión, no podían ser beneficiados de amnistía o indulto, la Corte, remitiéndose al Derecho internacional y a la sentencias de la Corte Interamericana, estableció que tratándose “de delitos atroces” no es concebible admitir “el otorgamiento de auto amnistías, amnistías en blanco, leyes de punto final o cualquiera otra modalidad que impida a las víctimas el ejercicio de un recurso judicial efectivo como lo ha subrayado la Corte Interamericana de Derechos Humanos” (fundamento 8°). Véase en este mismo sentido, la Sentencia de 30 de julio de 2002, C-578-02.

Santiago de Chile⁴⁷ o, en Argentina, el fallo de la Cámara Federal de Salta⁴⁸ y la sentencia de la Corte Suprema⁴⁹ sobre la inconstitucionalidad de las Leyes de obediencia debida y punto final.

Finalmente, en relación con el “debido proceso” y al juez natural hay decisiones muy interesantes adoptadas por tribunales de Argentina, Bolivia y Colombia que refuerzan estos principios a partir de decisiones la Corte Interamericana.

El examen de la jurisprudencia de los países de la región permite afirmar que se están produciendo importantes avances en este terreno, cada vez más los altos tribunales de varios países de la región utilizan como parámetro de interpretación la jurisprudencia de la Corte Interamericana para resolver cuestiones internas.

No obstante, solo se trata de “pequeño” avance, no pudiéndose todavía afirmar que dicho proceso haya llegado a desarrollar todas sus potencialidades. Ello es especialmente evidente en relación con los efectos de las sentencias de la Corte Interamericana, y más concretamente, por ejemplo, en relación con la impunidad.

Estas consideraciones, resumidamente expuestas, permiten concluir que en Latinoamérica, gracias a la influencia integradora de la Convención Americana y de la jurisprudencia de la Corte Interamericana con la jurisprudencia nacional, se está lentamente consolidando lo que podría ser definido como un estándar mínimo común en materia de protección de los derechos humanos. Un núcleo fundamental o esencial de derechos que poco a poco se va imponiendo en los países miembros dando origen a un nuevo *ius commune* para Latinoamérica. En el fondo, esta misma confluencia del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho constitucional y su constante, si bien lenta, evolución constituye el dato más relevante del proceso analizado ya que permite afianzar aquel “presagio” del que habla Norberto Bobbio,⁵⁰ y sobre el cual descansa el ideal de un nuevo derecho global, universal e integrador, en suma, el ideal de un constitucionalismo global que asegure la vigencia de todos los derechos y sus respectivas garantías a escala internacional.

Fecha de recepción: 18 de mayo 2009

Fecha de aceptación: 29 de mayo 2009

47. Quinta Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol No. 11.821-2003, 5 de enero de 2004. En esta sentencia la Corte de Apelación asumiendo los parámetros interpretativos de la Corte Interamericana sostuvo que el secuestro en 1975 de Miguel Ángel Sandoval por agentes de la DINA no se hallaba sujeto a prescripción, pues dicho crimen era permanente y, por ende, no había cesado de ejecutarse aún.

48. Fallo de la Cámara Federal de Salta declarando la inconstitucionalidad y nulidad de las leyes de Obediencia Debida y Punto Final, y ordenando la detención de los imputados Carlos Mulhall y Miguel Raúl Gentil a efectos de que presten declaración indagatoria en la causa caratulada: “CABEZAS, Daniel Vicente y Otros s/ Denuncia - Palomitas - Cabezas de Buey” - 29 de julio de 2003.

49. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, de 14 de junio de 2005, Caso Simón, Julio Héctor y otros. Con esta sentencia la Corte privó de efectos jurídicos las leyes 23.492 y 23.521, de punto final y de obediencia debida, declarándolas inconstitucionales.

50. Norberto Bobbio, “Presente e avvenire dei diritti dell'uomo” (1968), en *L'età dei diritti*, p. 44.

Ecuador y la integración: una revisión a la posición oficial

*César Montaña Galarza**

RESUMEN

El estudio que aquí se pone a consideración del lector pretende de una manera crítica y objetiva dar cuenta, en primer término, de las estructuras institucionales que operan, a nivel del Estado (ejecutivo, ministerios, etc.) y los otros actores políticos (Asamblea Constituyente, Asamblea Nacional, partidos políticos), para procesar lo concerniente a la integración política regional, y en segundo término, de las orientaciones que tienen los actores políticos más relevantes de Ecuador: ejecutivo, constituyentes, partidos políticos, formadores de opinión ciudadana, respecto de las estructuras, mecanismos y procesos de la integración política en la región sudamericana y en la Comunidad Andina. Todo ello ilustrado con datos de la práctica reciente del Estado en materia de relaciones internacionales de integración.

PALABRAS CLAVE: Integración, integración política, integración económica, integración en América Latina, Constitución e integración, supranacionalidad.

ABSTRACT

The study that is submitted to the consideration of the reader, pretends to both critically and objectively give account, in a first moment, of the institutional structures that operate in the state level (Executive, ministries, etc.) and other political actors (Constituent Assembly, National Assembly, political parties) to process issues concerning the regional political integration. In a second moment, the article faces the different orientations of the most relevant political actors in Ecuador: Executive, constituents, political parties, all of them influent in the public opinion, in regard to the structures, mechanisms and processes of political integration in the South American region and in the Andean Community. The article is illustrated with information regarding the recent practices of the country in its international integration relations.

KEY WORDS: Integration, political integration, economic integration, integration in Latin America, Constitution and integration, supranational.

FORO

* Docente-Investigador de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador (UASB-SE), Área de Derecho. Coordinador Académico del Programa Internacional de Maestría en Derecho y Director del Área de Derecho, UASB-SE.

INTRODUCCIÓN

Es posible observar que en el desarrollo creciente de los diferentes esquemas de integración de América Latina aparecen con intensidad elementos de la dimensión política, que en ciertos momentos se articularon con dificultad a los componentes económicos, comerciales y jurídicos de los procesos de integración. Los casos de la Comunidad Andina y del MERCOSUR muestran dos ejemplos de esta tendencia de intensificación del rol de los componentes socio-políticos en la configuración de los procesos integracionistas, coincidiendo, en ambos casos, con un impulso hacia el fortalecimiento de estos procesos y la constitución de esquemas más amplios de integración política regional como la Unión de Naciones Sudamericanas (UNASUR), cuyo tratado constitutivo se firmó en Brasilia el 23 de mayo de 2008.¹

Con tal marco conceptual surge la necesidad de contar con un análisis del caso ecuatoriano, que dé cuenta de la manera cómo se percibe el tema de la integración política en diversas instancias que intervienen en las acciones de proyección externa del Estado, así como provea de importantes elementos de juicio que permitan programar una serie de iniciativas de diverso orden, tendientes a fortalecer la integración política en la región latinoamericana.

Ha de quedar claro que cuando se habla de “integración política”, se debe asumir que se lo hace sobre la integración que ocurre entre estados heterogéneos. Al efecto, Heber Arbuét-Vignali ha señalado con acierto que este tipo de integración es propia del siglo XX y responde a la necesidad de proteger a la civilización de los peligros que derivan de la situación que se produce, especialmente entre 1947 y 1962, y que da lugar a un esquema profundamente variado en las relaciones internacionales, con oposiciones ideológicas extremas entre estados. Agrega con acierto que para evitar los grandes males se crean novedosas estructuras institucionales en el ámbito mundial con el cometido principal de procurar concretar algunos objetivos comunes elementales. Argumenta también que su surgimiento es producto de una contradicción, resultando en aspectos de necesidades evidentes e insoslayables como el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, y al mismo tiempo, de las dificultades y resistencias para concretarlas. Concluye manifestando:

Es así que, en medio de una oposición ideológica radical que origina un esquema estructural de política internacional marcadamente heterogéneo, se institucionalizan sistemas cuya finalidad es lograr una mínima integración política que evite los desastres y logre, al menos, una coexistencia pacífica, y que impida la guerra general y no ponga en peligro el actual estadio de civilización (...).²

1. http://www.comunidadandina.org/unasur/tratado_constitutivo.htm (04/04/2010).

2. Heber Arbuét-Vignali, *Claves jurídicas de la integración. En los sistemas del MERCOSUR y la Unión Europea*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2004, pp. 190-191.

Aquí se revisan las estructuras institucionales del Estado ecuatoriano relacionadas con la integración (Poder Ejecutivo, Poder Legislativo, Partidos Políticos); también se analiza el marco jurídico ecuatoriano sobre integración (Constitución, Ley de Comercio Exterior e Inversiones “LEXI”); se sintetizan los planes nacionales relacionados con la política exterior y la integración: Plan Nacional para el Buen Vivir 2009-2013; Plan Nacional de Política Exterior (PLANEX) 2006-2020, Plan Nacional de Desarrollo 2007-2010 en lo tocante a Política Exterior Ecuador: las relaciones económicas internacionales.

Con similar enfoque se indaga sobre la orientación de diversos actores políticos con relación a la integración, así: Poder Ejecutivo, Asamblea Constituyente (disposiciones aprobadas por la Asamblea Constituyente sobre: Relaciones Internacionales, Tratados e instrumentos internacionales, Integración), Asamblea Nacional, Partidos Políticos. La revisión culmina con el procesamiento de las orientaciones y opiniones de algunos personajes formadores de opinión ciudadana en el Ecuador, en torno a las estructuras, mecanismos y procesos de la integración política en la región sudamericana y en la Comunidad Andina. Termina el estudio con el planteamiento de algunas conclusiones.

Especialmente mediante la recopilación y análisis de múltiples fuentes documentales y revisión de páginas de Internet oficiales, así como entrevistas a importantes personajes conocedores de la materia, el presente trabajo persigue dos objetivos, el primero, describir las estructuras institucionales que operan, a nivel del estado (ejecutivo, ministerios, etc.) y los otros actores políticos (Asamblea Constituyente, Asamblea Nacional, partidos políticos), para procesar lo concerniente a la integración política regional, y el segundo, sistematizar las orientaciones que tienen los actores políticos más relevantes de Ecuador: Ejecutivo, Asamblea Constituyente, partidos políticos, formadores de opinión ciudadana, respecto de las estructuras, mecanismos y procesos de la integración política en la región sudamericana y en la Comunidad Andina.

ESTRUCTURAS INSTITUCIONALES DEL ESTADO ECUATORIANO E INTEGRACIÓN

PODER EJECUTIVO

Como sucede a nivel comparado, en Ecuador el Presidente de la República como titular del Poder Ejecutivo es el jefe máximo y responsable de la política exterior y las relaciones internacionales. Para ejecutar sus competencias, esta rama ejecutiva del poder público se auxilia básicamente de carteras de Estado encargadas de los ámbitos de las relaciones exteriores y del comercio internacional.

Al efecto, el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio e Integración (MRECI) es un organismo público creado para colaborar directamente con el Jefe de Estado en la formulación de la política internacional y ejecutarla. El Ministro de Relaciones Exteriores es el jefe directo del Servicio Exterior. Al MRECI se le ha encomendado la gestión internacional de la República, de conformidad con la Constitución de la República del Ecuador (CRE), el derecho internacional y las leyes.

Por su parte, el Servicio Exterior ejecuta la política internacional, vela por el respeto de la personalidad, soberanía, independencia, dignidad e integridad territorial de la República y asegura la defensa de sus derechos y la protección de sus intereses. El ámbito de la Política Exterior a cargo del MRECI comprende, entre otros, los siguientes asuntos de relevancia: Plan Nacional de Política Exterior 2006-2020 (PLANEX); Soberanía Nacional y Desarrollo Fronterizo; Política Multilateral; Política Económica Internacional; Asuntos Migratorios y Consulares; Cumbres.

El quehacer del MRECI en el campo de la Política Económica Internacional tiene despliegue en torno del comercio mundial, la integración y las negociaciones comerciales, la promoción de exportaciones e inversiones y la Cuenca del Pacífico. Dentro de lo que concierne a la “Integración y negociaciones internacionales”, se encuentran tres campos: Ecuador y la integración; Ecuador y el Área de Libre Comercio de América (ALCA); Ecuador y el Sistema Económico Latinoamericano (SELA). En el primer campo, el MRECI toma en consideración: la Política Exterior Común de la Comunidad Andina (PECAN);³ la Estrategia Andina de Desarrollo Alternativo, Integral y Sostenible; el Plan Integrado de Desarrollo Social (PIDS).

Los asuntos de la integración que conciernen al Ecuador están a cargo del Viceministerio de Comercio Exterior e Integración del MRECI.

Llama la atención que al tiempo de escribirse este trabajo (abril de 2010), en la estructura administrativa de esa cartera de Estado no exista una sola subsecretaría ni dirección general exclusivamente creada para procesar lo referido a la integración política, incluso, como se verá más adelante, esta novedad es destacada por los personajes entrevistados. Ante tal escenario, como se abordará enseguida, habría que entender que las cuestiones relativas a la integración política son tratadas y evacuadas de manera transversal y/o cooperativa entre las diferentes unidades administrativas del Ministerio.

3. <http://www.comunidadandina.org/exterior.htm> (04/04/2010): La ampliación de las Relaciones Externas de la Comunidad Andina se ha dado a la par de la profundización del proceso de integración, siendo hoy un instrumento que refleja la diversidad de la agenda andina y que permite a la CAN y sus Países Miembros tener una proyección internacional más sólida. Las relaciones externas de la Comunidad Andina dan prioridad a la integración latinoamericana y se extienden hacia Europa, China, Rusia e India a través de diversos mecanismos de diálogo y cooperación en temas de interés común en lo social, ambiental, político y económico. La Política Exterior Común (PEC) no se concibe de manera aislada a otras áreas de acción de la integración andina; por el contrario, la PEC se nutre de las acciones que en otras esferas de la integración se desarrollan. Sobre el tema se puede revisar las Decisiones Nos.: 458, 475, 476, 499, 552, 587, 726 y 727.

En la estructura orgánica del MRECI se encuentra una serie de subsecretarías y unidades administrativas de: A) Relaciones bilaterales. B) Relaciones multilaterales. C) Lo administrativo y financiero. D) Política económica internacional. E) Asuntos migratorios y consulares. F) Soberanía y desarrollo fronterizo. Así mismo, existe un conjunto de direcciones generales y unidades administrativas de: A) Ceremonial del Estado y protocolo. B) Comunicación social. C) Administración de recursos humanos. D) Asuntos migratorios. E) Cuentas consulares. F) Asuntos consulares. G) Legalizaciones. H) Asuntos fronterizos. I) Asuntos amazónicos y regionales. J) Relaciones fronterizas con Colombia. K) Documentos de viaje.

El Ministerio también cuenta en su estructura orgánica con un Viceministerio de Relaciones Exteriores, una Academia Diplomática, un Comité Ecuatoriano para la Cuenca del Pacífico, un Archivo Histórico, la Subsecretaría Regional de Guayaquil, y la Oficina Regional de Cuenca.

El MRECI es el órgano central que orienta, dirige y coordina el trabajo de las misiones diplomáticas y de las oficinas consulares, en ese sentido le compete el manejo de una serie de ámbitos sensibles de las relaciones exteriores.⁴ También corresponde al MRECI, en consulta con otros ministerios u organismos competentes según el caso: la participación del país en reuniones o conferencias internacionales; la cooperación con los Ministerios de Comercio Exterior y de Economía y Finanzas⁵ en la preparación de la política

-
4. 1. La defensa, en el orden diplomático, de la personalidad, soberanía, independencia e integridad territorial del Estado Ecuatoriano, y la vigilancia y protección de su dignidad, respeto y prestigio. 2. Las cuestiones territoriales y límites de la República. 3. La resolución de las consultas relativas a la determinación del trazado y enunciado de las líneas de fronteras. 4. Las relaciones que mantiene el Ecuador con otros Estados. 5. Las declaraciones del estado de guerra en los casos permitidos por el derecho internacional, previo cumplimiento de los requisitos constitucionales y legales que fueren del caso; las de no beligerancia, de neutralidad, de acción solidaria, de reconocimiento a nuevos Estados, de establecimiento, continuidad, suspensión, ruptura o reanudación de relaciones diplomáticas, consulares, comerciales, postales, telegráficas y otras; así como las demás declaraciones autorizadas por el derecho de gentes o la práctica internacional. 6. En cuanto corresponden a la Función Ejecutiva, las cuestiones referentes a la concertación de la paz, el tránsito de tropas extranjeras por el territorio de la República, o al tránsito y estacionamiento de naves de guerra de otros Estados en aguas territoriales, o al tránsito, arribo o permanencia de naves aéreas de guerra extranjeras, previo cumplimiento de los requisitos constitucionales y legales. 7. Los casos de asilo diplomático y territorial, de extradición y de internamiento, todo ello de acuerdo con las leyes, los tratados, el derecho y la práctica internacionales. 8. Los tratados y demás instrumentos internacionales, para lo cual consultará, en casos necesarios, con otros organismos que también sean competentes en esta materia. 9. La relación con representaciones extranjeras y organizaciones internacionales, acreditadas ante el Gobierno del Ecuador. 10. La declaración, adquisición o pérdida de la nacionalidad ecuatoriana. 11. El trámite de actuaciones judiciales que deban practicarse en el exterior, así como de aquellas procedentes de países extranjeros para que se practiquen en el Ecuador. 12. La legalización de documentos que deban producir efecto fuera del país y de los extendidos en el extranjero que deban surtirlo en el Ecuador. 13. La expedición y cumplimiento del Ceremonial Diplomático, así como el reconocimiento de las inmunidades, prerrogativas, privilegios y cortesías diplomáticos, de acuerdo con la ley, los tratados, reglamentos, el derecho y la práctica internacionales. 14. La concesión de la Condecoración de la Orden Nacional "Al Mérito". 15. Pasaportes diplomáticos y oficiales. 16. Todas las demás cuestiones oficiales de carácter internacional (art. 4 Ley Orgánica del Servicio Exterior).
 5. Según la actual estructura ministerial establecida en el art. 16 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, el Ministerio de Relaciones Exteriores es actualmente Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio e Integración.

internacional en materia económica y comercial; la cooperación internacional de carácter económico y financiero y el trámite externo de las gestiones sobre el crédito extranjero o internacional; la presentación y trámite de las solicitudes de asistencia técnica extranjera e internacional y las medidas para coordinar su mejor aprovechamiento; la cooperación en la ejecución de la política de inmigración y en fomento del turismo hacia el Ecuador; la difusión en el exterior del conocimiento de la República, de sus valores en general y singularmente de los culturales, y el fomento de las relaciones culturales y científicas con otros países (art. 6, Ley Orgánica del Servicio Exterior).

PODER LEGISLATIVO

Mediante el art. 7 del Mandato Constituyente No. 1, adoptado en Ciudad Alfaro, cantón Montecristi, el 29 de noviembre de 2007,⁶ la Asamblea Constituyente que diseñó la Constitución hoy vigente asumió las atribuciones y deberes de la Función Legislativa, con lo cual se declaró competente para definir, entre tantos otros, los asuntos referidos a las relaciones internacionales del Estado ecuatoriano, por medio de la Mesa 9, denominada de “Soberanía, relaciones internacionales e integración”, conforme se verá más adelante.

Con la nueva Constitución (2008) se erige a la Asamblea Nacional para ejercer la Función Legislativa, rama del poder público que está regulada en el Capítulo II del Título IV, que versa sobre “Participación y organización del poder”, entre los artículos 118 y 140.

Entre los deberes y las atribuciones de la Asamblea Nacional ecuatoriana se encuentra la de: “Aprobar o improbar los tratados internacionales en los casos que correspondan” (art. 120.8 CRE), disposición jurídica que, como se verá, ha de ser tenida en cuenta conjuntamente con los arts. 147.10, 417 y siguientes de la misma carta política.

6. Art. 7. De la Función Legislativa.- La Asamblea Constituyente asume las atribuciones y deberes de la Función Legislativa. En consecuencia, declara en receso a los diputados y diputadas principales y suplentes elegidos el 15 de Octubre del 2006. Este receso se inicia el día 29 de noviembre de 2007 hasta cuando se realice la proclamación oficial de los resultados del referéndum aprobatorio.

Durante este receso los diputados no gozarán de inmunidad, fuero especial, ni sueldos, dietas o remuneración alguna, tampoco podrán autoconvocarse por ningún motivo. Este receso no será susceptible de interrupción, impugnación, acción de amparo constitucional u otra acción judicial.

Así mismo, se declara concluido el período para el que fueron elegidos por el Congreso Nacional los vocales integrantes de la Comisión de Legislación y Codificación.

La conclusión de los períodos antes descritos no confieren derecho a reclamar liquidaciones, indemnizaciones o compensación de cualquier naturaleza. Cualquier pago que se realice por alguno de estos conceptos constituirá peculado y será sancionado por los jueces competentes. La misma sanción se impondrá a los funcionarios que autoricen o efectúen estos pagos, quienes además serán inmediatamente destituidos.

Se declaran terminados los contratos de servicios del personal del Congreso Nacional, los cuales quedarán sin efecto a partir de la presente fecha. Se garantiza la estabilidad del personal amparado por la carrera legislativa.

PARTIDOS POLÍTICOS

A partir de la revisión efectuada a la estructura de un grupo de importantes tiendas políticas ecuatorianas, se colige que ninguna cuenta con órganos permanentes ni *ad hoc* encargados de procesar los temas relacionados con la integración política, lo que como se analizará en el apartado correspondiente, puede deberse a que en el ideario político de cada partido no necesariamente se hace referencia a la integración política como un ámbito de trabajo directo de las tiendas políticas.

MARCO JURÍDICO ECUATORIANO SOBRE INTEGRACIÓN

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR DE 2008

Aquí vale hacer una aproximación sistemática sobre las determinaciones de la actual Constitución respecto a las relaciones internacionales de integración. La Constitución de 2008 dedica el Título VI al Régimen de Desarrollo, que según el art. 276 tendrá varios objetivos, entre los cuales están los de garantizar la soberanía nacional, *promover la integración latinoamericana* e impulsar una inserción estratégica en el contexto internacional, que contribuya a la paz y a un sistema democrático y equitativo mundial (art. 276.5).

Enmarcado en el mismo Título VI, en la Sección primera, Sistema económico y política económica, del Capítulo cuarto sobre Soberanía económica está el art. 284, que fija los objetivos de la política económica, entre ellos el que consta en el apartado 2, que dice: “Incentivar la producción nacional, la productividad y competitividad sistémicas, la acumulación del conocimiento científico y tecnológico, la inserción estratégica en la economía mundial y las actividades productivas complementarias en la integración regional”.

El art. 304 de la Sección séptima, Política comercial, de los mismos capítulo y título indicados define los objetivos de la política comercial, entre ellos: desarrollar, fortalecer y dinamizar los mercados internos a partir del objetivo estratégico establecido en el Plan Nacional de Desarrollo; regular, promover y ejecutar las acciones correspondientes para impulsar la inserción estratégica del país en la economía mundial.

Específicamente el Capítulo tercero del Título VIII, sobre Integración Latinoamericana, que se ocupa de las Relaciones Internacionales, contiene una disposición que define a la integración “como objetivo estratégico del Estado”, en especial con los países de Latinoamérica y el Caribe (art. 423).

De forma poco menos que deportiva, ya que es claro que el Constituyente previamente no reparó en que existen diversos procesos de integración, tal norma adiciona simplemente un imposible, como decir que: “en todas las instancias y procesos de integra-

ción” el Estado ecuatoriano se comprometerá a: 1. Impulsar la integración económica, equitativa, solidaria y complementaria; la unidad productiva, financiera y monetaria; la adopción de una política económica internacional común; el fomento de políticas de compensación para superar las asimetrías regionales; y el comercio regional, con énfasis en bienes de alto valor agregado. 2. Promover estrategias conjuntas de manejo sustentable del patrimonio natural, en especial la regulación de la actividad extractiva; la cooperación y complementación energética sustentable; la conservación de la biodiversidad, los ecosistemas y el agua; la investigación, el desarrollo científico y el intercambio de conocimiento y tecnología; y la implementación de estrategias coordinadas de soberanía alimentaria. 3. Fortalecer la armonización de las legislaciones nacionales con énfasis en los derechos y regímenes laboral, migratorio, fronterizo, ambiental, social, educativo, cultural y de salud pública, de acuerdo con los principios de progresividad y de no regresividad. 4. Proteger y promover la diversidad cultural, el ejercicio de la interculturalidad, la conservación del patrimonio cultural y la memoria común de América Latina y del Caribe, así como la creación de redes de comunicación y de un mercado común para las industrias culturales. 5. Propiciar la creación de la ciudadanía latinoamericana y caribeña; la libre circulación de las personas en la región; la implementación de políticas que garanticen los derechos humanos de las poblaciones de frontera y de los refugiados; y la protección común de los latinoamericanos y caribeños en los países de tránsito y destino migratorio. 6. Impulsar una política común de defensa que consolide una alianza estratégica para fortalecer la soberanía de los países y de la región. 7. Favorecer la consolidación de organizaciones de carácter supranacional conformadas por Estados de América Latina y del Caribe, así como la suscripción de tratados y otros instrumentos internacionales de integración regional.

A la luz de las disposiciones fijadas en la Constitución sobre la Integración, vale comentar al menos que el Constituyente cargó la tinta para concebir un modelo deseado de integración de precario alcance, como si fuese necesaria solo una visión geocéntrica, además precavida o temerosa del resto del mundo, con fijación en lograr una consolidación endógena, sin dar la cara a la realidad que presenta el siglo XXI a las relaciones internacionales de los estados.⁷

Entre otras cosas, se habla de impulsar la *unidad* productiva, financiera y *monetaria*, así como la adopción de una política económica internacional común.

Llama la atención también que en esta parte la Constitución no preconiza la competición como una práctica sana con economías del exterior, sino solo la cooperación o la complementariedad, lo que exhibe una visión clásica e insuficiente de las relaciones internacionales.

7. Cfr. Grace Jaramillo, “Las relaciones internacionales en el proyecto de Constitución”, en *Análisis Nueva Constitución*, Quito, ILDIS / Friedrich Ebert Stiftung, 2008, p. 274.

De otra parte, el énfasis que se ofrece dar a la armonización de las leyes nacionales no debe venir solo de parte del Ecuador sino de una comunidad internacional organizada que persigue objetivos comunes, además, los ámbitos materiales en que se desarrolle la armonización legislativa necesariamente deberán ser los fijados en orden a los objetivos y nivel de consolidación del proceso de integración que se trate.⁸

La norma prevé impulsar una política común de defensa, que por cierto ahora no existe ni parece que se adoptará en el mediano plazo, pruebas al canto son la defectuosa concepción de la UNASUR, un caso que es la prueba internacional de la incapacidad de los gobiernos para entender cabalmente la integración; así como las tensiones casi cotidianas entre los gobernantes de los países de la región.⁹

En la parte final del artículo en comento se dice en forma paladina y cándida que se “favorecerá” la consolidación de organizaciones de carácter supranacional, conformadas por estados de América Latina y del Caribe, cuando a la fecha no existe una sola organización de ese tipo en toda la región.

-
8. Los expertos en gran parte coinciden que los esquemas de integración trasuntan por diferentes niveles, a saber: acuerdos de preferencias arancelarias, zonas de libre comercio, uniones aduaneras, mercados comunes, uniones económicas, uniones económicas completas, uniones políticas. A cada nivel correspondería un ritmo y objetivos propios.
 9. Una reciente y ambiciosa propuesta sobre integración es la de la Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR), que buscaría el desarrollo de un espacio integrado en lo político, social, cultural, económico, financiero, ambiental e infraestructura. Se construiría sobre la base de logros alcanzados por la CAN y el MERCOSUR, así como de la experiencia de Chile, Guyana y Suriname. El objetivo central sería favorecer un desarrollo más equitativo, armónico e integral de América del Sur. Otra propuesta es la del Brasil acerca de crear un consejo de seguridad sudamericano, que debería pensarse en el marco de un verdadero “sistema”, para tratar con independencia y mecanismos propios los conflictos en la región. Para emprender en cualquier nuevo esquema de integración en esta parte del orbe conviene contar previamente con una “idea de Latinoamérica”, como actitud mental de todos los actores sociales, y especialmente, con voluntad política real como contenido esencial y transversal, solo con ella se puede alcanzar los objetivos fijados. Tal voluntad será expresión de una concepción moderna de la soberanía, permeable a relaciones internacionales que van más allá de los idilios de la cooperación o coordinación estatal, hacia un modelo en el cual los estados incluso pueden ejercer en conjunto poderes soberanos atribuidos a los órganos de una comunidad supranacional. Integrarse implica hacer propios los intereses y necesidades del otro, exige una fuerte interdependencia entre estados. Los afanes nacionalistas no tienen rol que jugar en este contexto. Desde los acuerdos para establecer áreas de libre comercio, hasta los que sirven para formar mercados comunes o uniones económicas, a más de alto contenido político tienen un sustrato económico indispensable, con lo cual siempre rozan el interés social. La integración entre estados no se hace a espaldas del pueblo, sino con su activa participación; tampoco puede auspiciar la quiebra del Estado Constitucional ni vulnerar derechos fundamentales; así mismo, aceptará la organización política y administrativa de los países miembros, respetará las diferentes condiciones de su desarrollo. Para llevar adelante procesos de integración hace falta gobernantes que discernan que el poder que les otorga el pueblo –mediante la constitución– para dirigir las relaciones internacionales estatales no es un cheque en blanco, y que los compromisos externos se los adopta para cumplir. La política exterior del Estado debe alinearse con los grandes objetivos de un verdadero proyecto nacional, que por ahora en Ecuador no existe. La construcción de lo que hoy es la Comunidad Andina lleva casi 40 años; la de la Unión Europea se acerca a 60 años, ésta pese a muchos inconvenientes, ha logrado fraguar y otorga importantes beneficios a sus actores; en cambio, lamentablemente de la experiencia subregional andina no se puede predicar lo mismo. Contrario a lo que sucede acá, en Europa siempre se exhibió una férrea voluntad política de los gobernantes, respeto de sus diferencias y pragmatismo. Claro que se trata de difíciles elementos a compaginar. Lo cierto es que la integración sudamericana comporta retos y oportunidades de cara a nuestros vecinos y al resto del mundo, demanda certezas antes que discursos caducos, finalmente, exige no volver a equivocarnos.

La única experiencia que en el medio geográfico cercano –andino– tiene elementos de intergubernamentalidad y de supranacionalidad es la de la Comunidad Andina, proceso que aún los gobernantes de sus estados miembros no lo entienden ni saben cómo adelantar ni fortalecer. Incluso cabe sostener que cuando el Constituyente escribió el art. 423 que ahora refiero, prácticamente se olvidó del cúmulo de compromisos ya asumidos en el marco de la integración andina, por ejemplo, en lo concerniente a la Política Exterior Común, políticas estatales macroeconómicas (convergencia en materias de inflación y fiscal), a la armonización de ciertos regímenes nacionales (impuesto sobre el valor agregado), la adopción de regímenes comunes (propiedad intelectual).

En mi entender, a consecuencia de lo indicado en el párrafo anterior, se puede afirmar que tanto Ecuador como los demás estados miembros de la Comunidad Andina vienen experimentando una especie de “andinización” de varios sectores de sus ordenamientos jurídicos internos,¹⁰ y esta realidad no puede ser desconocida por el Estado ecuatoriano.

LEY DE COMERCIO EXTERIOR E INVERSIONES¹¹

Después de la Carta Política, al Estado ecuatoriano y a su estructura institucional funcional al tema de la integración política, les es útil la Ley de Comercio Exterior e Inversiones, más conocida como LEXI.

Según el art. 1 de esa ley, este instrumento jurídico tiene por objeto normar y promover el comercio exterior y la inversión directa, incrementar la competitividad de la economía nacional, propiciar el uso eficiente de los recursos productivos del país, y propender a su desarrollo sostenible e integrar la economía ecuatoriana con la internacional y contribuir a la elevación del bienestar de la población.

También la LEXI dispone que se entiende por “Sector Comercio Exterior” al conjunto de organismos y entidades del sector público y de instituciones o personas naturales o jurídicas del sector privado que participan en el diseño y ejecución de la política de comercio exterior de bienes, servicios y tecnología que desarrollan actividades de comercio exterior o relacionadas con éste, excepto lo relacionado con exportaciones de hidrocarburos (art. 2).

Aparece destacable que sobre de los principios y disposiciones para el cumplimiento de los objetivos de la LEXI, el art. 3 señala que se considera de prioridad nacional al comercio exterior y en especial al fomento de las exportaciones e inversiones. La norma también fija una serie de lineamientos entre los que conviene destacar el siguiente: “h)

10. Cfr. Peter Häberle, *El Estado Constitucional*, Lima, Universidad Nacional Autónoma de México / Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003, pp. 66-68.

11. Ley No. 12, publicada en el Suplemento del *Registro Oficial* No. 82 de 9 de junio de 1997.

Promover mediante estímulos e incentivos la inversión directa, nacional y extranjera, *los procesos de integración* y los acuerdos comerciales bilaterales y multilaterales que amplíen la inversión y faciliten las transacciones externas del País...” (énfasis agregado).

Como se aprecia, la disposición jurídica revisada hace mención a los principios de la ley, hace también especial alusión al objetivo de promover mediante estímulos e incentivos la inversión directa, nacional y extranjera, los procesos de integración y los acuerdos comerciales bilaterales y multilaterales que amplíen la inversión y faciliten las transacciones externas del país. Nuevamente hay una mención directa dentro de los principios de la LEXI, sobre la obligación del Estado y sus ministerios especializados de impulsar los procesos de integración económica.

El art. 10 de esta ley crea el Consejo de Comercio Exterior e Inversiones (COMEXI), que tiene como Secretario al Subsecretario de Comercio Exterior e Integración, y en su ausencia, al Director de Comercio Exterior e Integración del Ministerio de Comercio Exterior, Industrialización, Pesca y Competitividad.¹² Entre los deberes y atribuciones del COMEXI, el art. 11 LEXI contempla:

- a) Determinar las políticas de comercio exterior de bienes, servicios y tecnología, integración e inversión directa, en concordancia con el principio de libre comercio, el entorno del comercio mundial, los compromisos internacionales asumidos por el País en éstas materias, el programa macroeconómico y con los planes de desarrollo del País, general y sectorial;
- b) Expedir las normas que, dentro del marco que le fija esta Ley, sean necesarias en materia de comercio exterior, integración e inversiones para la ejecución y desarrollo de las políticas que dicte. Las entidades del sector público, en el ámbito de su competencia, están obligadas al cumplimiento de estas normas y a proporcionar las facilidades e información que les sean requeridas por el COMEXI.
- d) *Recomendar* a las autoridades competentes *la celebración de tratados*, acuerdos o convenios bilaterales o multilaterales de comercio exterior, *integración* e inversión directa (énfasis agregado).

Una vez revisada la página de Internet del COMEXI, se encuentra un vínculo hacia “Noticias Andinas”, pero este espacio no contiene información alguna sobre el proceso de integración en la CAN.¹³ La misma página, en el vínculo que deriva hacia los “Acuerdos Comerciales”, únicamente contiene un archivo que contiene el Acuerdo de Cartagena.¹⁴ Entre los enlaces de Internet del COMEXI ni siquiera se toma en cuenta al

12. Según la actual estructura ministerial establecida en el art. 16 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, el Ministerio de Relaciones Exteriores es actualmente Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio e Integración.

13. Cfr.: <http://www.comexi.gov.ec/noticias/index1.php>

14. Cfr.: http://www.comexi.gov.ec/acuerdos_comerciales.shtml

Sistema Andino de Integración de la Comunidad Andina, simplemente no existe como referente o como estructura institucional de la integración subregional,¹⁵ algo que realmente sorprende.

La LEXI encarga al Ministerio de Comercio Exterior, Industrialización y Pesca¹⁶ *planificar, dirigir, controlar y ejecutar las políticas de comercio exterior de bienes, servicios y tecnología, integración e inversión directa*, función que la ejercerá en estrecha coordinación con el Ministerio de Relaciones Exteriores, y coordinar con las entidades del sector público y del sector privado que conforman el Sector Comercio Exterior, para que contribuyan a la debida ejecución de dichas políticas en el ámbito de sus respectivas competencias (art. 15).

PLANES NACIONALES

PLAN NACIONAL PARA EL BUEN VIVIR 2009-2013

El art. 280 CRE ha inspirado a la Secretaría Nacional de Planificación a concebir el denominado “Plan Nacional para el Buen Vivir 2009-2013” (PNBV).¹⁷ La Presentación del Plan apela a un proceso empujado por la denominada Revolución Ciudadana, que a su vez se inspira en cinco revoluciones, de las cuales la última expresa: “5. Revolución por la dignidad, soberanía e *integración latinoamericana*, para mantener una posición clara, digna y soberana en las relaciones internacionales y frente a los organismos multilaterales. Ello permite avanzar hacia una verdadera integración con América Latina y el Caribe, así como insertar al país de manera estratégica en el mundo” (énfasis agregado).

Conviene entonces revisar lo que sobre la integración contempla el Plan Nacional para el Buen Vivir 2009-2013. Según este instrumento de la planificación pública, se entendería por Buen Vivir a:

la satisfacción de las necesidades, la consecución de una calidad de vida y muerte digna, el amar y ser amado, y el florecimiento saludable de todos y todas, en paz y armonía con la naturaleza y la prolongación indefinida de las culturas humanas. El Buen Vivir presupone tener

15. Cfr.: http://www.comexi.gov.ec/enlaces_web.shtml

16. Según la actual estructura ministerial establecida en el art. 16 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, el Ministerio de Relaciones Exteriores es actualmente Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio e Integración.

17. “Art. 280. El Plan Nacional de Desarrollo es el instrumento al que se sujetarán las políticas, programas y proyectos públicos; la programación y ejecución del presupuesto del Estado; y la inversión y la asignación de los recursos públicos; y coordinar las competencias exclusivas entre el Estado central y los gobiernos autónomos descentralizados. Su observancia será de carácter obligatorio para el sector público e indicativo para los demás sectores”.

tiempo libre para la contemplación y la emancipación, y que las libertades, oportunidades, capacidades y potencialidades reales de los individuos se amplíen y florezcan de modo que permitan lograr simultáneamente aquello que la sociedad, los territorios, las diversas identidades colectivas y cada uno –visto como un ser humano universal y particular a la vez– valora como objetivo de vida deseable (tanto material como subjetivamente y sin producir ningún tipo de dominación a un otro). Nuestro concepto de Buen Vivir nos obliga a reconstruir lo público para reconocernos, comprendernos y valorarnos unos a otros –entre diversos pero iguales– a fin de que prospere la posibilidad de reciprocidad y mutuo reconocimiento, y con ello posibilitar la autorrealización y la construcción de un porvenir social compartido (Ramírez, 2008: 387).

El PNBV establece doce estrategias de cambio, entre ellas, las siguientes relacionadas con el tema de este estudio: “IV. Inserción estratégica y soberana en el mundo e integración latinoamericana”.¹⁸

En el marco de las “Orientaciones éticas y programáticas” del PNBV, se encuentra la No. 5, que dice: “Revolución por la dignidad, soberanía e integración latinoamericana, para mantener una posición clara, digna y soberana en las relaciones internacionales y frente a los organismos multilaterales. Ello permite avanzar hacia una verdadera integración con América Latina y el Caribe, así como insertar al país de manera estratégica en el mundo”.¹⁹

Es importante referir que dentro del acápite “Un cambio de paradigma: del desarrollo al Buen Vivir”, está un análisis del Buen Vivir (*sumak kawsay*) en la Constitución, y en base al art. 276 CRE, se manifiesta que el *sumak kawsay* implica, entre otras cuestiones, promover la integración latinoamericana,²⁰ dimensión por demás singular y novedosa toda vez que se concibe el accionar del Ecuador en un contexto de integración bajo la premisa del crecimiento endógeno, conforme se verá seguidamente.

En la parte que se ocupa de desarrollar los “Desafíos actuales del Ecuador frente a la crisis mundial” (acápite 4), el PNBV expresa algunas ideas que amalgaman los objetivos propios de los procesos de integración y los de las relaciones internacionales, con especial énfasis en lo comercial; veamos:

En el escenario internacional, *la búsqueda de la inserción inteligente y soberana en el concierto mundial debe concretarse en el caso comercial*. Si bien en el corto plazo el mayor desafío es mantener los espacios de mercados logrados, en el mediano y largo plazo se debe buscar diversificación y nuevos mercados. *Esta inserción privilegia el impulso a la integración*

18. Plan Nacional para el Buen Vivir 2009-2013, p. 11.

19. *Ibid.*, p. 28.

20. *Ibid.*, p. 43.

Sur-Sur; y el esfuerzo de consolidar UNASUR; seguir y apoyar la agenda de los países que buscan nuevas reglas para establecer un equilibrio mundial diferente.

(...) En términos defensivos, será necesario bloquear la negociación de acuerdos al estilo y contenido de los tratados de libre comercio, que limitarían la *capacidad de maniobra soberana de impulsar un modelo de economía endógena para el Buen Vivir*.²¹ (énfasis agregado).

Dentro del ámbito 3. “Política y Lineamientos” está la definición de las siguientes políticas relacionadas directamente con la integración política y económica, sin que se vea claramente si también comprendería a la dinámica del tipo comunitario, con la creación de instancias supranacionales que se superpongan a los estados individualmente considerados: aquella en orden a impulsar la inclusión de factores sociales en los acuerdos de integración económica (Política 5.4.j.); la que considera impulsar la integración con América Latina y el Caribe, apoyar a los organismos de integración regional y subregional para fortalecer el proceso de integración andina, suramericana, latinoamericana y con el Caribe, a través de mecanismos y procesos de convergencia que profundicen la integración de los pueblos (Política 5.5.a.); coordinar convergentemente las políticas económicas, sociales, culturales, migratorias y ambientales de los países miembros de los esquemas de integración regional de los que Ecuador es parte (Política 5.5.d.); priorizar la negociación en bloque junto con los países suramericanos para lograr acuerdos beneficiosos al incrementar el poder de negociación de la región (política 5.5.e.); fortalecer los mecanismos de concertación política que profundicen la integración suramericana (Política 5.5.f.); e impulsar el establecimiento de zonas de paz regionales en Suramérica y los mecanismos de defensa regional (Política 5.5.g.).²²

En lo tocante a las Metas (4), el PNBV incorpora el punto 5.5.1., que se manifiesta acerca de: “Incrementar a 0,4 el índice de integración latinoamericana al 2013”.²³ Al respecto, en el documento se toma como año base el 2008, con 0,29 como índice de integración latinoamericana.²⁴

Al continuar con esta revisión del PNBV se encuentra que en el Objetivo 11 del Plan, que trata sobre “Establecer un sistema económico social, solidario y sostenible”, entre los fundamentos se cuenta el que apela a la recuperación de lo público y que demanda la acción del Estado en diversos campos, entre ellos, en el de: “(...) impulso de una integración regional y económica en condiciones beneficiosas para el país”.²⁵ De tal forma que la denominada profundización de la integración de los pueblos necesariamente ha de

21. *Ibid.*, p. 78.

22. *Ibid.*, pp. 262-263.

23. *Ibid.*, p. 264.

24. *Ibid.*, p. 268.

25. *Ibid.*, p. 330.

pasar primero por la integración entre los estados, lo último es condición previa de los primeros (ver *supra* 3).

En el mismo punto 3 sobre “Políticas y lineamientos”, incorporada en la Política 11 está la Política 11.2., que se ocupa de “Impulsar la actividad de pequeñas y medianas unidades económicas asociativas y fomentar la demanda de los bienes y servicios que generan”, que expresa en la letra b: “Impulsar las pequeñas y medianas unidades productivas para el fortalecimiento y complementariedad territoriales, tanto a nivel nacional como en esquemas de integración regional”;²⁶ Política 11.5. “Fortalecer y ampliar la cobertura de infraestructura básica y de servicios públicos para extender las capacidades y oportunidades económicas”, la letra c expresa: “Mantener y expandir el sistema nacional de transporte y movilidad multimodal, que favorezca el comercio interno y externo, y la integración nacional y regional”;²⁷ Política 11.9. “Promover el acceso a conocimientos y tecnologías y a su generación endógena como bienes públicos”, la letra c dice: “Aplicar y ampliar mecanismos de integración y cooperación internacional para la transferencia y la generación de tecnologías, en particular aquellas vinculadas con el cambio en el patrón de acumulación”.²⁸

Como se entiende, en esta parte el PNBV concibe erróneamente y de manera ilusa una serie de acciones que impulsaría el Estado en cualquier o mejor dicho en todos los procesos de integración, sin haber construido previamente una concepción clara de lo que se entiende por proceso de integración y sus tipos en orden a la profundidad que cada uno persigue.

Dentro del acápite 8, que versa sobre la “Estrategia Territorial Nacional”, ésta se plantea desde siete temáticas, entre ellas, la de fomentar la inserción estratégica y soberana en el mundo y la integración latinoamericana,²⁹ lo que implicaría –según el propio PNBV–, trabajar por los intereses del pueblo y con la participación del pueblo, fomentando además la economía endógena para el Buen Vivir de los ecuatorianos y ecuatorianas.

La “Integración Latinoamericana” propiamente dicha es abordada en el punto 8.8.1., donde se postula la apuesta a los procesos de macrorregionalización, para lo cual consta un franco reconocimiento a los procesos de integración del tipo comunitario (de corte supranacional), pero sin concebir ni tomar en cuenta que pueden existir otros procesos de integración de otra índole, como los de integración comercial, económica o meramente política:

26. *Ibid.*, p. 335.

27. *Ibid.*, p. 337.

28. *Ibid.*, p. 338.

29. *Ibid.*, p. 377.

En efecto, la integración de Estados en complejos entramados supranacionales generalmente superpuestos a divisiones geográficas continentales ha supuesto una reconceptualización de la soberanía tradicional. La Unión Europea es el caso más emblemático. Sin embargo, en nuestra propia región no debemos olvidar a la Comunidad Andina de Naciones (CAN), al Mercado Común del Sur (MERCOSUR) y a la más reciente Comunidad Sudamericana de Naciones (CSN), rebautizada Unión Sudamericana de Naciones (UNASUR).

El PNBV explica que la UNASUR es un esfuerzo colectivo con un potencial tal que “podría transformar la economía global del poder y dar a América del Sur la presencia que legítimamente le corresponde, pero que le ha sido negada”. Esta postura asume que todas las obligaciones internacionales de integración anteriores en esta parte del mundo, se dieron al amparo de un clima de sometimiento de los estados suramericanos.

Cita seguidamente la Carta de Jamaica de Simón Bolívar, que según el Plan fue ya una especie de código fundacional de una nación suramericana, que en 1815 decía que: “es una idea grandiosa pretender formar parte de todo el Nuevo Mundo, una sola Nación con un solo vínculo que ligue sus partes entre sí y con el todo. Ya que tiene un origen, una lengua, unas costumbres y una religión, debería, por consiguiente, tener un solo gobierno que confederase los diferentes estados que hayan de formarse”.

Plantea con acierto que desde los territorios, los procesos de integración significan reabrir debates que se pensaban zanjados en torno a temas como: nacionalidad, democracia y representación. Y que la construcción de nuevos espacios de gobernanza y eventual gobernabilidad regional se traduce en fórmulas críticas de pensamiento que rebasan al Estado-nación. Al parecer, en esta parte hay un atisbo de reconocimiento de la eventual creación de un espacio de decisión común de los estados por encima de ellos. A renglón seguido se expresa que: “Ecuador apuesta por una integración armónica con Suramérica en el marco del pensamiento Sur-Sur para subvertir el orden de dominación actual. Es ésta la apuesta más sensata para recalibrar la economía geopolítica del poder”.

Visto ello es dable sostener que de nuevo los pensadores del PNBV acuden al discurso estéril de la dominación, y no reconocen que el único mecanismo para incidir en lo que se denomina “economía geopolítica del poder” es el de la integración supranacional, que es la que permite condensar las decisiones políticas del conjunto de estados participantes del proceso, logrando así un mejor posicionamiento de sus decisiones a nivel cosmopolita. También la postura exhibida en el Plan desconoce cualquier logro alcanzado mediante los procesos de integración en marcha.

El PNBV plantea así mismo algo que es fácilmente comprobable, que Ecuador debe participar en estos procesos de integración activamente y con capacidad de liderazgo, como ya lo hizo para nombrar a un ecuatoriano como primer secretario de UNASUR y posicionar a Quito de manera que pueda ser su sede.

Los hacedores del Plan sugieren algo que al menos desde mi perspectiva hay que tomar con recaudo, especialmente en la época actual en la que no se cuenta con un proceso de integración avanzado que permita alcanzar una base institucional y de objetivos suficiente para la construcción de una identidad suramericana y una ciudadanía correspondiente, ellos dicen que: “los sueños de integración comienzan a cuajar en una institucionalidad temprana delineada por la UNASUR y deben acompañarse con la construcción de una identidad suramericana y una ciudadanía correspondiente”.

El Plan también postula que iniciativas como la Alternativa Bolivariana para las Américas (ALBA) desempeñan un rol “creativo-crítico” en los que Ecuador puede constituirse como un pivote regional. Al respecto, surge un desencuentro entre los postulados de esa Alternativa y la acción estatal ecuatoriana permanente en orden a lograr acuerdos comerciales, por ejemplo, con la Unión Europea al amparo de un acuerdo de asociación, que precisamente giran en torno a la idea del libre comercio. La ALBA acoge principios que desprecian la libertad de comercio y que de entrada desconocen el potencial negociador de nuestros países.

En la página oficial de Internet de esta organización se encuentra que los principios del ALBA están condensados en la siguiente afirmación:

El ALBA se sustenta en los principios de solidaridad, cooperación genuina y complementariedad entre nuestros países, en el aprovechamiento racional y en función del bienestar de nuestros pueblos, de sus recursos naturales –incluido su potencial energético–, en la formación integral e intensiva del capital humano que requiere nuestro desarrollo y en la atención a las necesidades y aspiraciones de nuestros hombres y mujeres.

Tales principios se materializarían por medio de los llamados Tratados de Libre Comercio de los Pueblos (TCP), que son “tratados de intercambio de bienes y servicios para satisfacer las necesidades de los pueblos”, sustentados en los principios de: solidaridad, reciprocidad, transferencia tecnológica, aprovechamiento de las ventajas de cada país, ahorro de recursos e incluyen convenios crediticios para facilitar los pagos y cobros. Se añade que los TCP nacen para “enfrentar a los TLC, Tratados de Libre Comercio, impuestos por Estados Unidos, que conducen al desempleo y la marginación de nuestros pueblos, por la destrucción de las economías nacionales, a favor de la penetración del gran capital imperialista”.³⁰

El documento que ahora se revisa también incorpora un reconocimiento en el sentido de que la planificación territorial enfrenta nuevos retos, en el marco de los cuales debe incentivar una economía endógena para el Buen Vivir ante perspectivas *posnacionales* de integración, lo que significa ver:

30. <http://www.alianzabolivariana.org/modules.php?name=Content&pa=showpage&pid=2080> (01-04-2010).

... a las diferentes zonas del país primero como territorios en sí mismos con sus propias complejidades y potencialidades, luego como parte de un todo nacional en el que prima el interés del país; después como parte de una región andina en la que se debe pensar en los temas binacionales y en las fronteras como espacios de interlocución pacífica que precisan una mayor presencia del Estado; y, finalmente, como partes de un sistema macro que debe robustecer a América del Sur en su conjunto y no a ciertas zonas en desmedro de otras, recordando además los nexos del país con América Central y el Caribe. Solo de ese modo, Ecuador participará globalmente desde lo local.³¹

Esta apreciación que trae el PNBV no acoge una idea de fondo que prohijamos, que desde hace algunos años atrás defendió con fuerza el Econ. Germánico Salgado; él concebía a la integración andina (Comunidad Andina) como eslabón para la integración latinoamericana.³²

El documento en análisis apuesta por la realización de una serie de acciones para fortalecer todos los procesos de integración en marcha y de los cuales es parte el Ecuador, lo que implicará seguramente el logro de pobres cometidos por una suerte de desgaste en la esfera internacional, con lo cual a la final quien perderá será como siempre el ciudadano de cada país de América del Sur. El documento tampoco discrimina y ni siquiera plantea que existen procesos de integración en desarrollo, que tienen diversas dinámicas y objetivos fijados de variopinta naturaleza.

PLAN NACIONAL DE POLÍTICA EXTERIOR 2006-2020

Igual como ocurre con la Ley de Comercio Exterior e Inversiones, el Estado ecuatoriano y su institucionalidad cuentan con un Plan Nacional en materia de la Política Exterior, documento que sirve de guía para la elaboración de otros planes de menor alcance y que en conjunto han sido adoptados por el actual gobierno del Presidente Rafael Correa Delgado.

En noviembre de 2005, el entonces Ministro de Relaciones Exteriores del Ecuador, Embajador Francisco Carrión Mena, lanzó al debate público la formulación de un Plan Nacional de Política Exterior (PLANEX) para los próximos quince años. Así, este documento surgió de consensos originados en varios debates de los principales actores políticos, sociales y económicos del país,³³ acerca de aspectos trascendentes de las relacio-

31. Plan Nacional para el Buen Vivir, 2009-2013, pp. 396-397.

32. Cfr. Germánico Salgado Peñaherrera, *El Grupo Andino, eslabón hacia la integración de Sudamérica*, Quito, UASB-E / CEN, 1998.

33. En el debate participaron, entre otros, representantes de los partidos políticos, autoridades seccionales, organizaciones de la sociedad civil, medios de comunicación y centros académicos.

nes internacionales de Ecuador. Se consideró elaborar el PLANEX en el campo de la Política Exterior porque era y es necesario lograr una acción externa sostenida que permita proyectar a nuestro país en la comunidad internacional logrando que las relaciones que se mantiene con otros países, regiones, organismos multilaterales y otros nuevos actores se traduzcan en beneficios concretos para el pueblo ecuatoriano.³⁴

A lo largo de todo el PLANEX se aprecia la idea de mantener una conexión entre el quehacer del Estado en las relaciones internacionales y los siguientes asuntos de orden interno: consolidación de la democracia, respeto y promoción de los derechos humanos, desarrollo sustentable, construcción de una sociedad más justa y equitativa, cuidado del ambiente, soberanía, protección a los emigrantes, relaciones económicas, seguridad, cultura, cooperación para el desarrollo, organismos multilaterales, Estado social de Derecho, lo que cabe destacar como loable aunque difícil de concretar en la compleja y variopinta práctica externa de los estados en la sociedad internacional.

El denominado PLANEX 2020 tiene seis componentes, que en su orden tratan sobre: I. Escenario Internacional. II. Principios de la Política Exterior. III. Objetivos de la Política Exterior. IV. Lineamientos estratégicos. V. Desarrollo Institucional. VI. Política de Comunicación. A continuación se revisa de qué manera está desarrollado lo concerniente a la integración política en cada uno de los componentes citados.

Escenario internacional

En este componente el PLANEX exhibe las siguientes posturas, que están relacionadas con la integración política:

Al analizar el contexto internacional actual se aprecia lo poco que se han cumplido aquellas predicciones: el Estado sigue teniendo un papel central en el sistema internacional; la globalización ha provocado como reacción fuertes sentimientos nacionalistas en diversas regiones; la inequidad se ha agravado, tanto en el nivel internacional como al interior de los estados; los esquemas regionales y subregionales de integración afrontan crecientes dificultades y su avance se ha frenado, en mayor o menor medida, en las distintas latitudes: Unión Europea, CAN, MERCOSUR (p. 16).

La aspiración de integración latinoamericana se encuentra profundamente enraizada en los pueblos de la región –incluido el ecuatoriano–, siendo previsible que en los próximos años se mantengan y refuercen las iniciativas para avanzar en acciones y programas que multipliquen los vínculos económicos, culturales, sociales, políticos, de protección ambiental y de desarrollo de infraestructura entre los distintos países de América Latina. Un fortalecimiento de vínculos sudamericanos permitirá aprovechar el gran potencial de la región, que cuenta con un

34. PLANEX 2020, Plan Nacional de Política Exterior, Quito, Ministerio de Relaciones Exteriores, 2006, pp. 5-6.

territorio más extenso y más poblado que el de Estados Unidos, y con abundantes recursos energéticos, infraestructuras comunes y producción excedentaria de alimentos. *Para tener éxito, la integración regional deberá adoptar los mecanismos supranacionales que no ha podido crear hasta ahora* (énfasis agregado) (pp. 17-18).

Frente a esta realidad, sin descuidar el apoyo al multilateralismo, es indispensable fortalecer el diseño y la ejecución de políticas bilaterales que afiancen las relaciones de amistad y cooperación con los principales socios del Ecuador: los países latinoamericanos y, en especial, los países vecinos por determinación geográfica e histórica, y por voluntad de sus pueblos; Estados Unidos de América, por su gravitación hemisférica y la necesidad de que este país contribuya al desarrollo sustentable y la consolidación del sistema democrático; con la Unión Europea, por la visión compartida sobre los problemas internacionales, la democracia y los derechos humanos; en particular con España, por los vínculos históricos y culturales que nos unen, reforzados por la presencia de más de medio millón de ecuatorianos en su territorio; y, finalmente, con los países asiáticos, en especial China y Japón, por las oportunidades aún no aprovechadas de intercambio que ofrece la Cuenca del Pacífico (pp. 18-19).

Principios de la política exterior

En esta parte el PLANEX contempla que la política exterior del Ecuador se fundamenta en los principios del derecho internacional, algunos de los cuales se encontraban en el art. 4 de la Constitución Política de la República del Ecuador (CPE) de 1998, así:

Art. 4. El Ecuador en sus relaciones con la comunidad internacional:

1. Proclama la paz, la cooperación como sistema de convivencia y la igualdad jurídica de los estados.
2. Condena el uso o la amenaza de la fuerza como medio de solución de los conflictos, y desconoce el despojo bélico como fuente de derecho.
3. Declara que el derecho internacional es norma de conducta de los estados en sus relaciones recíprocas y promueve la solución de las controversias por métodos jurídicos y pacíficos.
4. Propicia el desarrollo de la comunidad internacional, la estabilidad y el fortalecimiento de sus organismos.
5. Propugna la integración, de manera especial la andina y latinoamericana.
6. Rechaza toda forma de colonialismo, de neocolonialismo, de discriminación o segregación, reconoce el derecho de los pueblos a su autodeterminación y a liberarse de los sistemas opresivos.

Señala además que la práctica diplomática del país se ha desarrollado sobre la base de los citados principios, así como de los siguientes, establecidos en tratados internacionales de los que el Ecuador es parte y, por lo tanto, constituyen normas obligatorias que prevalecen sobre leyes y otras normas de menor jerarquía (art. 163 de la Constitución de 1998):

1. Observancia del principio de no injerencia en los asuntos internos de otros estados.
2. Respeto a los tratados internacionales.
3. Respeto a los derechos humanos y libertades fundamentales sin discriminación en razón de nacimiento, edad, sexo, etnia, color, origen social, idioma, religión, filiación política, posición económica, orientación sexual, estado de salud, discapacidad o diferencias de cualquier otra índole; respeto a la concepción de indivisibilidad y universalidad de los derechos políticos, civiles, económicos, sociales, culturales y colectivos, al igual que a los derechos de tercera generación: la paz, el desarrollo y el derecho a un ambiente sano.
4. Reconocimiento de la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia, la Corte Penal Internacional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y otras instancias internacionales de solución de controversias, en las condiciones acordadas en los convenios que las originan y de los que Ecuador es parte.
5. La cooperación internacional al desarrollo como deber de los Estados para lograr una distribución más equitativa de la riqueza.
6. El derecho soberano de los estados a preservar sus recursos naturales y procurar un desarrollo sustentable.

Cabe aludir otras disposiciones constitucionales vigentes en la época de adopción del PLANEX, que orientaban la Política Exterior en lo que concierne específicamente a la integración política:

Art. 5. El Ecuador podrá formar asociaciones con uno o más estados, para la promoción y defensa de los intereses nacionales y comunitarios.

Art. 130. El Congreso Nacional tendrá los siguientes deberes y atribuciones:

(...) 7. Aprobar o improbar los tratados internacionales, en los casos que corresponda.

Art. 161. El Congreso Nacional aprobará o improbará los siguientes tratados y convenios internacionales:

(...) 3. Los que comprometan al país en acuerdos de integración.

4. Los que atribuyan a un organismo internacional o supranacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución o la ley (...).

Art. 163. Las normas contenidas en los tratados y convenios internacionales, una vez promulgados en el Registro Oficial, formarán parte del ordenamiento jurídico de la República y prevalecerán sobre leyes y otras normas de menor jerarquía.

A todas luces Ecuador tuvo en la Constitución de 1998 la base constitucional para involucrarse en procesos de integración ambiciosos, que no solamente pueden desenvolverse en los ámbitos económico y comercial sino también en los campos social, cultural y político. Desde esta óptica podría decirse que la norma principal del ordenamiento jurídico nacional era abierta hacia la posibilidad de construir procesos o esquemas de integración política, de integración comunitaria o de integración meramente comercial.

Corresponde al Ejecutivo, a través del Ministerio de Relaciones Exteriores, en aplicación de los principios que constan arriba, ejecutar la Política Exterior, esto de conformidad con el art. 171.12 de la Constitución de 1998, que establecía:

Serán atribuciones y deberes del Presidente de la República los siguientes:

12. Definir la política exterior, dirigir las relaciones internacionales, celebrar y ratificar los tratados y convenios internacionales, previa aprobación del Congreso Nacional, cuando la Constitución lo exija.

Sobre el mismo tópico, la Constitución vigente determina en el art. 147, entre las atribuciones y deberes de la Presidenta o Presidente de la República, además de los que la ley determine: “10. Definir la política exterior, suscribir y ratificar los tratados internacionales, nombrar y remover a embajadores y jefes de misión”.

Las disposiciones en comento hallan complemento con los dos primeros artículos de la Ley Orgánica del Servicio Exterior (LOSE),³⁵ que a continuación se transcriben:

Art. 1. El Servicio Exterior tiene a su cargo cumplir la gestión internacional de la República, conforme a la Constitución Política del Estado, a las leyes y al derecho internacional. El Servicio Exterior, bajo la inmediata dirección del Ministro de Relaciones Exteriores, ejecuta la política internacional, vela por el respeto de la personalidad, soberanía, independencia, dignidad e integridad territorial de la República y asegura la defensa de sus derechos y la protección de sus intereses.

Art. 2. De acuerdo con lo dispuesto por la Constitución Política, corresponde al Jefe de Estado, en cuanto órgano supremo de la representación exterior y de los derechos soberanos del país, la dirección de la gestión internacional y del Servicio Exterior. Como órgano inmediato al Jefe de Estado, corresponde al Ministro de Relaciones Exteriores colaborar directamente con el Jefe de Estado en la formulación de la política internacional y ejecutarla. El Ministro es, además, el Jefe directo del Servicio Exterior.

Objetivos de la política exterior

La política exterior del Ecuador está orientada hacia la consecución de los objetivos siguientes:

1. Defender la soberanía, independencia e integridad territorial del Estado.
2. Respetar y afianzar la vigencia del derecho internacional como base de la convivencia pacífica entre los estados.

35. Codificación 2006-003 (Suplemento del *Registro Oficial* No. 262 de 03/05/2006).

3. Proteger los derechos de los ciudadanos y ciudadanas ecuatorianos en el exterior y sus familias, y propender al mejoramiento de sus condiciones de vida y al mantenimiento de sus vínculos con Ecuador.
4. Promover la *inserción estratégica del Ecuador en la comunidad internacional* de tal modo que la acción externa contribuya a consolidar el Estado Social de Derecho, a fortalecer las instituciones democráticas y el respeto a los derechos humanos, y a promover el desarrollo sustentable.
5. Apoyar un orden económico mundial equitativo, justo y democrático que garantice la paz, el desarrollo y la preservación del ambiente.
6. Elaborar y ejecutar la política exterior como un instrumento para el desarrollo sustentable del Ecuador, que promueva un reparto equitativo de la riqueza, respete la diversidad cultural, preserve el ambiente y dé prioridad a la erradicación de la pobreza.
7. Impulsar la cooperación internacional para el desarrollo, de conformidad con las prioridades nacionales y los Objetivos de Desarrollo del Milenio que plantea la Organización de las Naciones Unidas (ONU).
8. Promover las culturas ecuatorianas en sus diversas manifestaciones.
9. Respalda los esfuerzos de la comunidad internacional para combatir la delincuencia transnacional organizada y la corrupción.
10. Asegurar que la política exterior refleje las aspiraciones de la sociedad ecuatoriana, a la que rendirán cuentas sus responsables y ejecutores (énfasis agregado).

Es curioso que en un mundo como el actual en donde conviven estados tan interdependientes, los objetivos de la Política Exterior ecuatoriana no involucran al menos uno referido puntualmente a los procesos de integración económica y política con otros estados, lo que deja cierta duda acerca del grado de conexión que se supone debe existir entre el “programa constitucional del Estado en el ámbito de las relaciones internacionales y la Política Exterior” con las leyes de desarrollo y los cometidos de las carteras de Estado correspondientes.

Mediante una interpretación extensiva aunque no necesariamente forzada del Objetivo 4, podría entenderse la vocación del Estado ecuatoriano hacia su participación en un esquema o proceso andino y/o latinoamericano de integración. Al parecer, en la agenda de la Política Exterior ecuatoriana no ocupa un lugar preponderante la idea de organizar y formar parte de procesos de integración política y menos de índole comunitaria (supranacional).

Lineamientos estratégicos

Esta parte del PLANEX considera tres ámbitos para la definición de los denominados lineamientos estratégicos, a saber: A) Ejes transversales. B) Áreas geográficas y países prioritarios. C) Organismos internacionales. Veamos los lineamientos que se establecen en cada ámbito:

A) Ejes transversales: Soberanía e integridad territorial del Estado; protección de emigrantes; promoción y protección de los derechos humanos; relaciones económicas internacionales; seguridad; cultura; cooperación internacional para el desarrollo. Veamos rápidamente cada uno de los ejes.

Soberanía e integridad territorial del Estado. En este eje transversal, entre otras cosas, se manifiesta:

Uno de los objetivos primordiales de la política exterior del Ecuador es la preservación de los derechos soberanos en su territorio continental e insular y en el espacio marítimo y el espacio aéreo. Ello implica la defensa de la integridad territorial y los recursos naturales allí contenidos, la instrumentación de políticas y acciones relacionadas con el robustecimiento de las zonas fronterizas, el mejoramiento de la vida de la población y el desarrollo sustentable, *para lo cual lleva adelante acciones de cooperación e integración, en especial con los países sudamericanos. Además el Estado puede, en pleno ejercicio de su soberanía, delegar a algún organismo supranacional el ejercicio de determinadas facultades soberanas, a fin de incrementar su capacidad de negociación y fortalecerse como actor internacional* (énfasis agregado) (p. 27).

Este eje transversal desarrolla lineamientos estratégicos que se aplican de manera general a: asuntos marítimos; la Antártica; el espacio aéreo y temas espaciales. Con ello, se podría decir que si bien este eje transversal alude a la integración, y a la posibilidad de que el Estado ecuatoriano delegue el ejercicio de facultades soberanas a organismos supranacionales, se considera a la integración de una manera “reduccionista”, toda vez que un verdadero proceso de tal naturaleza puede involucrar muchos otros elementos y cometidos que van más allá del simple logro de mayor capacidad negociadora del Estado, o de su fortalecimiento como actor internacional.

En lo que corresponde a los asuntos marítimos, entre otras cosas, se dice: “Participar activamente en los foros marítimos de carácter mundial, regional y subregional, en los temas que sean de interés para el Ecuador”. Con este señalamiento nuevamente se considera a la integración con un alcance muy limitado.

Cuando desarrolla lo pertinente al espacio aéreo y temas espaciales manifiesta: “4.1.14. Propiciar acuerdos de servicios aéreos, tanto con países de la región como extra-regionales, que faciliten el comercio y el turismo del país”. “4.1.15. Participar en las instancias mundiales, regionales y subregionales sobre asuntos aeronáuticos, en los temas que sean de su interés”.

Protección de emigrantes. No se encuentra referencia ni conexión con los temas de integración.

Promoción y protección de los derechos humanos. Entre los lineamientos estratégicos en esta área el PLANEX expresa: “4.3.6. Propiciar el desarrollo de acuerdos y planes de

acción en materia de derechos humanos en los acuerdos regionales y subregionales de integración de los que Ecuador es parte”.

Relaciones económicas internacionales. En este campo el PLANEX considera que:

A fin de disminuir la vulnerabilidad de la economía ecuatoriana, la política exterior propiciará la diversificación de sus mercados externos. Por otra parte, con el objeto de fortalecer su capacidad de negociación internacional, Ecuador se asociará, en los distintos foros internacionales, con otros estados que compartan intereses similares; de modo especial, *con los países sudamericanos y latinoamericanos con los que aspira a lograr una integración en los ámbitos político, económico, social y cultural* (énfasis agregado) (p. 37).

Este señalamiento del PLANEX fija una aspiración del Estado ecuatoriano, que se traduce en la idea de pasar del sistema internacional de asociación con sus pares latinoamericanos para concretar objetivos puntuales (fortificar la capacidad negociadora), hacia los sistemas de integración en varios sectores. Entre los lineamientos estratégicos de esta área están los dos siguientes, que ponen énfasis solamente en el campo económico:

4.4.1. Consolidar los vínculos económicos existentes con los principales socios comerciales del país (*Comunidad Andina*, otros países de América Latina, Estados Unidos y la Unión Europea), para lo que se buscará un mayor acceso a los mercados de productos ecuatorianos; la eliminación de los subsidios y otras medidas que limitan la competitividad; la eliminación de medidas arancelarias y para-arancelarias (*anti-dumping*, zoosanitarias, entre otras) que impiden tanto una ampliación de los montos de intercambio como su estabilización (énfasis agregado).

4.4.17. En los distintos foros internacionales, buscar asociarse a grupos de países con intereses similares, para mejorar la capacidad de negociación. Promover la aplicación de los mecanismos de concertación existentes en temas económicos, tanto a nivel regional (*CAN, CASA, SELA, ALADI*, entre otros), como universal (Grupo de los 77, Grupo de los 20) (énfasis agregado).

Acerca de *Seguridad, Cultura y Cooperación internacional para el desarrollo*, no se encuentra referencia alguna a la integración.

B) Áreas geográficas y países prioritarios: Colombia; Perú; América del Sur; América Latina; Estados Unidos de América; Unión Europea; España; Cuenca del Pacífico; Rusia y la Comunidad de Estados Independientes. Revisemos lo concerniente a cada uno.

Colombia

De igual modo, su compromiso por la integración sudamericana se manifiesta en el constructivo apoyo que brindan a la Comunidad Sudamericana de Naciones (CASA) y a la Iniciativa para la Integración de Infraestructura Regional Sudamericana (IIRSA).

El desarrollo del mecanismo de integración subregional de la Comunidad Andina ha permitido que los vínculos económicos entre ambos países se multipliquen, habiéndose alcanzado un intercambio comercial cercano a los 2.000 millones de dólares en el año 2005. Por su parte, la inversión colombiana en Ecuador alcanzó los 7.700 millones de dólares en el 2003. Y los programas de integración fronteriza y energética han experimentado un notable desarrollo en los últimos años (énfasis agregado) (p. 50).

Entre los lineamientos estratégicos del PLANEX en este ámbito constan:

4.8.4. Consolidación de los vínculos de amistad y cooperación entre ambos países mediante la profundización de la integración cultural, social y económica.

4.8.5. *Trabajo conjunto para el fortalecimiento de la Comunidad Andina, como foro que contribuya a consolidar los sistemas democráticos y el desarrollo equitativo y sustentable en ambos países. Se recurrirá a la capacidad de negociación conjunta con otros países y grupos de países (p. 51).*

4.8.7. Privilegiar programas de comercio con incremento de las exportaciones ecuatorianas y de la integración económica, energética y cultural, así como del intercambio turístico.

4.8.8. Optimizar el acceso a recursos internacionales de cooperación para ejecutar proyectos de integración binacionales y el fortalecimiento institucional en la zona fronteriza.

4.8.10. *Respaldar las gestiones que realizan organismos regionales y universales como la CAN, el Grupo de Río, la Comunidad Sudamericana de Naciones, ALADI, OEA, ONU, entre otros, para propiciar una solución pacífica del conflicto colombiano (énfasis agregado).*

Perú

En el ámbito regional y subregional, ambos países colaboran estrechamente en la Comisión del Pacífico Sur, el Tratado de Cooperación Amazónica, ALADI, SELA, Comunidad Sudamericana de Naciones (CASA), IIRSA, y actúan de modo conjunto en temas internacionales, utilizando los mecanismos de concertación política tales como la CAN y el Grupo de Río.

La pertenencia de ambos a la Comunidad Andina y el desarrollo de programas bilaterales en los últimos años se han visto reflejados, tanto en la variedad y monto de más de 500 proyectos realizados en la zona fronteriza, como en el notable incremento del intercambio comercial y la apertura de los mercados, que han reportado cifras interesantes (1.200 millones de dólares en 2005, frente a 260 millones en 1999). P. 53 (énfasis agregado).

Entre los lineamientos estratégicos establecidos en el PLANEX respecto de la relación con Perú están:

4.9.3. *Profundización de la cooperación en el seno de la Comunidad Andina de tal modo que el proceso de integración contribuya al mejoramiento de las condiciones de vida al priorizar programas que generen empleo, fortalezcan las políticas sociales y ayuden a disminuir la inequidad, la pobreza y los problemas de salud de la población.*

4.9.5. Profundizar, facilitar y ampliar los programas de *integración energética* (énfasis agregado).

A la luz de los lineamientos transcritos se colige que Ecuador busca un sistema de relación especial con Colombia y Ecuador, que evidentemente obedece a su condición de estados limítrofes, relación que se explicita en el marco de lo establecido en el Acuerdo de Cartagena, norma fundacional de la Comunidad Andina, con aplicaciones que no solo se concentran en logros de orden económico sino además de naturaleza social.

América del Sur, América Latina

La integración económica, social y cultural de América Latina, y la concertación de sus posiciones políticas a nivel regional en temas de política internacional, son una prioridad para la política exterior del Ecuador. De allí que se impulsarán todos los procesos y mecanismos establecidos con ese fin a nivel subregional y regional.

4.10.1. *Robustecer los esquemas de integración regional de los que el país es parte, y propiciar una mayor coordinación de las políticas económicas y sociales de los países miembros, de la complementariedad de sus economías y de la solidaridad regional.*

4.10.2. *Fortalecer la Comunidad Andina (CAN), la Comunidad Sudamericana (CASA) y el Grupo de Río, como mecanismos de concertación política en los grandes temas internacionales, de modo que permitan incrementar la capacidad de negociación que tienen sus miembros por separado.*

4.10.3. *Profundizar la integración económica y social de la CAN, mejorando la coordinación de políticas macroeconómicas con miras al eventual establecimiento de una unidad monetaria, así como la plena utilización del mercado subregional como plataforma para lograr mayor competitividad y proyección a nivel internacional.*

4.10.4. *Participar activamente en los mecanismos de análisis y decisión de la Comunidad Andina, CASA y ALADI.*

4.10.5. *Impulsar la convergencia de la CAN y el MERCOSUR para la creación de un espacio político, económico, social y cultural sudamericano, apuntalado por la Comunidad Sudamericana, y la ejecución de los proyectos de infraestructura física que integran la iniciativa conocida como IIRSA, la que debe realizarse con respeto de los intereses de las poblaciones más vulnerables y sin generar impactos ambientales negativos.*

4.10.8. *Fortalecer los vínculos entre los esquemas de integración a los que pertenecen los países miembros de ALADI, y robustecer la vinculación de éstos con CARICOM.*

4.10.9. *Dinamizar la cooperación e integración energética de la región, sea a través de OLADE, o de otros mecanismos multilaterales y bilaterales (énfasis agregado) (pp. 55-57).*

Definitivamente el grueso de la proyección externa del Estado ecuatoriano hacia los mecanismos y procesos de integración apunta al espacio continental sudamericano y a América Latina, incluso con eventual extensión al área centroamericana, siempre tomando en consideración las diferentes opciones que surgen de más de un esquema de inte-

gración existente en esta área del planeta (CAN, MERCOSUR, ALADI, UNASUR), con la perspectiva de converger hacia la integración sudamericana.

Con tal proyección, se plantea la opción de trabajar en los campos de integración económica, social, política y cultural de América Latina, incluso en el ámbito energético, tanto en la dinámica intergubernamental como en la supranacional o comunitaria. Aparecen también como líneas rectoras para este ejercicio que se propone el Estado ecuatoriano la coordinación política, la complementariedad de las economías, la solidaridad internacional, la profundización de los procesos y su participación en la toma de decisiones.

Estados Unidos de América

4.11.6. En los foros de comercio, se unirá el país con sus socios andinos para negociar con Estados Unidos (pp. 58-59).

Este ideal de la Política Exterior ecuatoriana en realidad no ha pasado de eso, una declaración lírica, ya que como es de dominio público, Colombia, Ecuador y Perú emprendieron, unos con más éxitos que otros, un proceso de negociación de tratados de libre comercio con la potencia del norte, con lo cual se han producido casi insuperables inconvenientes a la Comunidad Andina.

Unión Europea

El PLANEX defiende que el Ecuador comparte valores y tradiciones históricas con los estados miembros de la Unión Europea; entre ellos, la necesidad de fortalecer la democracia y el Estado de derecho, y de impulsar el desarrollo del derecho internacional –en especial en las áreas ambiental y penal– y la promoción del multilateralismo como procedimiento adecuado para el desarrollo de las relaciones internacionales. Los lineamientos estratégicos en la relación del Ecuador con la Unión Europea son:

4.12.3. Desarrollar una mayor vinculación económica y política con la Unión Europea, tanto por la vía bilateral como mediante negociaciones entre ésta y la Comunidad Andina y la Comunidad Sudamericana de Naciones, profundizando los acuerdos de comercio e inversiones.

4.12.4. Establecer acuerdos que mejoren las condiciones del acceso de los productos ecuatorianos al mercado europeo. Dichos acuerdos deberán ser compatibles con los regímenes internacionales negociados en organismos multilaterales (OMC, OMPI, entre otros); y fomentarán el comercio mutuo, evitando la incertidumbre y el uso discrecional y unilateral de medidas arancelarias y para-arancelarias (por ejemplo las medidas zoosanitarias y *anti-dumping*) o condicionamientos políticos ajenos al ámbito comercial (pp. 60-61).

Por virtud de estas dos directrices, se concluye que las relaciones de Ecuador con la Unión Europea se desenvolverían exclusivamente en la dinámica intergubernamental bilateral, e internacional cuando la CAN negocie acuerdos internacionales con la Unión Europea para lograr mayor éxito en lo tocante al comercio y la inversión.

Llama la atención cuando en esta parte el PLANEX expresa que la Unión Europea negociará con la Comunidad Sudamericana de Naciones, esquema de integración inexistente hasta la fecha.

En los casos de *España, Cuenca del Pacífico, Rusia y la Comunidad de Estados Independientes*, no se encontró vinculación con el tema de la Integración.

C) Organismos Internacionales: Sobre este tópico el PLANEX imprecisamente habla de “apoyo para fortalecer la integración”, con lo que no se deja expresamente establecido que Ecuador trabajará para “profundizar” los procesos de los cuales ya participa, sino que se deja el asunto para una interpretación amplia en la cual cabrían múltiples opciones para el accionar del Estado. El aludido lineamiento expresa: “4.16.7. Apoyar a los organismos de integración regional y subregional para fortalecer el proceso de integración andina, sudamericana y latinoamericana” (pp. 67-68).

Desarrollo institucional

El instrumento en análisis desarrolla que se debe realizar un especial esfuerzo para fortalecer la capacidad de acción de la Cancillería en la promoción económica externa del país, consolidando los mercados existentes y abriendo nuevos, para los cual se capacitará a los diplomáticos y se fortalecerá el vínculo de la Cancillería con los sectores productivos. Así mismo contempla que la relación fluida y permanente con los centros académicos y las organizaciones de la sociedad civil permitirá una mejor capacidad del Servicio Exterior para analizar el impacto en Ecuador de las tendencias y cambios en el escenario internacional. Se propone un desarrollo de la institucionalidad de la Política Exterior sobre la base de los siguientes lineamientos estratégicos:

- 5.3. Mantener una fluida relación con el Congreso Nacional, al que el MRE informará de manera oportuna sobre los hechos más destacados de las relaciones externas.
- 5.5. Formar equipos de negociadores en temas económicos, con carácter permanente y bajo la coordinación de la Cancillería. Habrá un procedimiento de consultas sistemáticas con los sectores productivos y con entidades estatales vinculadas a la producción.
- 5.6. Establecer mecanismos permanentes de consulta con expertos nacionales en distintos temas, para la preparación de las posiciones e informes del país en foros internacionales.
- 5.10. Apoyar la instalación de un sistema permanente de planificación de la política exterior que permita contar con un Plan de largo plazo, el PLANEX 2020; planes de mediano plazo (4

años), y planes operativos anuales en los que la asignación de recursos en la Cancillería y el exterior responda a los objetivos estratégicos determinados en el PLANEX y las metas fijadas en los planes de mediano plazo (pp. 69-71).

Estos lineamientos se concretan en que el desarrollo institucional de la Cancillería estará basado en al menos cuatro puntos, a saber: relación, apoyo y coordinación entre las funciones del Estado, consulta y participación de actores relacionados, intervención de equipos de negociadores capacitados, planificación de la Política Exterior nacional.

Política de comunicación

No existe referencia expresa a los procesos de integración. Únicamente se destaca el deseo de llegar a los ciudadanos con información relacionada con la ejecución de la política exterior ecuatoriana, que, como se ha visto, incluye lo referido a la integración (pp. 73-75).

PLAN NACIONAL DE DESARROLLO 2007-2010. POLÍTICA EXTERIOR ECUADOR: LAS RELACIONES ECONÓMICAS INTERNACIONALES

En la Presentación de este documento, la entonces Ministra de Relaciones Exteriores, Comercio e Integración, María Fernanda Espinosa Garcés, expresó, entre otras cuestiones, lo siguiente: “Igualmente, *el Gobierno cree en la integración regional, por lo que apoyaremos sin restricciones a la Comunidad Andina y al establecimiento y consolidación de UNASUR, y trabajaremos con el MERCOSUR para lograr el gran objetivo de la integración sudamericana*” (énfasis agregado) (p. 7).

Vale entonces resaltar a continuación los criterios más relevantes expuestos por algunos consultores en materia de Integración Andina y Latinoamericana, que sirvieron como insumos para diseñar el Plan cuatrienal que ahora se analiza:

- Javier Ponce Leiva, al realizar la introducción al documento, refiere concretamente que se ubican dos percepciones generalizadas de los sectores consultados, la primera, la *poca confianza en el proceso de integración andino*, cuyos resultados positivos para Ecuador no son reconocidos; y la segunda, la *marcada disposición de los ecuatorianos por impulsar la integración sudamericana*.
- Washington Herrera, ex Coordinador de la Junta del Acuerdo de Cartagena, manifestó que la alta concentración de exportación de productos primarios, el escaso ahorro nacional y la baja competitividad de las empresas son problemas no resuel-

tos de la economía del país. Por lo que *propone concentrar la acción ecuatoriana en la CAN en fortalecer la integración fronteriza*, priorizando la infraestructura en el caso del Perú, y la resolución del transporte de mercancías en el caso de Colombia. También sostuvo que las *tareas centrales de UNASUR* deberían ser el *impulso a la infraestructura suramericana (IIRSA); la integración financiera (Banco del Sur); la integración energética –incluyendo desarrollo de proyectos hidroeléctricos para demanda interna y exportación–; y el fortalecimiento de la información y comunicación regional*. Defiende que es prioritario el *diseño de mecanismos para hacer frente a las asimetrías entre los países miembros*.

- Leonardo Mejía, ex Secretario Adjunto de ALADI, estima que los pilares son el IIRSA, para la integración física, y *el patrimonio CAN-Mercosur*. Plantea la coordinación con esos sistemas para acelerar la convergencia comercial, o la alternativa de que los países miembros amplíen a la región las preferencias otorgadas a terceros como EU, Japón, China, UE, etc. Alerta sobre el riesgo de que la nueva entidad adopte una agenda excesiva, por lo que recomienda priorizar su acción, a más de los campos señalados por Washington Herrera, hacia la educación, cultura y ciencia y tecnología.
- Grace Jaramillo, FLACSO, postula que es necesario *replantear el enfoque de la integración*, lo que pasa por *el impulso a la integración de las instituciones, de tal modo que se posibilite un mecanismo ágil de solución de controversias; procesos amplios y simplificados de toma de decisiones; convergencia de políticas públicas –no solo de comercio, sino salud, educación, ciencia y tecnología, fitosanitarias*. Añade que *la integración debe ser vista como un escudo frente a los efectos negativos de la globalización, lo que requiere voluntad política para rendir atribuciones soberanas al ente supranacional*. Duda sobre la existencia de dicha voluntad por parte de importantes actores suramericanos como Brasil, Chile, Venezuela y Argentina, por razones internas y externas. *Concuerda con la necesidad de una geometría variable con varias velocidades en UNASUR, y puntualiza que las medidas para corregir asimetrías deben pensarse en términos de regiones más que de países*. Luego de destacar la *importancia de la CAN como mercado del 70 por ciento de los productos industriales ecuatorianos y su función de trampolín para la exportación en varias áreas*, explica la necesidad de políticas de respaldo a la producción con valor agregado y el desarrollo de la biotecnología. Frente a las falencias institucionales de la CAN mencionadas por Washington Herrera dice que *las decisiones dejen de ser tomadas por consenso; que Ecuador establezca su política de comercio exterior a partir de la CAN; y que el Secretario General asuma liderazgo del proceso* (pp. 13-14).

PLAN NACIONAL DE DESARROLLO 2007-2010. POLÍTICA EXTERIOR

En la Introducción de este importante documento de corte “instrumental”, cuando era octubre de 2007, el Embajador Javier Ponce Leiva, Coordinador de Política Exterior, entre otras cosas, manifestaba:

(...) este Plan de Desarrollo refleja las prioridades e ideología del actual Gobierno, que decidió respetar el amplio marco que ofrecen los consensos del Planex 2020, concretándolos en metas y programas realizables y mensurables en los cuatro años de duración de su mandato (...).

El texto se inicia con una sinopsis del Plan Nacional de Desarrollo 2007-2010 del que este capítulo forma parte. Establece siete políticas para la acción externa del país, y, partiendo de los lineamientos establecidos en el Planex 2020 para cada tema, define una o varias metas mensurables para cada uno de ellos, con sus respectivos programas y estrategias.

(...) Este rico patrimonio cultural, económico y social y nuestra disposición de apertura cultural y económica debería permitirnos, con la dirección adecuada, dar un aporte enriquecedor a una región de raíces comunes que se siente cada vez más solidaria, con vocación integradora y que reclama un puesto digno en la comunidad internacional (pp. 6-7) (énfasis agregado).

Entre los principios del Plan Nacional de Desarrollo 2007-2010 consta uno que tiene relación directa con el papel que deben cumplir los ciudadanos frente a cuestiones trascendentes para el Estado y la sociedad (respeto al principio democrático), como lo es el ámbito de los procesos de integración, así expresa:

Las orientaciones éticas que guían el Plan Nacional de Desarrollo se fijan dentro de una concepción igualitaria y democrática de la justicia que se expresa en tres dimensiones: (...) –*La justicia democrática participativa*: en una sociedad políticamente justa, todos y todas deben contar con el mismo poder para contribuir al control colectivo institucionalizado de las condiciones y decisiones políticas que afectan su destino común, lo que debe entenderse como la defensa de los principios de igualdad política, participación y de poder colectivo democrático (p. 10).

Este documento propone ocho estrategias para el logro de sus objetivos,³⁶ que conjun- gan las dimensiones social, económica, cultural y política, esencia de la vida de los seres humanos en sociedad. A continuación señalo y explico la segunda estrategia, que tiene relación directa con la Integración:

36. 1. Desarrollo interno, inclusión social y competitividad real. 3. Diversificación productiva. 4. Integración territorial y desarrollo rural. 5. Sustentabilidad del patrimonio natural. 6. Estado con capacidades efectivas de planificación, regulación y control. 7. Democratización económica y protagonismo social. 8. Garantía de derechos.

2. *Relaciones internacionales soberanas e inserción inteligente y activa en el mercado mundial*. La integración subregional y el fortalecimiento de los mercados Sur-Sur se consideran prioritarios. (...). P. 12.

OBJETIVO 5. *Garantizar la soberanía nacional, la paz y auspiciar la integración latinoamericana*.

Fundamento

(...) Tomando en consideración este contexto histórico, político y cultural, *el actual Gobierno nacional está empeñado en la formulación de un plan de desarrollo* que, entre otras cosas, garantice eficazmente la paz y la soberanía nacional, y permita la *inserción inteligente del Ecuador en el orden económico y político resultante de la globalización*, sobre la base del respeto a la identidad nacional y al reconocimiento de la diversidad étnica, cultural, social, económica y política de los distintos grupos humanos que comparten el territorio ecuatoriano.

(...) En ese sentido, afirmar la soberanía nacional requiere no solo el desarrollo de una política exterior enmarcada en *relaciones internacionales de mutuo respeto y cooperación, consistente con los principios de la autodeterminación de los pueblos, la no injerencia en los asuntos internos de otros países, la búsqueda de la paz, la defensa de la soberanía nacional y el mantenimiento de relaciones amistosas y de buena vecindad con los países limítrofes*, sino que, por encima de todo, involucra el desarrollo de un marco institucional y un entorno social que garantice el goce pleno de los derechos humanos por parte de todos los ecuatorianos, particularmente de los derechos económicos sociales y culturales (pp. 13-15) (énfasis agregado).

Llama poderosamente la atención que el referido Objetivo 5 pomposamente contempla, entre otros elementos: “auspiciar la integración latinoamericana”, el desarrollo de su contenido no hace alusión puntual alguna a los procesos de integración, sino que únicamente se refiere a tópicos de la proyección externa del Estado hacia el concierto internacional, en orden al respeto de la soberanía y a principios del derecho internacional. Tal objetivo, por lo tanto, queda fijado como una simple declaración lírica.

POLÍTICA EXTERIOR 2007-2010. DIAGNÓSTICO

Este documento reconoce el ideal de la Integración como una tarea por lograr por parte del Ecuador, pero no menciona la necesidad de construir un esquema o proceso de integración que permita alcanzar las aspiraciones del país en los planos interno como externo. Tampoco hace referencia alguna a objetivos típicos de los procesos de integración con un norte ambicioso, por ejemplo, formar un mercado común o una unión económica; solo habla de “avanzar en acciones y programas” aplicados a campos muy amplios y generales como la “inserción eficiente en el sistema económico”, lo que da la idea de la búsqueda de adelantos circunscritos solo en la dinámica intergubernamental mas no supranacional. Veamos lo que allí se expresa:

(...) *La integración latinoamericana es una aspiración que se encuentra profundamente enraizada en los pueblos de la región –y de modo marcado en el ecuatoriano–, siendo previsible que en los próximos años se fortalezcan las iniciativas para avanzar en acciones y programas que multipliquen los vínculos económicos, culturales, sociales, políticos, de protección ambiental y de desarrollo de infraestructura entre los distintos países de América Latina, en especial en Sudamérica.*

La acción en favor de la integración suramericana ha cobrado nuevo impulso y se inscribe en los requerimientos nacionales para acceder a una inserción eficiente en el sistema económico internacional. La creación del UNASUR (sic) es prueba de la decisión política de los gobiernos de la región por avanzar en ese camino (énfasis agregado) (p. 18).

Lo que viene a continuación deja ver la corta visión de las oportunidades que puede acarrear un proceso de integración política, cuando únicamente se considera que por vía de la “asociación” –no se dice “integración”– con estados de intereses similares se podría incrementar la capacidad de negociación internacional. Además, se argumenta a favor del establecimiento de relaciones multilaterales y bilaterales, pero únicamente en la dinámica internacional y no supranacional-comunitaria.

En lo que tiene que ver con las relaciones bilaterales se privilegia las que se establecerían con los países latinoamericanos, con Estados Unidos de América, la Unión Europea, los países asiáticos, la Comunidad de Estados Independientes, los países de Medio Oriente, al efecto manifiesta:

(...) A lo largo de su historia, Ecuador ha buscado *asociarse* en distintos ámbitos con estados de intereses similares a fin de incrementar su capacidad de negociación internacional. *La política exterior del país mantendrá esta vocación, tanto en las relaciones multilaterales, como en las negociaciones que realicemos con las principales economías del mundo, tales como la negociación entre la CAN y la Unión Europea.*

(...) Frente a esta realidad, sin descuidar el apoyo al multilateralismo, es indispensable fortalecer el diseño y la ejecución de políticas bilaterales que afiancen las relaciones de amistad y cooperación con los principales socios del Ecuador (énfasis agregado) (pp. 19-20).

Entre las directrices de la Política Exterior se destaca una que contiene importantes cometidos a lograr en el marco de la Integración; sobre el particular refiere la “integración latinoamericana productiva, social y ambiental”, como mecanismo de potenciar la presencia soberana de los estados partes en la comunidad internacional y como motor del desarrollo humano sustentable (p. 22).

El Plan Nacional de Desarrollo que se analiza incorpora siete políticas, de entre las cuales se ubican las que tienen relación con la Integración:

Política tres: Coadyuvar a la promoción y protección de los derechos de los ecuatorianos en el exterior (pp. 55 y ss.)

META 3.6. *Fortalecer la capacidad de negociación ecuatoriana en el tema migratorio a través de acciones conjuntas en el marco del proceso de integración regional, en organismos tales como: CAN, MERCOSUR, Grupo de Río y UNASUR.*

(...) Estrategia: Realizar acciones conjuntas en la CAN, UNASUR, MERCOSUR y Grupo de Río para obtener regularización y respeto a los derechos de los emigrantes, incluida la reunificación familiar en los países de destino (Estados Unidos y Unión Europea) y tránsito por México y Centroamérica.

Lineamiento estratégico PLANEX 2020: Protección de emigrantes (Énfasis agregado) (pp. 60-61).

Política cuatro: Robustecer la posición del Ecuador en la economía internacional.

Dentro de la Justificación de esta Política se ubica a la “integración como proyecto integral permanente”, como instrumento para alcanzar el desarrollo, proyección externa y eliminar las asimetrías entre países del entorno (pp. 67-68).

Se señalan también las metas siguientes: META 4.4. Incrementar los márgenes de participación del Estado en las utilidades petroleras. META 4.5. Propiciar nuevos entendimientos de integración regional a fin de avanzar negociaciones de bloque con la Unión Europea. META 4.6. Profundizar las relaciones con los representantes de los mecanismos de integración, en particular con la Comisión de Vecindad, para el desarrollo efectivo de los programas de integración y cooperación con Colombia. META 4.7. Potenciar a la Comunidad Andina con propuestas concretas para el tratamiento de temas que consoliden el desarrollo humano equitativo y sustentable de ambos países. META 4.8. Consolidar la integración y el comercio, mediante el fortalecimiento de la Comunidad Andina como organismo para impulsar las relaciones económicas con el Perú. META 4.9. Profundizar el proceso de integración y de negociaciones comerciales en los organismos regionales de América Latina. META 4.10. Propiciar la integración y el comercio mediante el fortalecimiento de los mecanismos de integración subregionales y regionales. META 4.11. Apoyar la plena utilización del mercado de la Comunidad Andina mediante mecanismos de integración, ampliación y diversificación comercial. META 4.12. Incrementar la balanza comercial entre los países de la región; especialmente de la Comunidad Andina. META 4.13. Propugnar la creación de un espacio político y económico suramericano mediante la convergencia de UNASUR, la CAN y el MERCOSUR. META 4.14. Activar los acuerdos de complementación económica suscritos con los países miembros de ALADI para fortalecer los esquemas de integración que favorezcan el intercambio comercial y el desarrollo de los mercados regionales. META 4.16. Potenciar la implementación del Acuerdo de Diálogo Político y Cooperación y del Acuerdo de Asociación, como mecanismos favorables para el proceso de integración y de negociaciones comerciales con la Unión Europea. META 4.24. Establecer condiciones necesarias para que las exportaciones puedan crecer dinámica y sostenidamente. Apoyar a los sectores de producción nacional con usos intensivos de mano de obra (pp. 68-83).

Política cinco: Alinear la Política Exterior con la política interna y rendir cuentas a los ciudadanos. En ese marco se encuentra las siguientes metas: META 5.17. Ampliar e impulsar las relaciones Sur-Sur con América del Sur y América Latina a través de la concertación a nivel regional y subregional en temas de política internacional. META 5.18. Impulsar el proyecto del eje multimodal Manta-Manaos, suscrito entre los presidentes de Ecuador y Brasil para la ampliación de los espacios de cooperación política, social, económica comercial y cultural. META 5.19. Apoyo a la puesta en marcha de la Secretaría de UNASUR en Quito (pp. 105-108).

ORIENTACIONES DE LOS ACTORES POLÍTICOS RELEVANTES DE ECUADOR SOBRE LAS ESTRUCTURAS, MECANISMOS Y PROCESOS DE LA INTEGRACIÓN POLÍTICA EN LA REGIÓN SUDAMERICANA Y EN LA COMUNIDAD ANDINA

A continuación se hace una especie de sistematización de las orientaciones que tienen los actores políticos más relevantes del país: ejecutivo, Asamblea Constituyente, Asamblea Nacional, partidos políticos, formadores de opinión ciudadana, respecto de las estructuras, mecanismos y procesos de la integración política en la región sudamericana y en la CAN.

PODER EJECUTIVO

La orientación del Poder Ejecutivo en lo tocante a la integración se encuentra básicamente en los contenidos de los Planes Nacionales revisados, que eventualmente hallan aplicación en el terreno de lo fáctico, como es el caso de la suscripción del Tratado Constitutivo de la Unión de Naciones Sudamericanas (UNASUR), aunque a todas luces se trata de un proceso que deja muchas inquietudes antes que certezas, esto debido a las últimas actuaciones centradas en problemas de variada índole, que ha comprometido a varios países integrantes de la Organización, están como ejemplos, los siguientes: la Declaración de UNASUR, de 12 de septiembre de 2008, referida a la crisis política que sufrió Bolivia, y la Declaración de La Moneda, adoptada en Santiago de Chile, el 15 de septiembre de 2008, con la cual, entre otras cuestiones, se creó una “Comisión de apoyo y asistencia al gobierno de Bolivia”; la Declaración de Montevideo sobre Migración, Desarrollo y Derechos Humanos de las Personas Migrantes, adoptada en Montevideo, el 19 de septiembre de 2008; la aprobación de los Consejo de Defensa y de Salud Suramericanos, en Santiago de Chile, el 16 de diciembre de 2008; la Declaración de la UNASUR frente a la Propuesta de Directiva de la Unión Europea para sancionar a empleadores de inmigrantes irregulares, de 12 de febrero de 2009; la Declaración de

Santiago de Chile, a raíz de la Primera Reunión del Consejo de Defensa Suramericano (CDS), de 10 de marzo de 2009; la Declaración Presidencial de Quito, adoptada en Quito en el marco de la III Reunión Ordinaria del Consejo de Jefas y Jefes de Estado y de Gobierno de la UNASUR, el 10 de agosto de 2009; la Declaración Conjunta de la Reunión Extraordinaria del Consejo de Jefas y Jefes de Estado de la UNASUR, aprobada en San Carlos de Bariloche, el 28 de agosto de 2009; la Decisión de Quito, sobre Solidaridad de UNASUR con Haití, de 9 de febrero de 2010; y el Comunicado de UNASUR ante el terremoto en Chile, también adoptado en Quito, el 27 de febrero de 2010.³⁷

Así por ejemplo, se ha destacado que nació con un telón de fondo complicado y en medio de tropezones (renuncia del ex presidente ecuatoriano Rodrigo Borja, a su designación como secretario ejecutivo, el rechazo de Colombia a asumir la Presidencia Pro Tempore, los efectos latentes de la crisis entre Quito, Bogotá y Caracas, reparo y condicionamientos de Colombia para crear el Consejo de Defensa Suramericano).³⁸

A ello añadiría la indefinición que existe en el Tratado sobre el modelo de integración que busca América del Sur, la poco práctica estructura institucional creada y los pobres mecanismos normativos y otros contemplados para lograr los objetivos fijados, que antes que consolidar un poder ejecutivo supranacional dejan en manos de los estados la búsqueda de una serie de esclarecimientos, que pueden conllevar empleo excesivo de tiempo e incertidumbres al proceso. A mi juicio, la UNASUR podría ser considerada un foro internacional más, que difícilmente podrá llevar a la región a un esquema de integración política de importante calado.

En este ámbito de las relaciones internacionales de integración del Ecuador también se debe agregar la “Declaración de la República del Ecuador para su incorporación a la Alternativa Bolivariana para los pueblos de nuestra América”, ALBA, suscrita por el presidente Rafael Correa Delgado en Maracay, Venezuela, el 24 de junio de 2009, en cuya parte declarativa expresa:

1. Su decisión de hacer suyos los principios enunciados en la Declaración Conjunta, constitutiva de la Alternativa Bolivariana para los Pueblos de Nuestra América (ALBA), suscrita el 14 de diciembre de 2004 entre el Presidente de la República Bolivariana de Venezuela y el Presidente del Consejo de Estado de la República de Cuba, a la que han adherido la República de Bolivia, la República de Nicaragua, la Mancomunidad de Dominica, la República de Honduras y San Vicente y las Granadinas; y,
2. Su solicitud de admisión como miembro pleno del ALBA, sujeta a las disposiciones de su ordenamiento constitucional.³⁹

37. <http://www.comunidadandina.org/sudamerica.htm> (04/04/2010).

38. De esa manera lo destacó el diario *El Comercio* del sábado 24 de mayo de 2008, p. 8, Cuaderno 1.

39. <http://www.alianzabolivariana.org/modules.php?name=News&file=article&sid=4605> (01-04-2010).

Es curioso que en la misma fecha y lugar de presentación de la referida Declaración ecuatoriana los integrantes de la ALBA emitieron la “Declaración de la VI Cumbre Extraordinaria del ALBA-TCP”, en la cual, entre otras cuestiones, se manifiesta:

Los Jefes de Estado y de Gobierno de los países miembros de la Alternativa Bolivariana para los Pueblos de Nuestra América-Tratado de Comercio de los Pueblos (ALBA-TCP), en ocasión del 188 aniversario de la victoria Patriótica en la Batalla de Carabobo, reunidos en el marco de su VI Cumbre Extraordinaria en la ciudad de Maracay, Estado Aragua, República Bolivariana de Venezuela, el 24 de junio de 2009, ratificaron su compromiso con los principios estipulados en la Declaración Conjunta del 14 de diciembre del 2004, suscrita entonces por los Presidentes de la República de Cuba y la República Bolivariana de Venezuela.

Reconocieron el fortalecimiento del ALBA-TCP y su consolidación como una *alianza política, económica y social en defensa de la independencia, la soberanía, la autodeterminación y la identidad de los países que la integran y de los intereses y aspiraciones de los pueblos del Sur frente a los intentos de dominación política y económica*. Reconocieron también los notables avances del ALBA-TCP como mecanismo de unión de nuevo tipo basado en la solidaridad, la cooperación, la complementariedad y la justicia. Destacaron su vital importancia en la construcción de un mundo pluripolar, que reconozca la integración de valores sociales y humanistas heredados de nuestros pueblos originarios.

De la misma manera:

Saludaron con mucho entusiasmo la incorporación de la República del Ecuador al ALBA-TCP, después de su activa participación como país observador, y en vista de que hay una identidad y una proyección histórica conjunta. La lucha del Ecuador contra las inequidades locales y globales, y la solidaridad de su Gobierno con los procesos integracionistas latinoamericanos, constituirán, sin lugar a dudas, un aporte significativo a la consolidación del ALBA.

Decidieron que, a partir de esta VI Cumbre, el ALBA-TCP se denominará “Alianza Bolivariana para los Pueblos de Nuestra América-Tratado de Comercio de los Pueblos” (ALBA-TCP) en el entendido que el crecimiento y fortalecimiento político del ALBA-TCP la constituye en una fuerza real y efectiva.⁴⁰

Sobre lo último, sorprende que esta denominada “Alternativa” ahora engloba a un Tratado de Comercio para los Pueblos, por lo tanto, es visible que dicho instrumento internacional debió haber sido puesto en consideración de la Asamblea Nacional del Ecuador, previo a su ratificación y vigencia, esto de conformidad con lo dispuesto en el artículo 418 de la Constitución de la República del Ecuador de 2008, que ordena:

40. <http://www.alianzabolivariana.org/modules.php?name=Content&pa=showpage&pid=1984> (01/04/2010).

Art. 418. A la Presidenta o Presidente de la República le corresponde suscribir o ratificar los tratados y otros instrumentos internacionales.

La Presidenta o Presidente de la República informará de manera inmediata a la Asamblea Nacional de todos los tratados que suscriba, con indicación precisa de su carácter y contenido. Un tratado solo podrá ser ratificado, para su posterior canje o depósito, diez días después de que la Asamblea haya sido notificada sobre el mismo. (énfasis agregado).

A lo que hay que añadir que el art. 419 de la Constitución manda: “La ratificación o denuncia de los tratados internacionales requerirá la aprobación previa de la Asamblea Nacional en los casos que: (...) 2. Establezcan alianzas políticas o militares. (...) 6. Comprometan al país en acuerdos de integración y de comercio”.

ASAMBLEA CONSTITUYENTE

El Presidente Constitucional de la República, mediante Decreto No. 2, de 15 de enero de 2007, convocó a una consulta popular, de conformidad con el art. 104.2 de la Constitución Política de la República de 1998, para la instalación de una Asamblea Constituyente; por su parte, el H. Congreso Nacional, mediante Resolución No. R-28-038, de 13 de febrero de 2007, calificó de urgente la convocatoria a dicha consulta popular.

Al Tribunal Supremo Electoral, de conformidad con normas constitucionales y legales, le correspondió organizar, dirigir, vigilar y garantizar la Consulta Popular Nacional del 15 de abril de 2007, convocada por el Presidente de la República.

Mediante Consulta Popular Nacional de 15 de abril de 2007, el pueblo ecuatoriano aprobó la convocatoria a la Asamblea Constituyente; el 30 de septiembre de 2007, eligió a los ciento treinta representantes para integrar el Organismo, que tiene una amplia mayoría formada por constituyentes que pertenecen a la línea política gobiernista. Según el art. 1 del Mandato Constituyente No. 1, la Asamblea Constituyente, por mandato popular del 15 de abril de 2007, asume y ejerce el poder constituyente con plenos poderes.

La Asamblea Constituyente⁴¹ ecuatoriana abordó lo concerniente a la integración subregional en la Mesa 9, denominada de “Soberanía, relaciones internacionales e integración”. A continuación se destacan las líneas de trabajo principales de esta mesa de trabajo.

- En el documento titulado *Una política exterior basada en la soberanía y la integración regional, por una sociedad sustentable y equitativa, por un orden mundial más*

41. <http://www.asambleaconstituyente.gov.ec>

justo y democrático, constan los principios, políticas y objetivos de la Política Exterior ecuatoriana, planteados por la Asamblea Constituyente. El documento hace especial alusión a las relaciones con Colombia, al Plan Ecuador, política migratoria, al comercio exterior, la diplomacia verde, la soberanía y a la integración. Concretamente, en este documento se hace referencia a la integración de la siguiente manera:

Tema	Política
<i>Principios</i>	<ul style="list-style-type: none"> • 3.- Integración latinoamericana integral: política, productiva, social y ambiental. • 5.- Fortalecimiento de la agenda positiva con los países vecinos.
<i>Integración</i>	<ul style="list-style-type: none"> • Integración integral que supere la visión económica e instrumental. • Integración basada en la cooperación y la solidaridad con resultados prácticos. • Integración para un mejor posicionamiento de la región en el contexto internacional. • UNASUR como proyecto prometedor: Secretaría permanente en Quito. Temas: infraestructura, soberanía energética, educación, agenda social. • Financiamiento: Banco del SUR. • CAN como espacio de renovación práctica del modelo de integración.
<i>Nuevo concepto de soberanía</i>	<ul style="list-style-type: none"> • Soberanía abierta a la cooperación, la integración y la solidaridad.
<i>Algunos desafíos para pensar en la soberanía</i>	<ul style="list-style-type: none"> • ¿Relación de la soberanía con la integración?

El documento referido apuntó a constituirse en un insumo para la definición de las aristas que la Política Exterior ecuatoriana tiene en la nueva Carta Política elaborada por la Asamblea. Tal instrumento enfoca el ámbito de las relaciones exteriores del Estado no necesariamente en conexión con los grandes objetivos nacionales a lo interno del país. Se habla de la búsqueda de una integración integral o completa, que cubre variados campos y que supere el segmento puramente económico-comercial para cumplir objetivos palpables. Se piensa en una integración basada en la cooperación y en la solidaridad, para un mejor posicionamiento de la región en el concierto mundial. Plantea a la UNASUR como proyecto prometedor que realizaría acciones no solo en lo relacionado con la infraestructura, soberanía energética, financiamiento internacional, sino con la agenda social y la educación.

El escrito en comentario también hace constar de una manera indescifrable lo siguiente: “CAN como espacio de renovación práctica del modelo de integración”. Luego postula positivamente un nuevo concepto de soberanía, al entenderla abierta a la cooperación, la integración y la solidaridad, lo que plasmado de esa manera en la nueva Constitución automáticamente puede dar un impulso a los procesos de integración política y/o comunitaria, esta última que se desarrolla sobre todo en la dinámica funcionalista-supranacional. Sin perjuicio de haberse planteado esto que califico como un acierto de los constituyentes de la Mesa 9, también se plantean un desafío que hay que leerlo como un retroceso: la relación de la soberanía con la integración.

• El instrumento titulado *Cronograma de la mesa 9 sobre los problemas y objetivos, temas y subtemas sobre soberanía, relaciones internacionales e integración latinoamericana*, refiere a migración, soberanía, relaciones internacionales, y finalmente a “integración latinoamericana”, sobre este último asunto encontramos las siguientes referencias:

Identificación de problemas	Objetivos de desarrollo y transformación
Tratados y convenios internacionales se han sobrepuesto a la Constitución Política del Ecuador	<ul style="list-style-type: none"> • Fortalecer las organizaciones internacionales y de los (sic) mecanismos multilaterales que contribuyan con el desarrollo nacional y latinoamericano.⁴²
Soberanía política	<ul style="list-style-type: none"> • Experiencias latinoamericanas de solución de conflictos.
Los procesos de integración en América Latina no se han consolidado y los esfuerzos que se han realizado se han limitado a la integración comercial, privilegiando una visión economicista que solamente ha beneficiado a las élites comerciales de la región. La integración ha sido asumida como proceso de transferencia de la soberanía ecuatoriana.	<ul style="list-style-type: none"> • Intensificar los procesos de integración latinoamericana, que no se limiten al comercio interfronterizo y que consoliden una integración económica, política, cultural, fundamentada en relaciones de solidaridad y complementariedad, que forje una región fuerte, capaz de negociar en condiciones de igualdad en el seno de la economía mundial.
Integración latinoamericana	<ul style="list-style-type: none"> • Integración como política de Estado. • Integración energética. • Integración cultural. • Procesos de cooperación latinoamericana. • Inversión extranjera. • Banco del Sur.

42. Al parecer este objetivo de desarrollo y transformación no tiene relación alguna con el problema identificado en la columna izquierda.

	<ul style="list-style-type: none">• Proyectos de integración: ALBA, UNASUR, CAN, IIRSA, MERCOSUR Y OTROS.• Promoción de instituciones supranacionales: consorcios interestatales.
Los procesos de integración han excluido los contenidos históricos, culturales y de identidad de los pueblos del país y de Latinoamérica.	<ul style="list-style-type: none">• Construir una política multidimensional de integración que incluya lo económico, político, social y cultural como ejes de diagnóstico/planificación/implementación y evaluación de planes/programas y proyectos de desarrollo nacional y regional.• Fortalecer la integración de los pueblos propiciando organizaciones latinoamericanas de trabajadores, campesinos pueblos indios, profesionales, maestros, académicos, intelectuales y artistas.
Enfoque integral del proceso de integración.	<ul style="list-style-type: none">• Multiculturalidad.• Pueblos de Latinoamérica.• Transversalidad de la integración. Relaciones internacionales: <ul style="list-style-type: none">• La concepción de la integración como política de Estado, interna y elemento consustancial de la soberanía, y no solo como política exterior.• Generación y fortalecimiento de relaciones exteriores que estén en completa coherencia con los principios y objetivos de desarrollo nacional priorizando aquellos vínculos internacionales que fortalezcan la región sudamericana y en particular al Ecuador.

Este nuevo documento de la Mesa 9 inicia planteando el objetivo de fortalecer a las organizaciones internacionales, entre las que necesariamente se debe contar a las denominadas modernamente organizaciones internacionales de integración o unificación (verbi-gracia, CAN y UE). Similar a lo que ocurre en el documento anterior, se defiende la necesidad de contar con procesos de integración integrales, de tal forma que permitan fortalecer la región.

Para concebir a la “Integración Latinoamericana” el documento da cabida a muchos procesos disímiles –lo que incluso puede desgastar a los estados miembros–, unos que se mueven e inspiran en acciones puramente intergubernamentales y otros en este tipo de acciones pero en combinación con las del tipo comunitario o supranacional, por ejemplo, UNASUR frente a la Comunidad Andina. Se habla, así mismo, de la promoción de instituciones supranacionales, lo que es positivo en orden a los esquemas de integración más avanzados, aquellos de índole comunitaria o supranacional.

Resulta también interesante en el documento mirar cómo se demanda la construcción de una política multidimensional de integración, con exigencia de seguimiento a los procesos, además con la posibilidad de dar cabida a la integración de varios sectores de los pueblos involucrados.

Se habla de la “transversalidad de la integración”, lo que denota un enfoque integral o comprensivo de la integración, con presencia en todas las políticas internas del Estado, en coherencia con los principios y objetivos de desarrollo nacional, y como elemento consubstancial de la soberanía, en consecuencia no únicamente como Política Exterior. Esta concepción a mi juicio encarna un salto positivo en el pensamiento político ecuatoriano sobre la integración, bien puede ser acogido para insertarlo en la futura nueva Constitución. Finalmente, el documento remata con la demanda en el sentido de que se deben priorizar aquellos vínculos internacionales que fortalezcan la región sudamericana y particularmente al Ecuador.

La Asamblea Constituyente aprobó una serie de disposiciones que comprenden el tratamiento sobre las relaciones internacionales, los tratados e instrumentos internacionales, y la integración, que dieron origen al texto actual que presenta la Constitución, según se vio antes.

En realidad, la Mesa 9 de la Asamblea Constituyente pecó en el excesivo desarrollo de solo una parte de las innumerables posibilidades que pueden surgir de los procesos de integración; a lo mejor hubiese sido suficiente referir la apertura del Estado ecuatoriano hacia procesos de integración política, económica-comercial, social, etc., con otros estados, de conformidad con los intereses nacionales, las políticas de Estado que se adopte y con los planes oficiales de política exterior.

PARTIDOS POLÍTICOS

*Partido Sociedad Patriótica (PSP).*⁴³ La declaración de principios de esta tienda política expresa lo siguiente:

El Sistema Internacional sigue teniendo como unidades básicas a Estados grandes, medianos y pequeños, por ello, es una obligación de los ecuatorianos auténticos defender y perfeccionar el Estado nacional, insertándolo en una Comunidad Andina de Naciones vigorosa, que encuentre puntos de unidad con MERCOSUR y los otros procesos de integración de América Latina, como un mecanismo indispensable para trabajar nuestra inserción soberana y con personalidad propia en la comunidad mundial.

43. <http://www.sociedadpatriotica.com>

Partido Renovador Institucional Acción Nacional (PRIAN).⁴⁴ La declaración que sigue se explica por sí sola; tiene fijación en las relaciones internacionales que permiten crear espacios para el libre mercado, sin mirar más allá hacia otras opciones más completas y positivas por las que puede inclinarse el Estado ecuatoriano:

8. Debemos de firmar el tratado de libre comercio con los Estados Unidos, China, Alemania, Japón, Chile y con todos los países para poder llegar a tener cien tratados de libre comercio y poder libremente exportar nuestros productos a esos países e importar sus productos a nuestro país, generando de esta manera una mayor riqueza. Estos tratados deben de ser firmados siempre beneficiando al Ecuador y protegiendo aquellas áreas en que todavía aún no somos competitivos, como por ejemplo en ciertos sembríos en los que otros países tienen mejores rendimientos. En estos casos se pedirá una prórroga para darnos plazo de 5 a 10 años para modernizar esos sectores agrícolas que aún no son competitivos.

Partido izquierda Democrática (ID).⁴⁵ Ninguna referencia a la integración, ni a las relaciones internacionales del Estado.

Movimiento de Unidad Plurinacional Pachakutik-Nuevo País.⁴⁶ Ninguna referencia a la integración, ni a las relaciones internacionales.

Acuerdo País.⁴⁷ Acuerdo País es un movimiento político y social, su ideario contempla, entre otros contenidos, los siguientes:

La soberanía desde una visión renovada y renovadora. Nos pronunciamos a favor de la defensa de la dignidad de nuestra nación y de su soberanía tan amenazadas con los chantajes de potencias extranjeras y la sumisión de nuestros mandatarios, que nos han involucrado en conflictos y agendas ajenas, que nos insertan desequilibradamente en procesos que vulneran nuestra soberanía sobre nuestros recursos y hasta sobre nuestra política no solo económica sino jurídica. Queremos una patria altiva y soberana.

En el siglo pasado pensábamos que la soberanía tenía que ver exclusivamente con acciones bélicas y ejércitos en nuestra frontera. Hoy es necesario cambiar y ampliar nuestra concepción de soberanía. Algunos de sus ejes principales:

Soberanía en el escenario internacional: *vivimos en un mundo interconectado e interdependiente, pero lleno de inequidades; queremos insertarnos en él con voluntad de integración*

44. <http://www.prian.org.ec>

45. <http://www.izquierdademocratica.org>

46. <http://www.llacta.org>

47. <http://www.acuerdopais.com> (2008). Al mes de abril de 2010 ya no es posible acceder a la página de internet consultada inicialmente. Los motores de búsqueda conducen a la información que se encuentra en varias páginas bajo distintos nombres. Se encuentra, por ejemplo, datos sobre la llamada Revolución Ciudadana, que busca la implementación del Socialismo del Siglo XXI en el Ecuador, y que plantea cinco ejes de la revolución, de entre ellos, el eje 5 se refiere a "Rescate de la dignidad, soberanía y búsqueda de la integración latinoamericana" (http://es.wikipedia.org/wiki/Revoluci%C3%B3n_Ciudadana), 04/04/2010.

regional, con la intención de globalizar la protección de los derechos y de garantizar que los ecuatorianos y las ecuatorianas que viven en otros países tengan condiciones de vida dignas; pero también es una exigencia el preservar la soberanía en el manejo de nuestra política interna (...) (subrayado agregado).

Partido Socialista Frente Amplio. Entre los principios forjados en este partido político se leen algunos que son importantes para el ámbito que se examina en este informe:

1. Introducción.- El Partido Socialista-Frente Amplio se constituye con el objetivo central de organizar al pueblo ecuatoriano en la búsqueda de una profunda transformación de las estructuras socio-políticas del Ecuador y en la captación del Poder Político del Estado ecuatoriano, para emprender un cambio revolucionario de la institucionalidad jurídico-política y económica del país, que haga posible la consecución de la justicia social sobre la base del desarrollo económico sustentable, la eliminación de toda forma de explotación y discriminación como la de género, edad, etnia, raza, clase y religión, la descentralización administrativa regional y provincial y *la integración subregional y regional del Continente*.

4. Estado y Gobierno.- El Partido Socialista-Frente Amplio declara su adhesión a los principios de autodeterminación, solidaridad y confraternidad entre los pueblos, especialmente los andinos y latinoamericanos. *Sustenta la necesidad de integración soberana de nuestros países, especialmente en el ámbito subregional, y demanda una participación activa del Ecuador en los organismos de la comunidad internacional*.

Bases Teórico Políticas

En la hora presente de profundas mutaciones científicas y tecnológicas del mundo y de un nuevo reordenamiento geopolítico de integración subregional y continental basada en la complementariedad de las economías y sobre criterios de ventajas mutuas y equitativas, así como una reinserción en el mercado mundial sin menoscabo de la soberanía y el desarrollo auto-sustentable. El trabajo como condición de la existencia, como esfuerzo humano y como progreso aplicado a la producción de la riqueza es la fuente de bienestar de toda sociedad (énfasis agregado).⁴⁸

ORIENTACIONES DE LOS FORMADORES DE OPINIÓN CIUDADANA EN EL ECUADOR EN TORNO A LAS ESTRUCTURAS, MECANISMOS Y PROCESOS DE LA INTEGRACIÓN POLÍTICA EN LA REGIÓN SUDAMERICANA Y EN LA COMUNIDAD ANDINA

En esta parte aparece imprescindible referir los criterios vertidos por varias personalidades, formadores de opinión ciudadana, que provienen de la academia, la diplomacia,

48. Cfr. www.psecuador.org

la magistratura, el periodismo, sobre el tema en estudio, pero además acerca de la significación que para cada uno tiene la noción de “integración política”.⁴⁹

A continuación se presenta una relación de las preguntas planteadas a cada uno de los entrevistados y sobre lo más relevante de las respuestas y criterios vertidos:

SIGNIFICADO DE LA “INTEGRACIÓN POLÍTICA”

En líneas generales los entrevistados manifestaron que la integración política implica un compromiso asumido por el nivel ejecutivo de los estados interesados, que debe manifestarse por sobre intereses particulares e ideologías dominantes, de tal forma que no trastoquen la esencia del proceso que se desea construir ni su institucionalidad. Se trataría de la construcción de un esquema compartido y evolutivo (Marco Romero), así como de mantener abiertos canales de diálogo al más alto nivel para solucionar problemas políticos, técnicos y económicos (Grace Jaramillo).

Michel Leví destacó que se trata de un proceso en el que los gobiernos de los estados miembros han cedido competencias en materia de política interna y/o externa en un contexto de integración. De igual forma que se han armonizado las normas y procedimientos relativos a las estructuras de gobierno de cada uno de los Estados Miembros, para permitirles actuar de manera conjunta (supranacional) o coordinada (intergubernamental). Por su parte Diego Cordovez manifestó que la integración política implica una voluntad política de un grupo de países de reforzar su seguridad colectiva, aunque entre los gobiernos involucrados haya diferencias ideológicas, estructurales o de política económica y social; agregó que una vez que se consolida un sistema de seguridad colectiva se puede avanzar hacia otros aspectos de la integración política como es la adopción y ejecución de una política exterior común que le permite al grupo ejercer mayor autoridad e influencia a nivel internacional y conseguir una más efectiva acción en foros multilaterales. Julio César Trujillo expresó que la integración política en el campo internacional es la unión de varios estados mediante normas jurídicas para crear instituciones políticas que en forma

49. Los personajes encuestados y/o entrevistados son: Gustavo Ayala Cruz, ex presidente del Partido Socialista Ecuatoriano; Patricio Bueno Martínez, ex magistrado ecuatoriano del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina; Diego Cordovez Zegers, ex canciller de la República; ex presidente del Centro Andino de Estudios Internacionales de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador; Santiago García, experto en Comercio Internacional e Integración, profesor invitado de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador; Grace Jaramillo, internacionalista, editorialista de diario *El Comercio*, directora del Programa de Relaciones Internacionales de la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO); Michel Levi Coral, funcionario del Centro Andino de Estudios Internacionales de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador; César Montúfar Mancheno, politólogo, internacionalista, editorialista de diario *El Comercio*, docente-investigador de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador; asambleísta nacional; Marco Romero Cevallos, experto en Integración Económica, director y profesor del Área de Estudios Globales y Sociales de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador; Julio César Trujillo, constitucionalista y político ecuatoriano.

total o parcial tengan facultad para tomar decisiones sobre el poder o el ejercicio del poder en el territorio formado por la Unión del territorio de todos los Estados que se integran.

De otra parte, César Montúfar concibe a la integración política como un proceso de creación institucional multilateral para coordinar las políticas exteriores de los países, que implica la convergencia de posiciones y un espacio para plantear diferencias. La integración política sería, por lo tanto, un instrumento para que se desarrollen políticas comunes regionales concertadas.

ESTRUCTURA INSTITUCIONAL DEL ESTADO ECUATORIANO PARA PROCESAR LOS TEMAS RELACIONADOS CON LA INTEGRACIÓN REGIONAL Y POSIBLES SOLUCIONES A SUS PROBLEMAS

Sobre este ámbito la mayor parte de entrevistados opinó que el esquema institucional nacional para procesar lo concerniente a la integración no es idóneo, y además, que el problema no está en ese campo sino en el incumplimiento de los compromisos asumidos.

Se puntualizó que en Ecuador todavía sufrimos de una especie de nacionalismo que corresponde más a la época de la posindependencia que a la del mundo actual; y que las instituciones del Estado que actualmente existen y las que se han propuesto, aparte de mencionar la integración como un objetivo del Estado ecuatoriano, no están diseñadas para ir creando una “idea de Latinoamérica”, y que quizás la aprobación de la iniciativa del Brasil, o de otra similar, podría obligar a los Estados, y al Ecuador en particular, a crear los mecanismos políticos, parlamentarios, militares y administrativos que se necesitan (Diego Cordovez).

De otro lado, se dijo que es necesario dar prioridad a los temas de la integración así como a los recursos necesarios; además, que es urgente comprender que la integración implica un proceso multidimensional (Marco Romero), y que los procesos de integración dependen también de una realidad geopolítica (Gustavo Ayala).

Así mismo, varios entrevistados opinaron sobre la necesidad de crear instancias nacionales especializadas, independientes y con amplias competencias, que se ocupen permanentemente de lo relacionado con la integración, con una perspectiva pragmática. Así, Grace Jaramillo afirma que el Estado ecuatoriano no ha instalado ningún mecanismo, instancia, oficina de alto nivel, ni directo ni político ni burocrático para solucionar en forma expedita temas de la integración, por lo que se lo debería crear, y luego establecer una política pública adecuada y visible en la materia.

Destaco en esta parte la opinión de Julio César Trujillo, quien entre otras cuestiones expresó que no se debe averiguar la idoneidad de las instituciones del Estado para la integración, porque en un proceso de integración primero habrá que crear instituciones comunitarias y en segundo lugar habrá que crear órganos al interior del Estado que se

encarguen de cumplir las decisiones que adoptan estos órganos comunitarios. Añadió que hace falta encarar algunas tareas a las instituciones estatales existentes. César Montúfar enfatizó en que de parte del gobierno ecuatoriano existe una sobreideologización de sus expresiones de política exterior, que hace perder la perspectiva de los grandes temas que interesan a nivel internacional así como de la institucionalidad que debe ir construyendo. Para Montúfar, el problema de la política exterior del Ecuador es que últimamente se ha sobreideologizado y personalizado demasiado, ya que desde el gobierno se entiende a la integración como un proceso de convergencia ideológica y no de desarrollo regional, dice que así el país al parecer está más dispuesto a acercarse políticamente a Irán que a Colombia o a Perú. Añade que pese a los desarrollos alcanzados, existe un proceso ideológico y político en contracorriente, que ha causado retroceso, por lo que falta una revalorización de la política exterior, ya que la ideología actual no puede revertir procesos que están en marcha ni los logros alcanzados.

MECANISMOS PARA EL MANEJO DE LA INTEGRACIÓN POLÍTICA EN LA REGIÓN SUDAMERICANA Y EN LA COMUNIDAD ANDINA

El criterio preponderante de los entrevistados acerca de esta pregunta es que no hay verdaderos y eficientes mecanismos de corte político para la integración en esta parte del continente, o que los que existen son insuficientes, ya que no han superado la visión restringida sobre aspectos meramente comerciales. Por ejemplo, Grace Jaramillo expresó que no hay un poder ejecutivo como tal, que pueda tomar decisiones, o por lo menos que tenga atribuciones de impulsar el proceso de integración, y que falta un proceso de toma de decisiones flexible y a la vez expedito.

Por su parte, Michel Levi cree que no hay una definición de mecanismos, y que ni la CAN, MERCOSUR y mucho menos UNASUR han estructurado una visión como entes de integración política, a pesar de que hayan enunciado en la teoría que su intención central es llegar a ésta; agrega que la integración en América del Sur es un enunciado netamente político, sin mecanismos establecidos que lo lleven a la práctica. Patricio Bueno, por su parte, sustentó que las decisiones y resoluciones que toman los presidentes en las reuniones presidenciales del área andina al parecer no tienen un cumplimiento y ejecución eficaz y oportuna; critica que exista mucha retórica y poca efectividad, y que existan procesos paralelos de integración, por ejemplo: CAN y UNASUR.

En criterio de Diego Cordovez, la percepción generalizada en el área andina, lamentablemente, es que la CAN sigue siendo un proceso deficiente de integración comercial, que es difícil pensar que la CAN pueda contribuir a crear la “idea” de América Latina, como lo hicieron los mecanismos de Bruselas. Julio César Trujillo fue crítico al decir que le parece que la integración política no está en el horizonte en el que se mueven las con-

ductas políticas y sociales en toda la región y mucho menos en el Ecuador; añadió que no se pasa del discurso sin tener conciencia clara de lo que el discurso significa, y que ni siquiera se cuenta con un concepto moderno de soberanía. Esto último es compartido también por Gustavo Ayala.

En otra línea, César Montúfar destaca que últimamente en la Comunidad Andina se ha dado mayor peso a lo político frente a lo económico y a lo comercial, lo que según él demuestra que los mecanismos son buenos y lo que no funciona es la voluntad política al más alto nivel.

PROCESOS DE INTEGRACIÓN POLÍTICA EN LA REGIÓN SUDAMERICANA Y EN LA COMUNIDAD ANDINA

La mayoría de entrevistados postuló que al parecer en la región latinoamericana no hay aún procesos de integración política sobre los cuales sea factible hacer un análisis. A ello, Diego Cordovez añade que lo que existe es una crisis generalizada. Al respecto, Marco Romero aduce que faltan mecanismos de confianza mutua y seguridad regional, y que no se coordina la política exterior de los estados buscando la complementación. En contraposición está el criterio de César Montúfar, para quien los procesos son idóneos, pero en cambio los presidentes no se ven en el caso andino como actores clave, sino que se miran en perspectiva sudamericana, con lo cual los esfuerzos en vez de consolidar lo micro buscan lo sudamericano. Ante ello, cuestiona si será posible lograr lo más pero no lo menos; indica que lo político e ideológico, sumados a la retórica, están por encima de lo institucional, lo que lleva a un divorcio de las cuestiones.

Al respecto, Gustavo Ayala manifestó que la realidad es más compleja de lo que parece, que la integración no solo se construye con voluntad política, ya que existen también condiciones estructurales que la promueven o la impiden. Añadió que tal vez la misión de los gobiernos progresistas sea algo que parezca más tímido a corto plazo pero más estratégico al largo, y no es tanto el inaugurar la Patria Grande sino sentar las bases para construirla, crear una infraestructura común, generar espacios de intenso intercambio cultural y científico, generar cadenas productivas, coordinar políticas macroeconómicas, apuestas geopolíticas comunes, una institucionalidad democrática para la realidad latinoamericana.

En una línea diferente y pragmática está el criterio de Santiago García, a quien preocupa que la integración se ocupe demasiado de los aspectos políticos, dejando de lado los económicos y comerciales.

OBSTÁCULOS A SORTEAR POR PARTE DE LA COMUNIDAD ANDINA Y EN GENERAL DE LA INTEGRACIÓN SUDAMERICANA PARA LA CONSOLIDACIÓN DE LOS PROCESOS

Según los consultados, falta decisión y definición política para impulsar y fortalecer los procesos existentes, que no necesariamente son de “integración política”, además que se debe reconocer la institucionalidad que se crea a lo externo de los estados así como sus competencias.

Con un enfoque singular, Grace Jaramillo argumentó que el primer obstáculo que tiene la integración andina y sudamericana es que no tiene mercados complementarios reales (al menos por ahora), y que mientras eso no se desarrolle o no exista, todas las iniciativas políticas e institucionales estarán en el aire.

Parte de los expertos señaló que en la región no se tiene conciencia de que se está perdiendo espacio en la economía y la política internacional, esto pese a la oportunidad que actualmente brinda la Unión Europea con su apertura para pactar acuerdos de gran alcance como son los de asociación.

El jurista Patricio Bueno argumenta que el conocimiento y sobre todo el interés de los ciudadanos por lo que es y significa un proceso de integración son escasos o nulos, por lo que hay que difundir las ventajas que se derivan de los procesos de integración; plantea que a lo mejor se requiera de una revisión del Sistema Andino de Integración, para fortalecer ciertos organismos y reorganizar otros. Añadió que es necesario lograr una concienciación por parte de funcionarios de cada uno de los países de lo que es un proceso de integración.

Con otra perspectiva, Diego Cordovez aduce que no existe aún la voluntad política necesaria; por ejemplo, la CAN no necesariamente tendría que cambiar su estructura actual, pero sí sería necesario un cambio de actitudes; agrega que se proponen nuevos foros y organismos, como lo que propusieron el Brasil y la UNASUR, sobre la creación de un Consejo de Seguridad, como si eso fuera a producir la voluntad política. Dice que en las discusiones que se han llevado a cabo para la estructuración de esas propuestas invariablemente reaparecen los nacionalismos y una especie de temor de que estructuras supranacionales puedan surgir y ejercer funciones. Vislumbra la posibilidad de que el Grupo de Río sea un foro que, por su composición actual, y dada la experiencia de la reunión de Santo Domingo, sea el más adecuado para que al más alto nivel se promueva un pronunciamiento colectivo que impulse la integración política. Termina diciendo que todo hace pensar que en este momento no existe el grado de confianza mutua que es la esencia misma de un proceso de integración política.

Julio César Trujillo manifestó que la consolidación supondría el inicio de procesos de integración en lo regional; que en lo subregional hay procesos de integración económica

y no política, aunque podría culminar en esta última, añadió que este proceso, no solo que no funciona sino que está en franco deterioro, y que si se quiere revivir la integración andina lo primero que se tendrá que hacer es cumplir los compromisos contraídos. Remata expresando que tenemos instituciones, normas y hasta tribunales, y no tenemos integración.

De su lado, Gustavo Ayala propuso: primero, definir claramente qué integración y para qué objetivos; es decir, aclarar el proyecto político compartido y su apuesta geopolítica; segundo, precisar una institucionalidad democrática –sin exclusión de actores no estatales–, que permita fijar espacios supranacionales, las reglas de selección de representantes, funcionarios, y la toma de decisiones, y que dentro de este aspecto vale pensar en una política de seguridad común; tercero, concebir procesos de integración económica que rebasen el libre comercio, que apunten a inversiones en infraestructura, espacios de planificación económica, proyectos industriales supranacionales complementarios, redes de comercio social, organismos financieros conjuntos, entre otros. Finalmente, pero no menos importante, habla de generar una dinámica cultural que promueva una subjetividad en los pueblos proclive a la integración, lo que supone programas de educación y comunicación.

A Santiago García le preocupa que a nivel gubernamental se mire mucho los aspectos coyunturales y no los de mediano y largo plazo; así mismo, cree que es inconveniente la poca capacidad de readecuación de los esquemas de integración en marcha a las exigencias de la dinámica internacional contemporánea; cita las presiones del gobierno de los Estados Unidos de América y aquellas presiones de grupos internos que abogan por una política comercial cerrada y proteccionista.

Finalmente, César Montúfar mantiene que la ideología no puede determinar ni marcar exclusiones en los procesos de integración. Propone que la UNASUR defina la relación entre América del Sur y los Estados Unidos de América en temas como democracia, derechos humanos, comercio; agrega que existe un alejamiento de los Estados Unidos, lo que permite diversificar relaciones con otras regiones, y que se abre una gran autonomía frente a los Estados Unidos, lo que brinda el mejor contexto para avanzar en los procesos de integración. Reitera que la sobreideologización de los procesos puede hacer que esa ventaja y esa oportunidad se pierda.

Debido a la importancia que comporta en este ámbito, paso a referir los aspectos más relevantes de una entrevista realizada al Dr. Rodrigo Borja Cevallos, Ex Presidente de la República del Ecuador y Ex Secretario General de la UNASUR, que apareció en el diario público *El Telégrafo*:

Llevamos alrededor de medio siglo impulsando procesos de integración subregional. En este momento, lo lógico es superar esta escala e ir hacia el proceso regional sudamericano. Para poder instrumentarlo es indispensable una entidad que tenga estas dimensiones, es decir, que

organice a los doce estados de esta parte de América y los empuje a desarrollar los planes y programas de integración para impulsar su desarrollo económico y social, y para encontrar en la unión la fortaleza necesaria para la defensa de los intereses latinoamericanos. Conozco que varios de los presidentes no comparten esta idea, y desean crear una nueva entidad integradora junto y al lado de las dos que actualmente operan: la Comunidad Andina y el MERCOSUR. Creo que la única forma de dar un impulso renovado a la integración es asumiendo la nueva escala.

Ante la pregunta de si deben desaparecer la Comunidad Andina y el MERCOSUR, contestó: “No deben desaparecer, sino integrarse a un proceso más amplio y más profundo. UNASUR justamente debe aprovechar las experiencias, los logros y los tropiezos de las entidades subregionales”.

Acerca de si la Unasur puede reemplazar a la Organización de Estados Americanos, dijo que la OEA es simplemente un foro de los estados americanos, y que UNASUR es una institución llamada a ejecutar programas de integración. Habla de que son dos dimensiones diferentes. Agregó que UNASUR, en el tiempo, será un escalón sobre el cual se logre posteriormente la integración latinoamericana y caribeña; en otras palabras, cree que están agotados los procesos de integración subregional y que éstos tienen una serie de problemas. Culmina diciendo que la respuesta que se debe dar es que Unasur, englobando a todas las entidades integracionistas, asuma la responsabilidad de impulsar la integración regional sudamericana.

CONCLUSIONES

1. Las estructuras institucionales que operan a nivel de Estado y de los otros actores políticos en Ecuador, para procesar lo concerniente a la integración política regional, en forma aislada y tradicionalmente, se han ocupado de diversos ámbitos de acción pública, entre ellos, el que concierne a la Integración, sea que ésta se exprese en el nivel político, económico, comercial, social, etc. En todo caso, del estudio realizado se evidencia que no existe una estructura institucional idónea y coordinada para procesar los temas relacionados con la integración política, sino que en cada instancia existente en la actualidad se procesa la materia de una forma tangencial, carente de especialización, sin planificación y sin un bagaje previo de estudios técnicos.
2. Las estructuras institucionales examinadas no cuentan con un plan de comunicación y difusión de su trabajo aplicado específicamente a los temas de la integración, ni para el nivel interno peor para el externo.
3. En el desarrollo del presente estudio se pudo constatar que lo relacionado con la integración política no consta como asunto de primera línea en las agendas de tra-

bajo de las estructuras institucionales del Estado y de los otros actores políticos nacionales, o si se hace mención a la integración se lo hace únicamente con una óptica reduccionista (libre comercio) y sobreideologizada de las relaciones internacionales.

4. Es posible que se esté construyendo las bases de una filosofía de la integración política, a la luz de los planes oficiales analizados y de ciertas manifestaciones que constan en los documentos de trabajo referidos de la Asamblea Constituyente y que desembocaron en varios artículos de la actual Constitución, lo que no permite aseverar que la práctica oficial e institucional del Ecuador vaya en una sola línea de trabajo, una prueba de ello es la adhesión del Ecuador a la ALBA-TCP, y sus actuaciones oficiales en el seno de la UNASUR.
5. En el caso ecuatoriano las estructuras institucionales que procesan temas relacionados con la integración política están formadas por:
 - a) Poder Ejecutivo (presidencia), Secretarías de Estado (Relaciones Exteriores, Comercio e Integración; Subsecretaría de Relaciones Multilaterales; Subsecretaría de Política Económica Internacional; Dirección General de Asuntos Amazónicos y Regionales), Entidad técnica (Consejo de Comercio Exterior e Inversiones).
 - b) Poder Legislativo (en su momento el H. Congreso Nacional entró en receso de sus funciones por decisión de la Asamblea Constituyente, que en virtud de sus plenos poderes asumió las funciones del Poder Legislativo), la Asamblea Nacional del Ecuador.
 - c) Partidos políticos.
6. La orientación de los actores políticos más relevantes del Ecuador en el Poder Ejecutivo, Poder Legislativo y los partidos políticos, en torno a la integración política es permanente, sin embargo, de variado grado y alcance, y sin conocimiento cabal de la materia, lo que no resulta beneficioso para el Estado.
7. Frente a la integración política el Poder Ejecutivo exhibe una posición contaminada en exceso por la ideología, carente de pragmatismo, no tiene una posición definida ni de liderazgo, lo que ha llevado a que el Estado continúe participando de una serie de iniciativas de dudoso futuro, alcance y profundidad, por ejemplo, el caso de la ALBA. Esto deja ver que existe una cierta voluntad política sobre aspectos de las relaciones externas del Estado ecuatoriano, pero que no aterrizan en las cuestiones de mayor importancia que debe buscar la región sudamericana, ocasionando desgaste y pérdida de oportunidades.
8. La integración política no fue un asunto de trascendencia en el trabajo de la Asamblea Constituyente ecuatoriana, que, sin embargo, se orientó a producir insumos sobre otras expresiones de las potenciales relaciones exteriores del Estado,

prueba de ello son los artículos revisados de la nueva Constitución, que versan sobre las relaciones internacionales, los tratados y otros instrumentos internacionales, y la integración. En todo caso, al parecer las bases constitucionales para el futuro hacer del gobierno en el campo de las relaciones internacionales están plantadas, y quedará en manos del Poder Ejecutivo, del Poder Legislativo, de los actores políticos relevantes, de los formadores de opinión, y del pueblo, la definición del tipo de proyecto de integración que debe auspiciar el Ecuador.

9. Pocos partidos políticos han incorporado en sus agendas principios y contenidos relacionados con la integración política, y los que lo han hecho lo han hecho de una manera disímil y en veces insuficiente, sin sustento en una sólida y moderna filosofía partidista sino al vaivén de una defectuosa tendencia solo justificada por la búsqueda de renovación y de actualización de lineamientos de la organización.
10. Todos los formadores de opinión ciudadana, pese a provenir de diversos ámbitos, expresan con preocupación sus ideas en torno a la integración política en la región, esto debido a factores como: falta de voluntad política, ausencia de líderes e ideas claras, incumplimiento de obligaciones de carácter internacional, contaminación de la política exterior del Ecuador con ideologías estancadas en el pasado, poca conciencia de los logros obtenidos en los procesos de integración en marcha.
11. Según se evidenció, Ecuador cuenta con una marco jurídico suficiente en materia de integración política; así mismo, tiene una estructura institucional insuficiente pero aceptable para procesar lo concerniente a la integración política; el gran problema radica en la falta de visión, liderazgo, responsabilidad, pragmatismo y voluntad política de los actores relevantes, que tienen a cargo ejecutar los puntos de la agenda de integración de nuestro país.
12. Todos los planes oficiales adoptados antes del Plan Nacional para el Buen Vivir deben ser revisados y adaptados a éste, y preponderantemente a la Constitución.

BIBLIOGRAFÍA

Acuerdo País, <http://www.acuerdopais.com>

Arbuet-Vignali, Heber, *Claves jurídicas de la integración. En los sistemas del MERCOSUR y la Unión Europea*, Santa Fe, Rubinzal / Culzoni, 2004.

Asamblea Constituyente, <http://www.asambleaconstituyente.gov.ec>

Consejo de Comercio Exterior e Inversiones, <http://www.comexi.gov.ec>

Ley de Comercio Exterior e Inversiones, Ley No. 12, publicada en el Suplemento del *Registro Oficial* No. 82 de 9 de junio de 1997.

Ley Orgánica del Servicio Exterior, Codificación 2006-003 (Suplemento del *Registro Oficial* No. 262 de 03/05/2006).

Mandato Constituyente No. 1, 29/11/2007.

Movimiento de Unidad Plurinacional Pachakutik-Nuevo País, <http://www.llacta.org>

PLANEX 2020. Plan Nacional de Política Exterior, Quito, Ministerio de Relaciones Exteriores, 2006.

Partido Izquierda Democrática, <http://www.izquierdademocratica.org>

Partido Renovador Institucional Acción Nacional, <http://www.prian.org.ec>

Partido Socialista Ecuatoriano Frente Amplio: www.psecuador.org

Partido Sociedad Patriótica, <http://www.sociedadpatriotica.com>

Salgado, Germánico, *El Grupo Andino, eslabón hacia la integración de Sudamérica*, Quito, UASB-E / CEN, 1998.

Fecha de recepción: 18 de mayo 2009

Fecha de aceptación: 29 de mayo 2009

La caducidad en los actos de determinación de la obligación tributaria de la administración y su tratamiento en la legislación ecuatoriana

*Juan Carlos Mogrovejo Jaramillo**

RESUMEN

Este artículo trata sobre la caducidad de la facultad determinadora de la obligación tributaria de la administración, con particular referencia a la ejercida de oficio o de modalidad mixta, conlleva el análisis previo de esta figura frente a la prescripción, a la luz del Código Tributario ecuatoriano, con respaldo en reconocida producción doctrinaria, dejando al descubierto la falta de previsión legal sobre los plazos de caducidad que deben obrar en el ejercicio de esa facultad y la incidencia por su omisión.

PALABRAS CLAVE: facultad determinadora de la obligación tributaria, caducidad, prescripción, plazos de caducidad, falta de previsión de plazo de caducidad.

ABSTRACT

The article deals with the caducity of the determination faculty of tax administrations, with particular reference to the official determination and the mixed-determination. The study starts by differencing caducity and prescription, in light of the Ecuadorian Tax Code, and supported by recognized authors. The article demonstrates that there is a lack of legal prevision in regard to caducity terms, and discusses the incidence of this legal omission.

KEY WORDS: determination faculty of tax administrations, caducity, prescription, caducity terms, lack of legal prevision of caducity terms.

FORO

* Docente y Coordinador Nacional Académico (e) de la Red de Capacitación Jurídica, Área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar, SE.

INTRODUCCIÓN

El instituto jurídico *caducidad* a estos tiempos no constituye un tema agotado, por el contrario, es de tratamiento obligado por ser elemento que forma parte del vasto espectro de la relación jurídico tributaria, y en torno a ésta, el de la gestión a cargo del ente acreedor del tributo.

Los actos de la administración pública, en correspondencia a un régimen jurídico en vigor, son reglados y, por ende, supeditados al cumplimiento de normas jurídicas que demarcan su aplicación. En este orden, los actos de la administración tributaria, dentro de la égida del Derecho Público, se encuentran constreñidos a la irrestricta observancia de una norma legal que apalanca precisamente la legitimidad y legalidad de los mismos.

Las prerrogativas de la administración tributaria que conllevan en fin último el cobro de un tributo descansan en la ley, y solo en virtud de ésta pueden ser ejercidas. El principio de legalidad en la faz aplicativa previene entonces el uso indiscriminado de atributos fiscales que reflejen su práctica arbitraria como expresión de resabios del poder público no superados.

En este orden, una práctica arbitraria constituye el ejercicio a cargo de la administración tributaria de su potestad determinadora de obligaciones de este género, fuera de los períodos determinados en la ley; de allí, la pertinencia de la figura caducidad como elemento neutralizador de un eventual exceso del ente acreedor del tributo y que a la par representa la consecuencia de su falta de gestión oportuna para erigir el tributo y su consiguiente cobro.

Dentro del panorama descrito, este trabajo discurre en el escenario de la gestión tributaria a cargo del administrador del tributo y la incidencia en el sujeto pasivo del mismo, en lo tocante a la falta de precisión de la normativa tributaria ecuatoriana, particularmente la constante en el artículo 94 del Código Tributario sobre la caducidad de la facultad determinadora de la obligación tributaria en impuestos determinados por el propio ente acreedor del tributo o de manera mixta, en el período para la verificación de este tipo de determinaciones y asimismo en la tenue distinción de plazos para las determinaciones que obran a través de declaración del sujeto pasivo del tributo bajo la circunstancia que se la expondrá más adelante.

Trabajo este que comporta finalmente las conclusiones, no sin antes proponer un texto alternativo de la disposición analizada, que cierre o al menos estreche la brecha verificada en la omisión de la inhabilitación por el decurso del tiempo a la administración para ejercitar su facultad determinadora en impuestos de propia determinación y de modalidad mixta y al mismo tiempo permita validar el plazo para la verificación a cargo de la administración en este tipo de determinaciones, ejercicio que refleje el afán de racionalizar la gestión tributaria y generar mayor seguridad jurídica en el administrado.

LA CADUCIDAD. NATURALEZA Y POSICIÓN FRENTE A LA PRESCRIPCIÓN Y SU TRATAMIENTO EN EL CÓDIGO TRIBUTARIO ECUATORIANO

La caducidad es la figura jurídica que se verifica en la pérdida o el agotamiento de facultades o derechos no ejercidos en un tiempo establecido, que trasladada al derecho público, y en particular al tributario, implica la inhabilitación para el ejercicio de la facultad determinadora de la obligación tributaria a cargo de la administración.

La caducidad, en Derecho, es una figura mediante la cual, ante la existencia de una situación donde el sujeto tiene potestad de ejercer un acto que tendrá efectos jurídicos, no lo hace dentro de un lapso perentorio y pierde el derecho a entablar la acción correspondiente. Consiste en la pérdida de la validez de una facultad por haber transcurrido el plazo para ejecutarla.¹

Este concepto transbordado al espectro tributario plasma, en sí, la consecuencia de la inacción de la administración tributaria en un tiempo establecido y no susceptible de prórroga, identificada con el ejercicio de facultades en la esfera de gestión.

Significa entonces que la caducidad se remite a la administración y no al administrado y que su acaecimiento genera como efecto jurídico la imposibilidad de aquella, para ejercitar la facultad de determinación de la obligación tributaria y la subsecuente facultad recaudatoria que implica la persecución de la misma con base en su derecho al cobro.

El profesor Ferreiro Lapatza² sostiene que la inercia del titular, mejor aún, el silencio de la relación jurídica durante un plazo de tiempo determinado por la Ley, significa la extinción de la deuda y, por tanto, la del correspondiente derecho de crédito de la Administración.

Este instituto jurídico ha sido abordado bajo lupas distintas –como relativamente todos a decir verdad–, particularmente en lo atinente a su identificación como símil o no de la categoría jurídica *prescripción*, tratamiento en torno al cual se presentan posturas diferentes y hasta contrapuestas, como el caso de las expuestas por los profesores Carlos María Giuliani Fonrouge y Dino Jarach.

Para el tratadista argentino Giuliani Fonrouge,³ la diferencia entre *caducidad* o *prescripción* es terminológica y no esencial, aún más, extraña al derecho de su país. Apuntala su

1. Guillermo Cabanellas, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, t. II, Buenos Aires, Editorial Heliasta, 1994, 23a. ed., p. 14.

2. José Juan Ferreiro Lapatza, *Curso de Derecho Financiero Español*, Madrid, Marcial Pons ediciones Jurídicas S.A., 1994, 16a. ed., p. 423.

3. Carlos María Giuliani Fonrouge, *Derecho Financiero, volumen I, Actividad Financiera, presupuesto, poder tributario, obligación tributaria*, obra actualizada por Susana Camila Navarrine y Rubén Óscar Asorey, Buenos Aires, ediciones Depalma, 1997, 6a. ed., pp. 606-608.

acierto en no dar mérito para definir a estas dos categorías por el lado de una diferenciación de orden sustancial, entre la facultad de la administración para determinar la obligación fiscal o exigir declaraciones juradas y el derecho a cobrar el tributo, sostiene más bien que corresponde hablar de *prescripción lisa* y llanamente de una sola categoría de prescripción, que arranca del momento en que nace la obligación del deudor y el correlativo derecho del acreedor, cuya actividad debe tender desde entonces al cobro de la contribución, mediante la realización de todas las gestiones administrativas y judiciales necesarias.

Esta actividad es entendida por el citado autor como unitaria en su sustancia, aunque se exteriorice en formas diversas, y no permite decir que hay dos tipos de derechos: el derecho a la determinación y el derecho al cobro, como sostiene la doctrina inspirada en regímenes distintos al argentino, siendo así, los términos de prescripción como lo señala Helsen en torno al ordenamiento fiscal alemán, se inician con el nacimiento de la obligación y se interrumpen con la determinación siempre que ésta sea de orden constitutivo.

Acorde a lo dicho, y en asentimiento al pronunciamiento de la Corte Suprema Argentina, el profesor Giuliani Fonrouge admite la figura de la prescripción especial más breve, entendida como caducidad, que no puede suspenderse ni interrumpirse, en un sistema que atribuya efecto constitutivo a la determinación impositiva –dependencia de la obligación tributaria a la liquidación de la deuda– por el que se permita atar la pérdida de la facultad de determinación de la obligación tributaria con la caducidad; y la extinción del derecho o facultad de cobro, con la prescripción.

En contrapunto a esta teoría, se encuentra la desarrollada por el prominente tributarista Dino Jarach,⁴ que en lo relativo a la prescripción de las acciones y poderes del Fisco para determinar y exigir el pago de los impuestos, manifiesta:

Es evidente que la acción para exigir el pago de los impuestos se refiere al ejercicio del derecho creditorio y su prescripción implica la extinción de una deuda; por el contrario, la acción para determinar la existencia de una obligación tributaria, no se refiere al derecho creditorio y a la deuda del contribuyente o responsable, sino al ejercicio por parte de la administración pública de sus poderes y facultades tendientes a la determinación de las obligaciones.

De su análisis se advierte la distinción categórica dentro de la gestión tributaria a cargo de la administración, de la instancia de determinación de la obligación tributaria con aquella de persecución del adeudo. Cabe entonces preguntarse si este distingo que parte de dos acciones desemejantes del administrador del tributo pero que por separado y en conjunción son expresión de los poderes del Fisco, tiene particular incidencia en la relación jurídica tributaria entre administración y contribuyente.

4. Dino Jarach, *Curso Superior de Derecho Tributario*, tomo I, Buenos Aires, Liceo Profesional Cima, 1969, edición nueva, p. 235.

El profesor Jarach argumenta que la naturaleza y eficacia meramente declarativa de la determinación no altera el distingo de las dos categorías enunciadas, ya que “los deberes y facultades del Fisco están limitados en el tiempo y termina cuando el período establecido por la ley se halla cumplido, sin que ello tenga influencia alguna sobre la extinción de la obligación tributaria sustantiva”.⁵

Sostiene igualmente que:

La limitación en el tiempo de las facultades del fisco responden a un principio de orden público, operando esta extinción de pleno derecho; de ahí que, si se han extinguido las acciones y facultades del fisco tendientes a la determinación de los impuestos, también prescribe la deuda tributaria y el derecho creditorio del Estado. Si en cambio, antes del vencimiento del término dichos poderes y facultades desembocan en un acto de determinación, la obligación tributaria no se extingue y, por lo tanto, el fisco podrá exigir el pago de la deuda hasta tanto se cumpla el período de prescripción correspondiente.⁶

Conforme a esta teoría que se verifica como acogida por nuestra legislación tributaria, se infiere que si bien ambas categorías se configuran en virtud del decurso del tiempo, cada una sigue su propio andarivel, pues la caducidad hace relación a la restricción del ejercicio de la facultad determinadora a cargo de la administración y, la prescripción, se refiere a la extinción del derecho al cobro del crédito tributario a favor de ésta.

En ese sentido igualmente abona criterio Garcés Moreano,⁷ que tras su importante análisis a la luz de relevante fuente doctrinaria, sostiene que una cosa es la liquidación del crédito y cosa bien diferente es la recaudación del mismo, con lo que, a criterio del autor, aparece nítido que la caducidad tiene relación tan solo con la liquidación y que la prescripción se vincula tan solo con el cobro del crédito.

La asunción de esta distinción encuentra soporte asimismo en circunstancias que les son propias a cada una. Así pues, en lo relativo a la inacción, la caducidad se remite a una inactividad con respecto a un comportamiento específico, en tanto que la prescripción se refiere a una inactividad genérica; en cuanto al tiempo, en caducidad el término es rígido –aunque en el caso ecuatoriano se admite interrupción–, en la prescripción el término puede suspenderse o interrumpirse; en relación a la eficacia, la caducidad extingue la facultad y la prescripción agota el procedimiento –efecto preclusivo–; en operatividad, la caducidad puede operar de oficio, en el caso de la prescripción opera solo a petición del administrado.

5. *Ibid.*, p. 243.

6. *Ibid.*, p. 250.

7. Rodrigo Garcés Moreano, *La caducidad en el sistema tributario ecuatoriano*, Quito, ediciones de la Universidad Católica, 1980, pp. 60-61.

En esta tónica, el derecho positivo de orden tributario, en el ámbito ecuatoriano reflejado particularmente en el Código Tributario,⁸ proclama las dos figuras: la caducidad como agotamiento de la facultad determinadora de la administración y la prescripción como una forma de extinguir la obligación tributaria.

Al efecto, en lo tocante a la prescripción, el art. 55 del Código Tributario ecuatoriano (CT) señala:

Plazo de prescripción de la acción de cobro. La obligación y la acción de cobro de los créditos tributarios y sus intereses, así como de multas por incumplimiento de los deberes formales, prescribirá en el plazo de cinco años, contados desde la fecha en que fueron exigibles; y en siete años, desde aquella en que debió presentarse la correspondiente declaración, si ésta resultare incompleta o si no se la hubiere presentado.

Cuando se conceda facilidades para el pago, la prescripción operará respecto de cada cuota o dividendo, desde su respectivo vencimiento.

En el caso de que la administración tributaria haya procedido a determinar la obligación que deba ser satisfecha, prescribirá la acción de cobro de la misma, en los plazos previstos en el inciso primero de este artículo, contados a partir de la fecha en que el acto de determinación se convierta en firme, o desde la fecha en que cause ejecutoria la resolución administrativa o la sentencia judicial que ponga fin a cualquier reclamo o impugnación planteada en contra del acto determinativo antes mencionado.

La prescripción debe ser alegada expresamente por quien pretenden beneficiarse de ella, el juez o autoridad administrativa no podrá declararla de oficio.

Los plazos previstos en la norma invocada y que una vez consumados ocasionan la prescripción de la obligación y de la acción de cobro de créditos tributarios, son mayores a los de caducidad, previstos en el art. 94 CT, que se analizará más adelante, y que igual deja develado el distingo de caducidad y prescripción; la primera susceptible de verificación en la facultad determinadora y la segunda en la facultad recaudadora o de cobro del adeudo.

Nótese que los plazos de prescripción obran en relación al momento en que la obligación tributaria se torna exigible, sea en impuestos determinados por el ente acreedor del tributo –que abarca tanto los impuestos no declarativos o liquidados propiamente por éste, como cuanto la verificación, complementación o enmienda de los declarativos–, en los determinados de manera mixta o en los determinados por declaración del sujeto pasivo.

Al respecto, la exigibilidad de la obligación tributaria va a depender de la forma de su determinación. En los impuestos declarativos, la exigibilidad opera desde la fecha de vencimiento de los plazos para declarar y pagar; en el caso de los determinados por el

8. Código Tributario ecuatoriano, codificación 2005-009 RO-S 38: 14-junio-2005.

ente acreedor del tributo por liquidación directa o de manera mixta, se debe estar a la respectiva previsión legal, mas si no se la verificare, la exigibilidad será desde el día siguiente al de la notificación de este tipo de actos determinativos, conforme al tenor del art. 19 CT.

Ahora bien, si empieza a *decurrir* los plazos de prescripción de la obligación tributaria y de la acción de cobro desde su exigibilidad, merece destacarse que ésta no acaece en el momento de verificarse el hecho generador, sino luego de cumplirse un período admisible dentro del procedimiento tributario fijado en ley para su pago en el caso de los determinados por liquidación del ente acreedor del tributo, o para su declaración y pago en el caso de los impuestos determinados por el sujeto pasivo.

Obsérvese igualmente que según el tercer inciso de la disposición legal invocada, los plazos de prescripción de la acción de cobro de tributos cuya determinación a cargo de la administración haya sido impugnada a través de un reclamo, recurso o en acción contenciosa por parte del contribuyente, no empiezan a *decurrir* sino desde la fecha en que dicha determinación sea firme, o desde la fecha en que cause ejecutoria la resolución administrativa o la sentencia judicial, lo que implica decir que en el caso de obligaciones tributarias determinadas por el ente acreedor por liquidación directa o determinadas en forma mixta, puedan advertirse plazos de prescripción que empiecen a correr antes de la fecha de exigibilidad del tributo o también en fecha posterior, en este último caso igual que los declarativos, situación harto conflictiva si precisamente con la exigibilidad se habilita el derecho de cobro y su correlativa persecución al administrado, sin soslayar las implicaciones sobre la aplicación de intereses moratorios que se computan desde la fecha de exigibilidad de la obligación, lo que hace pensar que esta norma, al igual que la mayoría de disposiciones del Código en mención, modulan preferentemente los procedimientos para determinaciones de obligaciones tributarias a cargo del sujeto pasivo mediante declaración, sin dimensionar debidamente a aquellos que implican determinación por el propio ente acreedor del tributo, quien igualmente lo liquida, o de los de determinación mixta.

Otra arista de análisis salta de la disposición citada sobre si la prescripción extingue únicamente la acción de cobro y no la obligación misma. Al efecto, Jarach⁹ estima que debe tratarse como un problema de derecho privado y que la prescripción extingue la acción pero no la obligación, la cual queda como una obligación natural, de manera que si se paga voluntariamente por el deudor no se produce un caso de pago de lo indebido; no obstante, en el plano de lo fáctico resulta poco probable que una obligación vaya a ser asumida si existe norma legal que prevea que la acción de cobro de ésta se halla prescrita.

9. Dino Jarach, *Curso Superior de Derecho Tributario*, tomo I, p. 629.

De la referencia legal última, igualmente se extrae que para los tributos determinados por el sujeto pasivo mediante declaración, la caducidad se configura luego de haberse cumplido el plazo que disponía la administración para verificar, complementar o enmendar la determinación declarativa, en tanto que la prescripción de la acción de cobro se configura luego de agotarse el plazo que corría desde la fecha de vencimiento de la declaración y pago, o desde la fecha de la determinación firme, de la fecha que cause ejecutoria la resolución administrativa que en virtud del reclamo planteado confirme la determinación o desde la fecha en que cause ejecutoria la sentencia judicial que ratifique la determinación efectuada por la administración.

Siguiendo con las diferencias en la esfera tributaria de caducidad y prescripción, se constata que dentro del proceso administrativo de gestión tributaria, la determinación precede a la recaudación, de allí que primero se verifique la caducidad de la facultad determinadora y de manera subsecuente la prescripción de la acción de cobro, sin que eso signifique duplicación de plazo, porque tanto el de caducidad como el de prescripción marchan paralelamente, pues ambos corren desde la exigibilidad de la obligación, al menos en los impuestos declarativos, porque en el caso de los determinados directamente por la administración o de manera mixta, el plazo de prescripción de la acción de cobro corre desde la exigibilidad de la obligación pero no se verifica plazo de caducidad para el ejercicio de la facultad determinadora mediante liquidación directa o determinación mixta, situación que sí ocurre en la verificación de este tipo de determinaciones, conforme lo trataremos más adelante.

En la órbita del derecho tributario, la prescripción es extintiva, se plasma en la pérdida por parte de la administración del derecho de ejercer una acción por el transcurso del tiempo. Difiere de la prescripción adquisitiva que tiene asidero en el derecho civil, identificada como usucapión, que es un modo de adquirir la propiedad de una cosa y otros derechos reales por el transcurso del tiempo y que también va atada al cumplimiento de otras condiciones previstas legalmente.

Berliri, citado por Garcés Moreano,¹⁰ califica de prescripción extintiva a la que conduce a la pérdida de la facultad administrativa para liquidar obligaciones tan solo porque el efecto que ella produce es efectivamente el de extinguir definitivamente el accionar administrativo.

Prescripción extintiva que conforme al ordenamiento ecuatoriano se despliega en dos situaciones: caducidad de la facultad de determinación de la obligación tributaria y prescripción de la acción de cobro del crédito tributario.

Otro aspecto diferenciador de la caducidad respecto a la extinción pasa por la admisión o no de suspensión o de interrupción.

10. Rodrigo Garcés Moreano, *La caducidad en el sistema tributario ecuatoriano*, p. 66.

La caducidad no admite suspensión ni interrupción, simplemente se ejercita o no se ejercita la facultad, en este caso la determinadora de la obligación tributaria, potestad que debe obrar en determinado tiempo, pasado el cual se extingue.

En el caso ecuatoriano, sin embargo, se prevé la interrupción de la caducidad —diríase más bien suspensión—, al señalar el art. 95 CT que los plazos de caducidad se interrumpen por la notificación legal de la orden de verificación, emanada de autoridad competente. Se entiende que esta norma se proyecta a los impuestos de determinación mediante declaración del contribuyente susceptibles de verificación dentro de un proceso de fiscalización, sin que esto quiera decir que los determinados por liquidación del propio administrador o los de determinación mixta no puedan ser objeto de verificación a cargo de éste, de hecho se prevé plazo de caducidad para esta gestión, mas ningún evento por el que se atribuya suspensión del mismo, que debería operar al tiempo de notificarse con la nueva determinación que contenga la diferencia producto de la reliquidación del tributo.

La interrupción de la prescripción provoca la pérdida del tiempo transcurrido hasta el día en que se produce. En el caso ecuatoriano, la interrupción de los plazos de caducidad de la facultad determinadora no ocasiona esa pérdida, tratándose más bien de suspensión de plazos de caducidad, esto quiere decir que el tiempo posterior a la suspensión se adiciona al anterior en orden a completar el plazo fijado en la ley, suspensión que hace relación más bien a la imposibilidad objetiva del ejercicio de una facultad por causas imputables a la administración.

En este sentido, el art. 95 CT señala:

Interrupción de la caducidad. Los plazos de caducidad se interrumpirán por la notificación legal de la orden de verificación, emanada de autoridad competente.

Se entenderá que la orden de determinación no produce efecto legal alguno cuando los actos de fiscalización no se iniciaren dentro de los 20 días hábiles, contados desde la fecha de notificación con la orden de determinación o si, iniciados, se suspendieren por más de 15 días consecutivos: sin embargo, el sujeto activo podrá expedir una nueva orden de determinación, siempre que aún se encuentre pendiente el respectivo plazo de caducidad, según el artículo precedente.

Si al momento de notificarse con la orden de determinación faltare menos de un año para que opere la caducidad, según lo dispuesto en el artículo precedente, la interrupción de la caducidad producida por esta orden de determinación no podrá extenderse por más de un año contado desde la fecha en que se produjo la interrupción; en este caso, si el contribuyente no fuere notificado con el acto de determinación dentro de este año de extinción, se entenderá que ha caducado la facultad determinadora de la administración tributaria.

Si la orden de determinación fuere notificada al sujeto pasivo cuando se encuentra pendiente de discurrir un lapso mayor a un año para que opere la caducidad, el acto de determinación deberá ser notificado al contribuyente dentro de los pertinentes plazos previstos por el artículo precedente. Se entenderá que no se ha interrumpido la caducidad de la orden de determina-

ción si, dentro de dichos plazos, el contribuyente no es notificado con el acto de determinación, con el que culmina la fiscalización realizada.

Como queda indicado, el efecto de la disposición es suspender los plazos de caducidad, mas no interrumpirlos, de manera que notificado el contribuyente con el acto de determinación, siempre que éste sea firme o se verifique la ejecutoria de la resolución o sentencia judicial confirmándolo, se reactivan estos plazos hasta que se consuma el tiempo que falte por transcurrir, en caso de haberlo.

De otro lado, la prescripción de la acción de cobro se interrumpe por el reconocimiento expreso o tácito de la obligación por parte del deudor o con la citación legal del auto de pago, conforme se desprende del art. 56 CT. No obstante, la misma disposición determina que no se tomará en cuenta la interrupción por la citación del auto de pago cuando la ejecución hubiere dejado de continuarse por más de dos años, salvo lo preceptuado en el artículo 247 CT (presentación de la demanda contencioso-tributaria que ocasiona suspensión del procedimiento de ejecución) o por afianzamiento de las obligaciones tributarias discutidas.

La condición de no considerarse como interrumpido el plazo de prescripción si la ejecución hubiere dejado de continuarse por más de dos años, supone, al igual que la caducidad de la facultad determinadora de la obligación tributaria, la condena a la administración por no obrar de manera oportuna y diligente, en este caso para recuperar el adeudo correspondiente.

Estas dos figuras que en sí condensan una potestad del Estado, a palabras de García Cozzi,¹¹ con particular referencia a la prescripción, se ubican entre las que en mayor grado otorgan seguridad y firmeza a la vida económica. Evita el desasosiego y la duda indefinidos de los obligados, da término a incertidumbres enojosas y pone a salvo de averiguaciones difíciles y confusas por el transcurso del tiempo; previene contiendas tardías y reclamaciones póstumas. Por medio de ella –continúa– la ley no sacrifica al acreedor en beneficio del deudor, sino que atiende el interés público que exige el orden, la seguridad y la estabilidad en las relaciones jurídicas.

11. José M. García Cozzi, "Prescripción tributaria", en *Impuestos doctrinas fundamentales 1942-2002*, Buenos Aires, La Ley, 2002, p. 200.

CADUCIDAD DE LA FACULTAD DETERMINADORA DE LA ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA. ANÁLISIS DEL ART. 94 DEL CÓDIGO TRIBUTARIO ECUATORIANO

Llegado al punto de análisis de la caducidad de la facultad determinadora de la obligación tributaria en cuanto a los plazos en los que ésta opera, merece preliminarmente una ligera remisión a la facultad determinadora de la obligación tributaria.

La obligación tributaria es el centro del ordenamiento jurídico-tributario, que no es otra cosa que la obligación de pagar al Estado o a otro ente público una cantidad de dinero a título de tributo, conforme lo señala Ferreiro Lapatza.¹² O, dicho en forma más abreviada, la obligación que tiene por objeto el pago de un tributo.

Ahora bien, la forma de determinarla una vez verificado el hecho que la origina, se encuentra recogida en la legislación tributaria de cada Estado; en el caso ecuatoriano, el primer inciso del art. 87 CT señala: “La determinación es el acto o conjunto de actos provenientes de los sujetos pasivos o emanados de la administración tributaria, encaminados a declarar o establecer la existencia del hecho generador, de la base imponible y la cuantía del tributo”.

Esta disposición inmediatamente nos remite a la que define los sistemas de determinación de la obligación tributaria, que representa el desdoblamiento de la forma de determinación, ya por declaración del sujeto pasivo, ya por actuación de la administración o de modo mixto.

La Determinación por el sujeto pasivo, según lo establece el art. 89 CT, se efectúa mediante la correspondiente declaración que se presentará en el tiempo, en la forma y con los requisitos que la ley o los reglamentos exijan, una vez que se configure el hecho generador del tributo respectivo. Declaración que es definitiva y vinculante para el sujeto pasivo, pudiendo no obstante rectificar los errores de hecho o de cálculo en que se hubiere incurrido, dentro del año siguiente a la presentación de la declaración, siempre que con anterioridad no se hubiere establecido y notificado el error por la administración. Este último evento, se colige, dentro del proceso de fiscalización de la administración.

El ordenamiento jurídico ecuatoriano reconoce carácter constitutivo de la determinación del sujeto pasivo de la obligación tributaria, atada al hecho de directamente liquidarla, como lo sostiene Villegas,¹³ la determinación de oficio es generalmente subsidiaria de la declaración efectuada por el sujeto pasivo y lo responsabiliza por sus constancias, sin perjuicio de su verificación y eventual rectificación por parte de la administración.

12. José Juan Ferreiro Lapatza, *Curso de Derecho Financiero Español*, p. 333.

13. Héctor B. Villegas, *Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario*, tomo I, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1984, 3a. ed., p. 285.

Jarach, citado por Villegas,¹⁴ sostiene que para determinados impuestos la declaración tributaria tiene un amplio alcance. El declarante interpreta las normas tributarias sustantivas aplicándolas a la situación o a los hechos cuya verificación reconoce e identifica con el hecho imponible definido por la ley; valora también el contenido de estos hechos económicos según las pautas legales, y finalmente aplica la cuota del impuesto sobre los valores determinados.

Otra forma de determinar la obligación tributaria es aquella ejercida por el sujeto activo, encaminada a establecer, en cada caso particular, la existencia del hecho generador, el sujeto obligado, la base imponible y la cuantía del tributo, de manera directa o presuntiva. Facultad que igualmente comprende la verificación, complementación o enmienda de las declaraciones de los contribuyentes o responsables; la composición del tributo correspondiente, cuando se advierta la existencia de hechos imponibles y la adopción de las medidas legales que se estime convenientes para esa determinación, conforme lo prevén los arts. 90 y 68 CT.

Del ejercicio de esta forma de determinación, se desprenden las siguientes situaciones:

- a) Determinación de obligaciones tributarias en las que el propio ente acreedor del tributo es el liquidador por previsión legal.
- b) Determinación de obligaciones tributarias producto de la verificación de determinaciones efectuadas por los sujetos pasivos mediante declaración, dentro de un proceso de fiscalización instaurado por la administración, a lo que Villegas ha tilado como *Determinación de oficio subsidiaria*.
- c) Determinación de obligaciones tributarias que igualmente en labores de verificación son efectuadas por la administración, en el caso de sujetos pasivos que una vez verificada la concurrencia del hecho generador no han procedido a declarar ni liquidar el tributo.

Estas determinaciones pueden obrar de manera directa o presuntiva y conllevan un recargo del 20% de la obligación principal, así definido por la disposición legal que trata este sistema.

Al tenor de lo estatuido en este último pasaje de la ley, queda advertido fehacientemente que no se ha dimensionado el alcance de la determinación de oficio, particularmente por la modalidad de la determinación del sujeto activo de la obligación tributaria que por mandato legal se encuentra constreñido a liquidarla sin mediar declaración del sujeto pasivo, o en aquellas de carácter mixto, denotando más bien que el ordenamiento está amoldado en torno a la determinación de oficio en labores de verificación dentro de

14. *Ibid.*, p. 286.

un proceso de fiscalización de las determinaciones declarativas efectuadas por el sujeto pasivo.

Este encauzamiento legal así estructurado violenta punzantemente el mecanismo de determinación por la administración, en liquidación directa y en algunos casos en determinación mixta, refleja un arbitrio del fisco y la correlativa afectación al administrado que es ajeno al procedimiento de liquidación a exclusivo cargo de la administración, más grave aún cuando esta determinación se la ejercita de manera presuntiva.

En esta misma línea, vale hacer referencia a las disposiciones que tratan sobre la determinación de forma directa y de forma presuntiva.

Al efecto, el art. 91 CT dice:

Forma directa. La determinación directa se hará sobre la base de la declaración del propio sujeto pasivo, de su contabilidad o registros y más documentos que posea, así como de la información y otros datos que posea la administración tributaria en sus bases de datos, o los que arrojen sus sistemas informáticos por efecto del cruce de información con los diferentes contribuyentes o responsables de tributos, con entidades del sector público u otras; así como de otros documentos que existan en poder de terceros, que tengan relación con la actividad gravada o con el hecho generador.

Esta forma de determinación a cargo del sujeto activo de la obligación tributaria representa la consecuencia de la verificación de los actos de determinación declarativa de los sujetos pasivos del tributo que amerite determinaciones por diferencias, o en el más estricto sentido determinaciones complementarias, aunque por previsión legal y en torno a otro procedimiento, encasillada la calificación a actos determinativos adicionales dentro de la sustanciación de una petición o reclamo administrativo.

Igualmente encarna la modalidad que con mayor tecnicismo y certeza sustenta la liquidación impositiva en aquellos tributos determinados de oficio por la administración o de manera mixta.

De otro lado, en lo relativo a la determinación presuntiva, el art. 92 CT prevé:

Forma presuntiva. Tendrá lugar la determinación presuntiva, cuando no sea posible la determinación directa, ya por falta de declaración del sujeto pasivo, pese a la notificación particular que para el efecto hubiese hecho el sujeto activo ya porque los documentos que respalden su declaración no sean aceptables por una razón fundamental o no presenten mérito suficiente para acreditarla. En tales casos, la determinación se fundará en los hechos, indicios, circunstancias y demás elementos ciertos que permitan establecer la configuración del hecho generador y la cuantía del tributo causado, o mediante la aplicación de coeficientes que determine la ley respectiva.

Esta forma de determinación de la obligación tributaria a cargo de la administración encuentra justificación en la medida en que no pueda establecérsela de manera directa, conlleva igualmente la conminación material al administrado de la asunción de la deuda tributaria por la verificación del hecho imponible. Por remitirse a datos inciertos o no confirmados, es absolutamente proclive a la interposición de reclamos, recursos y acciones judiciales, más aún, en aquellos casos en que es ejercitada dentro de procedimientos de liquidación de oficio y de determinación mixta.

El tercer sistema de determinación de la obligación tributaria al tenor del art. 93 CT es el calificado como de determinación mixta, que opera por parte de la administración a base de los datos requeridos por ella a los contribuyentes o responsables, quienes quedan vinculados por tales datos, para todos los efectos.

Se identifica como determinación hecha por el ente acreedor del tributo con la cooperación del sujeto pasivo, quien aporta los datos que le solicita aquél, para la liquidación impositiva, como queda indicado, a cargo de la administración.

Ya en lo concerniente al tema que motiva propiamente este ensayo, con las referencias legales y de desarrollo doctrinario precedente, corresponde analizar el contenido del art. 94 del Código Tributario, referente a los plazos de caducidad de la facultad determinadora de la obligación tributaria a cargo de la administración.

El art. 94 CT estatuye:

Caducidad. Caduca la facultad de la administración para determinar la obligación tributaria, sin que se requiera pronunciamiento previo:

1. En tres años, contados desde la fecha de la declaración, en los tributos que la ley exija determinación por el sujeto pasivo, en el caso del artículo 89;
2. En seis años, contados desde la fecha en que venció el plazo para presentar la declaración, respecto de los mismos tributos, cuando no se hubieren declarado en todo o en parte; y,
3. En un año, cuando se trate de verificar un acto de determinación practicado por el sujeto activo o en forma mixta, contado desde la fecha de la notificación de tales actos.

La extrañeza de esta disposición estriba en la falta de referencia de plazo de caducidad de la facultad determinadora de la obligación tributaria de la administración, en tributos que se determinan de oficio y por liquidación de ésta y en aquellos que se determinan igualmente por ésta con base en datos proporcionados por el sujeto pasivo –determinación mixta– omisión que propicia la discrecionalidad de la administración para determinar obligaciones tributarias de ejercicios impositivos anteriores, cada uno de éstos enmarcado en el período 1 de enero a 31 de diciembre de cada año.

Nótese que no se tratan de tributos declarativos, sino de determinados por el propio ente acreedor del tributo en liquidación de oficio o por determinación mixta, lo que

implica decir que en ningún momento se verifica un proceso de fiscalización de determinaciones declarativas.

Esta especial significación conduce a inferir que la administración se encuentra investida para, en retrospectiva, determinar obligaciones tributarias por materias gravables de ejercicios impositivos anteriores, en virtud de hechos generadores que habiendo operado en su momento, no han sido motivo de determinación tributaria en el curso ordinario, o en otros casos, de hechos impositivos que sin ser periódicos operaron en su momento y que, sin embargo, no han sido determinados oportunamente.

Ahora bien, el ejercicio de la facultad determinadora en este tipo de tributos no puede retrotraerse ilimitadamente para liquidar obligaciones que correspondan a ejercicios impositivos anteriores o que asimismo hayan operado en ejercicios anteriores.

A lo expuesto, se añade lo diametralmente opuesto de los momentos en que empiezan a *decurrir* los plazos de prescripción de la acción de cobro de los tributos determinados por la administración de oficio o de determinación mixta, que para ambos casos es de 5 años, al tenor de lo puntualizado en el primer y tercer incisos del art. 55 CT, en virtud de que, por un lado empiezan desde la fecha de exigibilidad, y, por otro, desde la fecha en que el acto de determinación se convierta en acto firme, o desde la fecha en que cause ejecutoria la resolución administrativa o la sentencia judicial, entendidas como confirmatorias de la determinación, sin hacer el distingo que defina inequívocamente cuál de los dos eventos debe considerarse para el inicio del plazo de prescripción.

Sin embargo, por el sentido de equilibrio que debe primar en la gestión, se concluye que los plazos de prescripción de tributos determinados de oficio por la administración o de determinación mixta, empiezan a *decurrir* desde la fecha en que fueron exigibles, desestimándose, por ende, la disposición constante en el tercer inciso del art. 55 CT que, del análisis establecido, ésta es susceptible de aplicación para los impuestos declarativos.

Esta apreciación permite vislumbrar que el eventual abuso de la facultad determinadora por parte de la administración en los tributos de determinación de oficio o de determinación mixta, que no haya sido ejercida oportunamente y que en compensación se retrotraiga a períodos impositivos anteriores sin definición del límite, sea neutralizado precisamente por los plazos de prescripción de la acción de cobro (5 años), que empiezan a contarse desde la fecha de exigibilidad de esas obligaciones.

Lo dicho nos conduce al enfoque de la exigibilidad de la obligación tributaria. En líneas anteriores se hizo referencia a esta categoría, habiéndonos remitido al art. 19 CT, en el que se consagra que la obligación tributaria es exigible a partir de la fecha que la ley señale para el efecto, con la aplicación subsidiaria de dos reglas en caso de no preverse ley que la fije.

La primera regla refiere a los tributos declarativos y no reviste mayor inconveniente, pues la fecha de exigibilidad a falta de previsión legal se remite al tiempo de vencimiento del plazo fijado para la presentación de la respectiva declaración.

Por su parte, la segunda regla que se circunscribe a los tributos determinados por la administración por liquidación de oficio o por determinación mixta, denota una inconsistencia plasmada en el hecho de que si la fecha de exigibilidad de la obligación corre desde el día siguiente al de la notificación de la determinación a cargo de la administración, en virtud de la remisión a un mandato legal, no cabe pensar que en este mandato no se haya previsto expresamente una fecha de exigibilidad.

De lo expresado, se concluye que la no alusión de plazos de caducidad para las determinaciones de obligaciones tributarias a cargo de la administración efectuadas de oficio o de forma mixta, genera graves conflictos, que se desdoblán en dos eventos:

1. Si hay previsión legal que defina la fecha de exigibilidad del tributo, el plazo en que empieza a *decurrir* la caducidad puede asimilarse al plazo de la prescripción (5 años contados desde la fecha de exigibilidad), pero no se dejaría un margen admisible para ejercitar la acción de cobro, pudiéndose por lo mismo fijarse un plazo máximo de cuatro años, que igualmente, condicionado al plazo de verificación –un año desde la notificación del acto de determinación inicial–, debería ser menor.
2. Si no hay ley que establezca la fecha de exigibilidad del tributo, ésta obraría desde el día siguiente al de la notificación de la determinación, lo que derivaría en infructuosa la asimilación de plazos de caducidad a los de prescripción, porque no se tendría ningún referente en el tiempo para limitar la acción determinadora del administrador respecto de obligaciones tributarias por ejercicios impositivos anteriores.

La inclusión en la legislación tributaria ecuatoriana de plazos de caducidad para la facultad determinadora de obligaciones tributarias a cargo de la administración de oficio o de propia liquidación, así como los de determinación mixta, resulta imperioso, dado que innovaciones como ésta son parte del proceso de permanente tecnificación de la gestión tributaria que optimice la recaudación del tributo y genere mayor certidumbre en el administrado con relación a la marcha de su accionar.

Por otro lado, vale enfatizar que el número 3 del art. 94 CT menciona el plazo de caducidad de la verificación de un acto de determinación practicado por el sujeto activo o en forma mixta, contado desde la fecha de la notificación de tal acto, evento éste que supone la existencia de una determinación inicial en la forma como se ha detallado en líneas anteriores.

Finalmente, si revisamos el número 2 del art. 94 CT, nos deja latente la inquietud de descifrar el alcance de la diferencia que el legislador plantea en los plazos de caducidad

de la facultad determinadora en obligaciones tributarias determinadas por el sujeto pasivo mediante declaración, pues si analizamos el número 1 de dicho artículo, el plazo de caducidad es de tres años, contados desde la fecha de la declaración, en tanto que el número 2 menciona el plazo de caducidad en seis años, contados desde la fecha en que venció el plazo para presentar la declaración, cuando no se hubieren declarado en todo o en parte.

Respecto al primer punto de distinción de plazos, se entiende razonable que opere caducidad en un tiempo menor (3 años) la facultad de la administración para determinar –si el caso amerita– la obligación tributaria que ha sido determinada por el sujeto pasivo, a través de la respectiva declaración en los plazos correspondientes, a contarse desde la fecha de declaración; respecto de aquella obligación tributaria no determinada por falta de declaración del sujeto pasivo dentro de los plazos previstos para el efecto, en la que la caducidad de la facultad determinadora de la administración caduca en 6 años, contados desde la fecha en que venció el plazo para presentar la declaración.

El segundo punto de distinción es más bien el que corresponde ensayar sobre su auténtica dimensión, y que dice relación a que la caducidad de la facultad determinadora de la administración opera en seis años, contados desde la fecha en que venció el plazo para presentar la declaración cuando no se hubiere declarado en todo o *en parte*.

A qué se refiere la locución *en parte*, merece indagarse. Porque si hubo declaración, el plazo de caducidad debe remitirse al supuesto contenido en el número 1 (3 años contados desde la fecha de declaración). La diferencia que se advierte es que en el primer supuesto, la declaración se realiza dentro de los plazos correspondientes y, en el segundo, se realiza fuera de esos plazos.

Otra distinción que podría argumentarse es aquella que pasa por la veracidad, objetividad y honestidad de la información consignada en la declaración. El legislador tampoco es claro al respecto, porque no es indicador absoluto que el contribuyente que declaró dentro del tiempo debido haya obrado de buena fe y que las eventuales inconsistencias constatadas por la administración obedezcan a errores formales, aritméticos o de cálculo y, por otro lado, se condene de antemano al sujeto pasivo que por declarar extemporáneamente cargue el estigma de mal contribuyente, sobre el que verificándose eventualmente inconsistencias en su declaración, sean atribuidas a errores sustanciales como claros indicadores de intencionalidad de perjudicar al fisco. De manera que esta última tesis no resulta concluyente.

En concomitancia a lo expuesto en el presente trabajo, merece confirmarse que la reforma al art. 94 CT es pertinente para rescatar en unos casos y prever en otros, procedimientos que han sido desestimados e inobservados en relación a los tributos determinados por la administración tributaria con liquidación de oficio y aquellos determinados igualmente por ésta pero en forma mixta, que a guisa de ejemplo pueden mencionarse los

impuestos municipales predial urbano, predial rural, en algunos casos el de patente municipal, alcabala y otros; impuestos que coexisten en el sistema tributario nacional con los ya consolidados impuestos de orden declarativo como son los administrados por el Servicio de Rentas Internas en el ámbito de la administración tributaria central.

PROPUESTA DE MODIFICACIÓN AL TEXTO DEL ARTÍCULO ANALIZADO

Luego de haberse esgrimido algunos puntos en lo relativo a la figura de caducidad y particularmente la observación al artículo 94 del Código Tributario ecuatoriano, la parte final de este ensayo desemboca en la producción de un texto alternativo al previsto en la disposición de marras.

Al efecto, el artículo que me permito formular es del siguiente tenor:

Art. 94. Caducidad. Caduca la facultad de la administración para determinar la obligación tributaria, sin que se requiera pronunciamiento previo:

En tres años, contados desde la fecha de la declaración, en los tributos que la ley exija determinación por el sujeto pasivo;

En seis años, contados desde la fecha en que venció el plazo para presentar la declaración, en los tributos de determinación a cargo del sujeto pasivo, cuando no se hubieren declarado y, de aquellos declarados extemporáneamente;

En tres años, contados desde la fecha de exigibilidad, en los tributos determinados por el sujeto activo de oficio y en los de determinación mixta; y,

En un año, cuando se trate de verificar un acto de determinación practicado por el sujeto activo o en forma mixta, conforme se indica en el número anterior, contado desde la fecha de la notificación de tal acto.

Texto que sin ser dechado en técnica jurídica, se presenta como el producto del análisis que ha ocupado este trabajo y que pretende cubrir el vacío verificado en la actual disposición legal observada.

CONCLUSIONES

La caducidad y la prescripción como institutos jurídicos que tienen como elemento constitutivo el decurso del tiempo y que en el caso del Derecho Tributario discurren en la órbita de la gestión del tributo, se distinguen claramente, pues la primera se refiere al agotamiento de la facultad de la administración para la determinación de la obligación tributaria; y la segunda, a la extinción de la obligación tributaria y del derecho o la acción a perseguir su cobro por parte de la administración.

La legislación tributaria ecuatoriana no prevé plazo de caducidad para el ejercicio de la facultad determinadora a cargo de la administración en tributos de liquidación de oficio y de determinación mixta, mas que en la revisión de actos derivados de dicha facultad, por lo que resulta imperiosa la reforma del Código Tributario ecuatoriano en su art. 94 referente a la caducidad de la facultad determinadora de la obligación tributaria a cargo de la administración, en la que se incluya plazo de caducidad en el ejercicio de dicha prerrogativa para los tributos determinados bajos esas modalidades.

El referente a considerar para establecer la fecha en que empieza a correr el plazo de la administración para el ejercicio de la facultad determinadora de la obligación tributaria en tributos de liquidación de oficio y de los de determinación mixta, es el de la fecha de exigibilidad de esos tributos, exigibilidad entendida bajo los mismos presupuestos utilizados para la prescripción.

El plazo de caducidad de la facultad determinadora de la obligación tributaria a cargo de la administración en tributos de liquidación de oficio y de los de determinación mixta debe ser menor al de la prescripción de la obligación tributaria y de su acción de cobro, en virtud de reconocerse un margen temporal entre la determinación de la obligación en este tipo tributos y la consecuente acción de cobro.

Se ha definido como el más admisible, el plazo de tres años en los que opere la caducidad de la facultad determinadora de la obligación tributaria a cargo de la administración en los tributos de liquidación de oficio y de los de determinación mixta, puesto que, por un lado, se garantiza, si es ejercida en las postrimerías del plazo fijado, la no prescripción de la acción de cobro por parte de la administración por disponer de un tiempo mayor para su ejercicio; y, por otro, se obra con simetría dentro de la relación jurídico tributaria, al asimilarlo con el plazo que dispone el contribuyente para ejercitar su derecho para formular el reclamo ante la administración por devolución por pago indebido o por pago en exceso de obligaciones tributarias.

BIBLIOGRAFÍA

Cabanellas, Guillermo, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, tomo II, Buenos Aires, editorial Heliasta, 1994, 23a. ed.

Código Tributario ecuatoriano, codificación 2005-009 RO-S 38: 14-junio-2005.

Ferreiro Lapatza, José Juan, *Curso de Derecho Financiero Español*, Madrid, Marcial Pons ediciones Jurídicas S.A, 1994, 16a. ed.

Garcés Moreano, Rodrigo, *La caducidad en el sistema tributario ecuatoriano*, Quito, ediciones de la Universidad Católica, 1980.

García Cozzi, José M., “Prescripción Tributaria”, en *Impuestos Doctrinas Fundamentales 1942-2002*, Buenos Aires, editorial La Ley, 2002.

Giuliani Fonrouge, Carlos María, *Derecho Financiero, volumen I, Actividad Financiera, presupuesto, poder tributario, obligación tributaria*, obra actualizada por Susana Camila Navarrine y Rubén Óscar Asorey, Buenos Aires, ediciones Depalma, 1997, 6a. ed.

Jarach, Dino, *Curso Superior de Derecho Tributario*, tomo I, Buenos Aires, Liceo Profesional Cima, 1969, edición nueva.

Villegas, Héctor B., *Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario*, tomo I, Buenos Aires, ediciones Depalma, 1984, 3a. ed.

Fecha de recepción: 18 de mayo 2009

Fecha de aceptación: 29 de mayo 2009

Periodismo sin garantismo ¿La reaparición de la picota pública?

Jorge Vicente Paladines*

RESUMEN

El presente trabajo se inscribe en el debate acerca del conflicto entre los principios constitucionales de información y protección del honor en el terreno del delito flagrante. Se trata de la tensión sobre la situación judicial de las personas aprehendidas o capturadas y el actuar de los medios de comunicación, en la emergente corporativización de la Política Criminal (seguridad pública) por la agenda periodística. Es una reflexión de cómo el periodismo y las garantías de los detenidos no comulgan alrededor del principio de presunción de inocencia, en donde el *metamensaje* de la noticia penal buscaría asilo en el populismo legislativo.

PALABRAS CLAVE: delito flagrante, periodismo, garantías, presunción de inocencia.

ABSTRACT

This study inscribes within the debate between the constitutional principles of information and protection of honor. The purpose is to guide the reader through a critical description of this issue, referring on one hand, to the judicial situation of people who are apprehended in flagrant crimes, and on the other, to the social alarm caused by the media, when they include in their agendas the debate over public safety. The article deals with the crash between journalism and the guarantees of people under arrest, and demonstrates that they do not necessarily combine with the presumption of innocence. Finally, the study analyzes the social consequences of the criminal policy of imprisoned people.

KEY WORDS: flagrant crime, journalism, guarantees, presumption of innocence.

FORO

* Profesor de Sistemas Penales, Control Social y Derechos Humanos, y de Criminología Crítica y Política Criminal de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

Es la idea de los castigos al nivel del escándalo, la vergüenza, la humillación de quien cometió una infracción. Se publica su falta, se muestra a la persona públicamente, se suscita en el público una reacción de aversión, desprecio y condena.

Michel Foucault, *Vigilar y castigar*

INTRODUCCIÓN: GARANTISMO, DETENCIÓN Y POLÍTICAS PÚBLICAS

Después de la Segunda Guerra Mundial, varios Estados del mundo pactaron en sus constituciones la recepción ineludible del Derecho Internacional de los Derechos Humanos,¹ acogidos bajo la denominación –en algunos casos– de *Derechos Fundamentales*. Esta fue la consecuencia de la llamada “Segunda Ola de Democratización”,² de donde partió el compromiso estatal de tutelar, de manera efectiva y cierta, los derechos de las personas.

A fines de los años setenta, un sector importante del clivaje de la cultura jurídica italiana –conectada con el pensamiento penal liberal– produjo una serie de cuestionamientos a las denominadas “leyes de emergencia” promulgadas desde el Estado.³ En aquel entonces se implantaron políticas de seguridad que, entre otras medidas represivas, buscaban cerrar el paso a organizaciones políticas como las Brigadas Rojas en su lucha por tomar el poder. Aquellas legislaciones acrecentaron aún más el poder del Estado en detrimento de las personas, se suprimieron varios derechos fundamentales como la libertad personal, a la que se divorció de su vínculo jurídico con un debido proceso legal.

Ante el palpable resquebrajamiento de los derechos de las personas por parte del Estado, se propuso una urgente y efectiva técnica normativa de protección de derechos fundamentales, al que se denominó, sencillamente, como *garantismo*. Se habla de garantismo para poner límites al poder –todos los poderes– del Estado –en materia penal al poder punitivo–; y de fomentar una cultura de profunda crítica al positivismo jurídico,

-
1. Se entiende por Derecho Internacional de los Derechos Humanos al: “Sistema de principios y normas que regulan un sector de las relaciones de cooperación institucionalizada entre Estados de igual desarrollo socioeconómico y poder, cuyo objeto es el fomento del respeto a los derechos humanos y libertades fundamentales universalmente reconocidas, así como el establecimiento de mecanismos para la garantía y protección de tales derechos y libertades, los cuales se califican de preocupación legítima y, en algunos casos, de intereses fundamentales para la actual comunidad internacional de Estados en su conjunto”. Jiménez Piernas *et al.*, citado por Carlos Villán Durán, *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Madrid, Editorial Trotta, 2006, pp. 85-86.
 2. Samuel P. Huntington, *La Tercera Ola. La democratización a finales del siglo XX*, Barcelona, Paidós, 2000, p. 26.
 3. Luigi Ferrajoli, “Garantías Constitucionales”, trad. en castellano por Calógero Pizzolo, en Raúl Gustavo Ferreyra y Andrés Gil Domínguez, dirs., *El Garantismo Constitucional*, Revista Argentina de Derecho Constitucional, año I, No. 2, Buenos Aires, Ediar, 2000, p. 41.

que lleva en su seno el germen de su potencial invalidez, reflejo de la abismal diferencia entre normatividad y efectividad. A partir de este “control de efectividad” se trató de evitar arbitrariedades de tipo judicial o policial, como una *limitación del poder de la ley por parte de otra ley*.⁴

El garantismo se funde en el Estado de Derecho, pues salta a la vista la concepción de una “autonomía” de los derechos fundamentales como pactos de *no agresión* establecidos en la Constitución. Se trata de cultivar un *derecho penal mínimo*, caracterizado por la aplicación de los principios adaptables a la “ley del más débil”, como lo es en el delito el ofendido, en el proceso el imputado y en la pena el condenado.⁵ Los derechos humanos actúan, tanto para limitar al poder punitivo –función negativa–, como para tutelar los derechos de las personas por medio del derecho penal –función positiva.⁶ Por esta razón, Zaffaroni advierte en no adjetivar y confundir la relación entre derecho penal y garantismo, al decir que:

Referirse a un derecho penal garantista en un estado de derecho es una grosera redundancia, porque en él no puede haber otro derecho penal que el de garantías, de modo que todo penalista, en ese marco, se supone que es partidario de las garantías, esto es, garantista.⁷

El Ecuador no ha sido distante del garantismo a nivel normativo. Encontramos que la vigente Constitución Política establece –como plazo razonable– que la detención no durará más de veinticuatro horas;⁸ por supuesto, el plazo razonable de la detención en nuestro país se reduce a un tiempo menor en comparación con otras legislaciones de América Latina, pues en Colombia la detención puede durar treinta y seis horas; en Venezuela cuarenta y ocho; mientras que en Argentina y España hasta setenta y dos. Paradójicamente, en el Perú, a consecuencia de los estatutos antiterroristas de inicios de los noventa que se impregnaron en su reforma constitucional, la detención puede prolongarse hasta por quince días. A pesar de las distancias en el plazo, las condiciones de encierro provisional reproducen las mismas lógicas de hacinamiento, precariedad y

4. Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 2001, 5a. ed., p. 335.

5. *Ibid.*, p. 109.

6. Alessandro Baratta, *Criminología y sistema penal*. Compilación in memoriam; Carlos Alberto Elbert, dir., colección Memoria Criminológica, No. 1, Argentina, Editorial B de F, 2004, p. 299.

7. Eugenio Raúl Zaffaroni, *El Enemigo en el Derecho Penal*, Bogotá, Editorial Ibáñez y Universidad Santo Tomás, 2006, p. 228. Se puede decir que el *garantismo* tiene tres vertientes: 1) Una primera surgida desde Baratta, quien parte de una visión “optimista” al ver en el garantismo la función de atizar una mejor sociedad; 2) Una visión “reactiva”, de alguna manera, propiciada por Ferrajoli, para quien la irracionalidad manifiesta del positivismo jurídico debe ser contenida para evitar el decisionismo; y, finalmente, 3) Una visión “escéptica” adoptada por Zaffaroni, que trata acerca de la construcción de garantías sin dejar de negar la deslegitimación del derecho penal. Cfr. Gabriel Ignacio Anitua, *Historia de los pensamientos criminológicos*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2006, 1a. reimp., pp. 449-461.

8. Este es el plazo razonable del art. 24.6 de la Constitución Política de la República del Ecuador de 1998. La mencionada disposición se encuentra ahora en el art. 77.1 de la vigente Constitución Política de 2008.

corrupción, como parte de una realidad sobrediagnosticada –pero poco considerada– en los estudios político-criminales de la región.

El mencionado plazo en el Ecuador es parte de una medida cautelar en la que se pretende investigar –en el marco del esclarecimiento de la verdad– a una persona implicada, o que se la haya implicado, en la presunta comisión de un delito flagrante. Se trata de arrestos o capturas cuyo “reproche” genera el deseo de evitar la fuga o impunidad de quien a la vista –“con las manos en la masa”– quebrantó la norma.⁹ Es un plazo que no solo condiciona el nacimiento o el ocaso de un día. Dentro de las veinticuatro horas de detención aparecen algunos actores, que, a diferencia de los operadores de justicia, construyen parte de la agenda pública en materia de seguridad. Por medio de la prensa la sociedad civil conoce la otra parte de la sociedad, aquella que posiblemente adecua su conducta a tipos penales –y que por ende tiene su libertad en entredicho frente al poder penal–. Se coloca en la *cosa pública* la vida e imagen de todos los ciudadanos aprehendidos, pero también de aquellas personas que mientras no obtengan una sentencia judicial condenatoria ejecutoriada deberán gozar del principio de presunción de inocencia –que más bien se instituye jurídicamente como un estatus–, al igual de otros derechos como la privacidad, la honra y el buen nombre.

A pesar que un día es “casi nada”, puede ser el tiempo suficiente para exacerbar la vergüenza y empujar a una persona, en el marco de un espectáculo informativo, hacia una impune degradación de su Ser. Aunque las agencias penales no puedan mantener a una persona detenida por falta de “elementos de convicción”, bastarán un par de minutos para impregnar en ella una marca indeleble para el resto de su vida.

A partir del 12 de agosto de 2008, el Ministerio de Gobierno, Policía y Cultos emitió un decreto donde se prohibían la publicación de imágenes violentas –contentivas en accidentes, crímenes o muertes–.¹⁰ Luego se extendió la prohibición de publicación de imágenes a personas aprehendidas o procesadas penalmente. No obstante, el entonces Ministerio Público –hoy Fiscalía General del Estado– objetó esta medida justificándose en los altos índices de criminalidad que, para la segunda semana de octubre de 2008, habían ocupado las primeras planas de los principales medios de comunicación del país. Como consecuencia, el 23 de octubre de 2008 el Ministerio de Gobierno, Policía y Cultos reculó sobre su decreto emitido meses atrás, autorizando nuevamente a la policía judicial la presentación ante los medios de comunicación de las personas detenidas –aprehendidas– en delito flagrante, justificando su presentación con la presunción de vinculación a

9. El quebrantar (confianza en) la norma lo uso como una expresión, mas no como adscripción alguna a tesis funcionalistas.

10. “¿Será que se acabó el morbo?": http://www.ultimasnoticias.ec/noticiaUN.asp?id_noticia=18311&id_seccion=56 (visita 5/09/08).

verdaderas organizaciones delictivas, pues solo excepcionalmente “se habían presentado a personas inocentes”.¹¹

El presente trabajo no se refiere a la naturaleza del delito flagrante. Pretende iniciar una reflexión –en el marco de las garantías de las personas detenidas– acerca de la colisión entre el derecho a la información y la protección de la honra de las personas aprehendidas por la policía. La *picota pública* es un aditamento histórico para sus “conclusiones”. Veremos si la pifia y los prejuicios comulgan en un escenario impregnado de sensacionalismo, paralelamente dentro de una normativa constitucional que considera a las personas privadas de su libertad como grupos de atención prioritaria.¹² Se busca poner en cuestión a la actual Política Criminal del país, sujeta ahora bajo el *Plan Nacional de Seguridad Ciudadana*;¹³ de discutir los enfoques de la detención acerca de ¿qué es *ser presentado*?; y, finalmente, de yuxtaponer la crítica y la propuesta para la reformulación de las políticas públicas en materia de seguridad.

EL SER PRESENTADO EN LA PERSPECTIVA GARANTISTA

Toda persona detenida a causa de una infracción penal será llevada sin demora tras su detención ante un juez u otra autoridad determinada por la ley...

Conjunto de Principios para la Protección de Todas
las Personas Sometidas a Cualquier Forma de
Detención o Prisión, *Principio 37*

Uno de los episodios más significativos en la memoria cristiana de nuestros pueblos, fue, sin duda, la presentación del detenido Jesús de Nazareth ante el procurador romano Poncio Pilato, comparecencia que llevó más tarde al controvertido juicio que decidió públicamente la liberación de Barrabás y la crucifixión de Jesús. Sin embargo, lo relevante para el caso fue la *entrega física* del detenido Jesús ante una autoridad; entrega que se tradujo en su momento en la obligación de Roma y en el “derecho” de una persona a *ser presentado*.¹⁴

11. Declaración del Ministro de Gobierno y Policía, desgrabada por el diario *El Comercio*. “Los reos si podrán ser fotografiados”:

http://www.elcomercio.com.ec/noticiaEC.asp?id_noticia=231477&id_seccion=28, visita 24/10/08. Esta decisión fue acompañada de una cadena nacional de televisión emitida por el mencionado Ministerio el día viernes 24 de octubre de 2008 a partir de las 20h00.

12. Art. 52 de la Constitución de la República.

13. El Plan Nacional de Seguridad Ciudadana fue implementado por el Ministerio de Gobierno y Policía de la República del Ecuador a partir del 6 de Noviembre de 2008. En él se condensan las políticas, por parte del poder ejecutivo, para paliar los altos índices de criminalidad esgrimidos a través de los medios de comunicación del país.

14. Por supuesto que en pleno Imperio Romano no se puede hablar de garantías. La referencia es solo histórica.

1215 años después, el mundo vería en la Inglaterra del Rey Juan nacer la afamada *Carta Magna*, y en ella, la cláusula XLVI que protegía la libertad de los hombres contra posibles arbitrariedades –contradictoriamente en un reino que, para la época, aún mantenía la esclavitud–. Empero, el *hábeas corpus*, cuya esencia trae consigo el hecho físico de presentar el cuerpo de un detenido ante una autoridad, y en su presencia resolver el restablecimiento o no de su libertad para evitar su ilegalidad, tuvo sus debatibles orígenes. Algunos comentan que esta garantía nació en la *Petición de Derechos* o *Bill of Rights* hecha por Carlos I de Inglaterra en 1628, otros en los *Fueros Españoles*, para finalmente llegar al *Acta de Hábeas Corpus* de Inglaterra de 1679.¹⁵ En todos los casos, lo que se refleja de su naturaleza es la cesación inmediata de una detención ilegal, y no solo la característica de presentar a un detenido.

En la actualidad, nuestra legislación establece que, antes de cumplirse las veinticuatro horas de detención, toda persona detenida deberá ser presentada ante su jueza o juez natural. El derecho a *ser presentado* no debe entenderse como el hecho de presenciar físicamente al detenido frente a una autoridad, es el derecho a comparecer y comprender de todas las actuaciones del proceso. Esto implica que se deben reunir condiciones objetivas y subjetivas, las que se traducen en obligaciones –prestaciones positivas– del Estado. La condición objetiva consiste en la obligación del Estado de llevar –trasladar– al detenido o detenida desde el centro de detención provisional ante una autoridad. Con la condición subjetiva se debe propender a la asistencia psicológica y jurídica del detenido. De esta manera, la persona detenida puede informarse, percibir, comprender y comunicarse con el mundo procesal –sistema penal– que lo requiere. Se debe a su vez facilitar una confrontación transparente, como el derecho a permanecer físicamente –ver, oír, preguntar– frente a quien declara en su contra, sea éste agente fiscal, acusador particular, testigo o perito, permitiendo también la realización de un interrogatorio cruzado.

Es preciso señalar la distinción entre *poner a disposición* y *entregar* al detenido ante una autoridad.¹⁶ La primera característica no necesariamente implica presentar física o materialmente al detenido. Se puede entender como el hecho de reducirlo a un simple expediente para “comparecer” a través de un atestado o parte policial. Por el contrario, *entregar* implica llevar a la persona detenida ante una autoridad, como la obligación que tiene el Estado para custodiar y presentar a tiempo a las personas capturadas, obligación que deben cumplir tanto los funcionarios que lo custodian como los que lo requieren, pues el Estado, a través de los operadores de la justicia penal, se coloca en posición de garante.

15. Raúl Washington Ábalos, *Derecho Procesal Penal: cuestiones fundamentales, Tomo I*, Santiago, Ediciones Jurídicas Cuyo, 1993, pp. 319 y ss.

16. Carlos Salido Valle, *La detención policial*, Barcelona, José María Bosch, 1997, p. 120.

Hay que destacar el estudio sobre el cómputo del traslado del detenido ante una autoridad, lo que implica controlar su tiempo. De ello depende saber si la detención comienza con la captura o con la redacción del parte policial en la búsqueda de los “elementos de convicción”. Esto supone el acompañamiento y el “rol” de la policía judicial, quienes son los facultados para elaborar el parte informativo o atestado.

La presentación del detenido para practicar una confrontación se soslaya jurídicamente, cuando el objeto o los sujetos del proceso tienen la “protección de reserva”. Se trata de la defensa judicial de bienes jurídicos como la honra o la seguridad del Estado: por ejemplo, al tratarse de delitos contra la libertad sexual, cuando las supuestas víctimas sean niños, niñas o adolescentes. No obstante, en los casos de juzgamiento por delitos contra la seguridad del Estado lo que se pretende en unos casos es ocultar información –promover el silencio como “una forma de ejercer y mantener el poder”–,¹⁷ y en otros, dar rienda suelta al denominado *derecho penal del enemigo*.¹⁸ Esto es: ocultar, distraer y confiscar la presencia del detenido al calificarlo como enemigo del Estado. De esta forma se lo sustrae de sus garantías judiciales, imponiéndole jueces sin rostros, testigos de identificación reservada, incomunicación y aislamiento celular, interceptación de llamadas telefónicas o juzgamientos en ausencia.

La entrega y presentación del detenido ante una autoridad permite evitar la posible comisión e impunidad de maltratos como torturas, y –en el peor de los casos– de desapariciones forzadas de personas. Se trata de una garantía que permite la rendición de cuentas de quienes, a nombre del Estado, detienen y encierran a las personas, encontrándose además en posición de garantes frente al detenido y a sus familiares, tal como lo ha señalado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su dictamen del 19 de marzo de 1999 al sostener que:

El Estado, al privar de la libertad a una persona, se coloca en una especial posición de garante de su vida e integridad física. Al momento de detener a un individuo, el Estado lo introduce a una “institución total”, como es la prisión, en la cual los diversos aspectos de su vida se someten a una regulación fija, y se produce un alejamiento de su entorno natural y social, un control absoluto, una pérdida de intimidad, una limitación del espacio vital y, sobre todo, una radical disminución de las posibilidades de autoprotección.

17. Ramiro Ávila, “El derecho al acceso a la información y los Derechos Humanos”, en Ramiro Ávila, coord., *Los derechos sociales: del acceso a la información a la justicia*, Quito, Centro de Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 2007, p. 27.

18. La tesis del profesor Günther Jakobs sobre el *Derecho Penal del Enemigo* considera que los sujetos que desafectan las normas del ordenamiento jurídico deben ser considerados como no-personas. Ver Günther Jakobs, *Sociedad, norma y persona en una teoría de Derecho Penal funcional*, Madrid, Civitas, 1996, p. 50. Paralelamente, el profesor catalán Jesús María Silva Sánchez plantea el “Derecho Penal de tercera velocidad” como una forma de hablar, en los mismos términos, del *Derecho Penal del Enemigo*. Ver Jesús María Silva Sánchez, *La expansión del Derecho Penal*, Madrid, Civitas, 2001, p. 163.

La presencia de una persona privada de su libertad ante una autoridad permite hacer un examen de control de garantías, tanto físico como jurídico, mientras está –o estuvo– bajo custodia de la policía judicial. Al mismo tiempo, se le permite al detenido informarse sobre las garantías judiciales que lo asisten. Por ende, al comparecer el detenido ante el juez se cumple con una doble función:

- a) Que el detenido conozca sus derechos y la manera de ejercerlos dentro del sistema penal, mediante la percepción del proceso penal con todos los sujetos procesales, consiguiendo –de ser el caso– preguntar y repreguntar al funcionario o acusador particular que lo imputa sobre el estudio de la veracidad o falsedad de los argumentos que lo acusan; y,
- b) Que la autoridad competente del órgano judicial haga un examen de efectividad de derechos, desde preguntarle al detenido sobre la violación o no de sus garantías –para descartar también posibles maltratos–, hasta razonar sobre la factibilidad o procedencia de los “elementos de convicción” sobre los hechos con que se pretenda imputar para seguir encarcelándolo –sustituir la medida cautelar por prisión preventiva–.

En las detenciones administrativas –o detenciones propiamente tales– el Estado, a través de la fuerza pública, puede abusar más que en las detenciones judiciales o prisión preventiva. En la aprehensión, captura o arresto no hay juez ni autoridad para exencionar esta medida cautelar, solo existe el anhelo de eficiencia de la policía judicial frente al fenómeno criminal. La detención tiene raigambre administrativo-policial en tanto la persona aprehendida sea presentada ante una autoridad judicial, momento en que el poder ejecutivo deja de ser su tutor para pasarlo luego al poder judicial, dando origen a una *transferencia de poder*.

Mientras se mantenga a una persona privada de su libertad, aún sin comparecer ante su juez natural, éste tiene la obligación de vigilar que su esfera no sea invadida por parte de los demás poderes, como el ejecutivo y legislativo, e incluso de la misma prensa –“cuarto poder”–. Tiene que razonar acerca de la *constitucionalidad* de la detención, del proceso y dentro de él, del juicio y la investigación, como una forma de acercarse a la ciudadanía en la transformación de *juez magistrado* a *juez ciudadano*, o simplemente juez de garantías.¹⁹

El ser presentado implica una ubicuidad de derechos, entre ellos, el ser defendido. Se asume el cumplimiento de los derechos a *guardar silencio, no declarar en contra sí mismo –nemo se detegere–* y *no autoincriminarse*, que deberán ser garantizados por el Estado –prestaciones negativas– a través de funcionarios encargados de dirigir la investigación procesal y preprocesal penal y de custodiar al detenido. No obstante, la no

19. Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón*, p. 574.

autoincriminación puede ser vulnerada no solo por una precipitada declaración de culpabilidad por parte del detenido; también puede trasgredirse por la falta de observancia en el tratamiento del Estado frente al detenido, como cuando no garantiza la realización de un interrogatorio transparente y en asistencia de un abogado para su defensa.

Bidart Campos sostuvo en tal sentido que “la confesión no debe ser forzada ni arrancada por la fuerza, sino espontánea y voluntaria”.²⁰ Aunque la confesión se constituya en la reina de las pruebas, no quiere decir que guardar silencio se convierta en un indicio de mala fe para una colaboración eficaz con la justicia, pues si ha de obtenerse una confesión, ésta tiene que ser por sobre todo voluntaria.²¹

La historia de las detenciones, y de los interrogatorios para obtener confesiones, se ha desarrollado y grabado por medio de maltratos o torturas.²² El maltrato a los detenidos debe entenderse como el causamiento intencional de dolores o sufrimientos graves –físicos o mentales– promovidos por funcionarios públicos, para obtener cualquiera de los siguientes resultados:

- i) Ejercer coacción o intimidación, como el uso de la fuerza para someterlo al arresto;
- ii) Obtener información propia o de un tercero;
- iii) Sustraer una confesión, obligándolo a autoincriminarse;
- iv) Ejercer castigos por un acto supuestamente cometido o por una sospecha; y
- v) Practicar cualquier tipo de discriminación.²³

Una forma de maltratar/torturar al detenido es sin duda el hecho de exhibirlo reducido ante los medios de comunicación. El avergonzamiento público promovido por la policía ante la prensa es una forma de maltrato psicológico y de violación del principio de presunción de inocencia –la incriminación aparece en las crónicas de los medios de comunicación–. Por esta razón, el abogado defensor debe convertirse también en un defensor de

20. Germán J. Bidart Campos, *Derecho Constitucional*, tomo I, Buenos Aires, Ediar, 1968, p. 484.

21. Recordemos que la tortura o el tormento –muy usado en la Inquisición– no solo fue una forma auxiliar de la investigación penal, sino, además, una pena y una forma de hacer retractar o abjurar la voluntad y la expresión de las personas. Ver Julio B. J. Maier, *Derecho Procesal Penal*, tomo I (Fundamentos), Buenos Aires, Editores del Puerto, 2004, pp. 675-676.

22. “Ninguna persona sometida a cualquier forma de detención o prisión será sometida a tortura o a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. No podrá invocarse circunstancia alguna como justificación de la tortura o de otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”. Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión, Principio 6. Por otra parte, desde una visión occidental, podría decirse que los resabios coloniales en la justicia especial indígena hacen que ésta siga empleando la tortura como un mecanismo para extraer la verdad e impedir el silencio del procesado. Véase Hans-Jürgen Brandt y Rocío Franco Valdivia, comps., *Normas, valores y procedimientos en la justicia comunitaria. Estudio cualitativo en comunidades indígenas y campesinas de Ecuador y Perú*, vol. 2, Serie Justicia Comunitaria en Los Andes: Perú y Ecuador, Lima, Instituto de Defensa Legal, 2007, pp. 82-83.

23. Art. 1 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, ratificado por el Ecuador el 30 de febrero de 1988.

derechos humanos, entendiendo que la defensa no se agota solo con el asesoramiento y la representación, sino también con el trato digno del detenido, lo que implica garantizar un cautiverio sin autoincriminaciones o cualquier forma de maltratos.²⁴

EL SER PRESENTADO EN LA “NOTICIA PENAL”

La tarea de la ley penal en la criminalización primaria –del legislador que crea las normas– es la de observar ciertos comportamientos que lesionen bienes jurídicos penales para, posteriormente, considerarlos como acciones punibles; aunque en la praxis aún no exista una definición que nos conduzca a diferenciar lo que es –y lo que no es– un bien jurídico penal. Los bienes jurídicos penales serían entonces como los conceptos teóricos que usamos en las matemáticas, como el valor cero que nadie puede explicar pero que sirve, programáticamente, para la realización de conceptos como el uno o el tres.

Se cree que si los bienes jurídicos penales son vulnerados por comportamientos reprochables típicamente establecidos, serán reprimidos gracias al *auxilio de la conciencia normativa social*.²⁵ Bajo este paradigma, parecería que toda la sociedad está interesada en proteger los bienes jurídicos establecidos por el legislador,²⁶ más aún, cuando su aparente violación resulta a la vista de todos, es decir, se constituya de manera *in fraganti*. Inmediatamente, el visible trasgresor del bien jurídico –o el que desafecta con su conducta la norma– es aprehendido para que sea procesado por el sistema penal.

Cuando se reprocha la comisión de delitos flagrantes, sin embargo, no se lo hace por preservar la convivencia o custodiar el interés público, sino por defender los intereses de los ciudadanos considerados individualmente. Con ello decimos que la percepción de flagrancia es vista desde la individualidad, desde lo privado, como el poder reactivo que no defiende el orden social sino la seguridad de sus bienes, en otras palabras, la propiedad privada.²⁷

24. Mario Luis Coriolano, “Defensa pública y derechos humanos: Banco de datos sobre torturas y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”, en Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), *Colapso del sistema carcelario*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2005, p. 122.

25. Enrique Bacigalupo, *Derecho Penal parte general*, Lima, Ara, 2004, p. 38.

26. Esto se refiere al debate de si el derecho penal protege bienes jurídicos o restituye la confianza en la norma. Sobre este debate hay que recurrir a Günther Jakobs, *Qué protege el Derecho Penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?*, Mendoza, Ediciones Jurídicas Cuyo, 2001.

27. No es por demás reflexionar sobre las estadísticas que determinan las causas típicas de los delitos flagrantes; salta a la vista que la mayoría de ellos se suscitan por delitos contra la propiedad. Claro está que, las mencionadas estadísticas, solo forman parte de la denominada “criminalidad conocida”. Aquí es menester señalar que la “criminalidad desconocida” se esconde en el espacio privado, como lo es la violencia intrafamiliar, con cifras responden a un posible derecho penal sexista. Ver Elena Larrauri, *Mujeres y sistema penal. Violencia doméstica*, Argentina, Editorial B de F, 2008, p. 41.

Esta es la naturaleza que ha llevado a la dogmática penal a tipificar conductas bajo la sombra del *republicanismo*, aquella filosofía que posiblemente esconda en su seno una cruda y palpable forma de tipificar la exclusión social. Por un lado, bajo esta filosofía se plantea el ideal de promoción de la libertad; mientras, por otro, se la autolimita con efectos negativos, convirtiendo a la detención en una válvula de escape ante la alarma social, pues, como señala Pettit: “los procesos penales suelen aterrorizar al inocente no menos que al culpable, levantando un fantasma que induce pavor por doquier” .²⁸

La flagrancia percibida desde la ciudadanía –y “estudiada” por el legislador penal– se convierte en un arma de doble filo, pues el *estado de flagrancia*, es decir, el momento de comisión del delito, no es perceptible a simple vista. Para su consumación o agotamiento el supuesto violador de la norma penal –o bien jurídico– tiene que poner término a su acción;²⁹ por consiguiente, la flagrancia no es calificada por los aprehensores. Sus construcciones necesitan ser avaladas por el Estado a través de la fuerza pública, quien, en definitiva, reafirma su autoridad con el uso de la violencia legítima, pues toda violencia por fuera de este orden –incluida la aplicada por la ciudadanía aprehensora– deviene en ilegítima. La policía reafirma el monopolio weberiano de la violencia y se constituye, aparentemente, *in situ flagrancia* como la primera institución que acude al lugar del hecho delictivo.³⁰

No obstante, el actuar de la agencia policial recae generalmente sobre personas de escasos recursos económicos, es decir sobre la *delincuencia torpe* a la que el sistema penal hará su presa. Esto deviene porque los procesos de criminalización, victimización y policización –*selectividad estructural*– se depositan en los marginados.³¹ La mayoría de los criminales, así como la mayoría de las víctimas y policías, provienen de los sectores populares donde el sistema penal presenta la función de impedir, sencillamente, la cohesión social. Dentro de la criminalización secundaria caen sencillamente las personas más débiles de la sociedad, y son atrapadas precisamente en función de los estereotipos. El pobre tiene por sí un *uniforme de delincuente* y además es definido como tal socialmente gracias a la ayuda de los medios de comunicación.

El delito flagrante se presenta como la sensación de inseguridad frente a la propiedad más que a la vida. El Código Penal no se distancia de este enfoque normativo; de ahí que la represión a todo daño o peligro contra la propiedad es entendida como una afección contra el mismo modo de producción, que aparenta ser una lesión contra el mismo tejido social, pues, como dicen Taylor, Walton y Young:

28. Philip Pettit, *Republicanism: una teoría sobre la libertad y el gobierno*, Barcelona, Paidós, 1999, p. 204.

29. Hernando Londoño Jiménez, *De la captura a la excarcelación*, Bogotá, Temis, 1983, p. 6.

30. Hilda Marchiori, *Criminología. Teoría y Pensamientos*, México, Porrúa, 2004, p. 24.

31. Eugenio Raúl Zaffaroni, *Estructura básica del Derecho Penal*, Buenos Aires, Ediar, 2009, pp. 27-28.

Una teoría relevante de la desviación tiene que tratar las variables causales –motivación y reacción– como algo determinado y como parte de una estructura total de relaciones sociales. Si la desviación y la reacción se examinan así, se tiene algo más que un cuadro completamente indeterminado; se ve que la institución de la propiedad privada, en una sociedad estratificada y no equitativa, divide a los hombres en propietarios y no propietarios. A la luz de esta división, resulta posible explicar las actividades de los ladrones, la policía, los jueces y los dueños de la propiedad.³²



Diario *Correo*, Machala-El Oro, Ecuador, abril de 2008.³³

En este ambiguo contexto los medios de comunicación constituyen la flagranza. Esta “constitución” es difícil de establecer, pues no se sabe a ciencia cierta si la prensa procede a impregnar las imágenes de ¿“delinquentes” reales o potenciales? Así, los medios de comunicación se conectan como “mediadores” entre la realidad social y las experiencias individuales o colectivas sobre la desviación,³⁴ construyendo a la vez una nueva clientela para el sistema penal: las personas expectantes.

Se induce hacia una percepción pública de seguridad ciudadana, donde el público-víctima aparece como rival de las personas aprehendidas y espectacularizadas, lo cual condiciona, a mediano plazo, hacia la construcción de tipos penales de percepción ciudadana. La noticia se estructura entonces como un “reality show”,³⁵ generando tipos ideales de sociedades seguras sobre la base de la conducción temática de la información periodística. El sensacionalismo de las noticias policiales encuentra un momento clave en la persecución y descubrimiento de los “delinquentes”;³⁶ a la vez que poco interesa hacer un seguimiento del caso para saber si las personas capturadas o aprehendidas fueron imputadas-acusadas-condenadas o no.

-
32. Ian Taylor, Paul Walton y Jock Young, *La nueva criminología. Contribución a una teoría social de la conducta desviada*, Buenos Aires, Amorrortu editores, [1973] 2007, p. 200.
 33. Fotografía: <http://www.diariocorreo.com.ec/imagenes/2008/04/cronicas102.jpg>, visita 5/09/08. Pido disculpas a las personas que hace alusión ésta y las siguientes imágenes, no obstante que su publicación en el marco de este trabajo servirá para la reflexión que pretendo.
 34. Chiara Sáez Baeza, “Seguridad ciudadana y conflictos sociales. Cobertura y tratamiento en la TV”, en Mauro Cerbino, edit., *Violencia en los medios de comunicación, generación noticiosa y percepción ciudadana*, Quito, FLACSO-Ecuador, 2005, p. 21.
 35. Lucía Dammert, “Violencia, miedos y medios de comunicación: desafíos y oportunidades”, en Mauro Cerbino, edit., *Violencia en los medios de comunicación, generación noticiosa y percepción ciudadana*, Quito, FLACSO-Ecuador, 2005, p. 61.
 36. Denis McQuail, *La acción de los medios. Los medios de comunicación y el interés público*, Buenos Aires, Amorrortu editores, 1998, p. 366.

Se presenta al delito a partir de su nomenclatura dogmática. No se intitula mediáticamente como la sustracción de una propiedad ajena sino como un robo, o como la acción de causar la muerte sino como homicidio. Pero, ¿realmente existe el delito? Hulsman –al igual que Mathiesen y Christie– sostienen que los “delitos” no existen materialmente, son mitos o construcciones semánticas que responden a enteiquias creadas por legislador, pues lo que en realidad se presentan son problemas o conflictos entre individuos o colectividades al interior de la sociedad –“no existe una realidad ontológica del delito”–.³⁷ La genealogía de los males del sistema penal proviene, precisamente, de la confiscación del Estado a estos problemas, donde las partes involucradas no pueden participar en su resolución, negándoles incluso su propia existencia jurídica, como en el caso de la víctima.

Hulsman reflexiona sobre el planteamiento de diversos métodos para la solución de los conflictos o “delitos”. En su ejemplo de los cinco estudiantes que conviven en un mismo departamento, clasifica las variables que pueden suceder en la composición del daño al momento que uno de los estudiantes rompe el televisor común, así por ejemplo encontramos que:

- a) Un miembro de esta pequeña comunidad estudiantil planteará la expulsión del compañero que arruinó el televisor;
- b) Un segundo incitará que el compañero sea tratado por medios clínicos y psicológicos con el objeto de rehabilitarlo;
- c) Un tercero propondrá que el compañero causante del daño indemnice o pague el televisor estropeado; y
- d) Un cuarto aprovechará la oportunidad para la conciliación entre todos los miembros.³⁸

Como se observa, la expulsión o confinación del estudiante al destierro o presidio no es la única salida. Las instituciones penales no hacen nada más que ocultar las diferencias naturales entre los ciudadanos, llevándolos centrífugamente a la lógica del *ius puniendi*. El Estado debe garantizar la composición del daño en la relación ofensor-ofendido, y no solo esperar que el aprehendido en flagrancia sea confiscado corporalmente –prisionizado–, para, tal vez durante meses, provocar el olvido de la acción y la condena por bagatelas.

Roxin sostiene que, donde no es posible la despenalización, se pueden implantar métodos o alternativas a la condena judicial. Para este autor, Alemania ha dado un paso adelante con la aplicación de la *diversión*, consistente en el establecimiento de prestaciones en favor de la comunidad, cuyo efecto puede llevar incluso a la renuncia de la acción penal.³⁹

37. Louk Hulsman, “El enfoque abolicionista: Políticas criminales alternativas”, en *Criminología Crítica y Control Social: El poder punitivo del Estado*, No. 1, Rosario, Editorial Jus, 1993, p. 76.

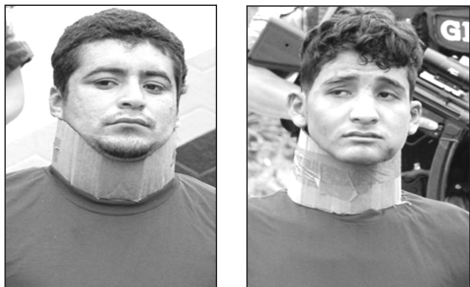
38. Louk Hulsman y Jacqueline Bernat de Celis, *Sistema Penal y seguridad ciudadana: Hacia una alternativa*, Barcelona, Ariel, 1984, pp. 88-89.

39. Claus Roxin, *Fundamentos político-criminales del Derecho Penal*, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 2008, p. 347.

Si cada detención por flagrancia tuviera un escenario inmediato de composición, sin duda, evitaríamos a la justicia el resolver conflictos de ínfima importancia jurídica y social.

Sin embargo, en la ontología del sistema penal que *estigmatiza* al capturado existe una especie de “posición preferente” del derecho a la información –al sobreponerse sobre los demás derechos fundamentales–. Esta “estigmatización” del sistema penal hacia el reo se refleja además en el proceso penal ecuatoriano cuando confiere, a manera de nombres, los estatus procesales. Así, las personas sujetas a la investigación criminal podrán llamarse sospechosas, imputadas, acusadas o condenadas, como categorías bajo las cuales son atendidas en el “debido proceso”. Las categorías de sobreseído o absuelto constituyen la excepción, pues antes del sobreseimiento se es –aunque uno no quiera serlo– sospechado o imputado. Se elimina “procesalmente” el nombre y se suplanta por su estatus penal.

Esto refleja que el dominio de la naturaleza comienza por los seres humanos, sobre todo al momento de nombrar las cosas.⁴⁰ El nombramiento es una forma del *ius puniendi* de “apropiarse” de la parte más débil del proceso penal. Este bautizo del sistema penal hacia los capturados es aprovechado por los *mass medias*, en donde la intimidad y el honor de las personas tienden a ceder ante el privilegio periodístico de informar a la sociedad, sobre todo al momento de recibir epítetos como “delincuentes aprehendidos”.⁴¹



Diario *Correo*, Machala-El Oro, Ecuador, diciembre de 2007.⁴²

Weber hablaba de la constitución de un orden de Derecho al decir que: “está garantizado externamente por la probabilidad de la coacción (física o psíquica) ejercida en un cuadro de individuos instituidos con la misión de obligar a la observancia de ese orden o de castigar su transgresión”.⁴³ La lógica informativa genera su propia racionalidad que, extendida a la sociedad, impregna una disciplinización centrífuga de los aparatos del Estado en su misión de sancionar a

40. El poder del lenguaje al momento de nombrar constituye una forma de dominación. Al respecto, Horkheimer y Adorno sostenían que: “Desde que el lenguaje entra en la historia sus amos son sacerdotes y magos. Quien ofende los símbolos cae, en nombre de los poderes sobrenaturales, en manos de los tribunales de los poderes terrestres, representados por esos órganos agregados a la sociedad”. Ver Max Horkheimer & Theodor Adorno, *Dialéctica del Iluminismo*, 1944, p. 28, en <http://www.marxist.org/espanol/adorno/1944-il.htm>, visita 2/11/08.

41. Francisco J. Laporta, “El derecho a informar y sus enemigos”, en Miguel Carbonell, comp., *Problemas contemporáneos de la libertad de expresión*, México, Porrúa y Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2004, p. 98.

42. Se puede observar la puesta de cartones por parte de la policía sobre los cuellos de las personas capturadas/exhibidas, con el claro objeto de impedir una humana sensación de vergüenza ante la prensa. Véase: <http://www.diariocorreio.com.ec/images/noticias/Junio/01/cronicas6.jpg> y <http://www.diariocorreio.com.ec/images/noticias/Junio/01/cronicas10.jpg> (visita 3/04/2010). Esto me recuerda cuando Foucault decía que: “El cuerpo solo se convierte en fuerza útil cuando es a la vez cuerpo productivo y cuerpo sometido”. Michel Foucault, *Vigilar y castigar*, Madrid, Siglo XXI Editores, 1998, p. 33.

43. Max Weber, *Economía y Sociedad*, México, Fondo de Cultura Económica, 2002, p. 27.

los culpables. Empero, lo que se desarrolla es una real presunción de culpabilidad, mediante la estimulación de mensajes de odio hacia los usuarios de la prensa, negándole a la sociedad la realidad de los conflictos en un marco de libertad.

La libertad se presenta como exclusiva en los medios de comunicación por el hecho de convivir en un orden democrático.⁴⁴ Sin embargo, no se juzga sobre una base de proporcionalidad al momento de publicar las imágenes de las personas aprehendidas, a quienes, incluso, se les coloca apelativos injuriosos o insultantes. Se exagera doblemente la pasionalidad de las presuntas víctimas, apareciendo una nueva percepción de protección contra el sospechado al encerrarlo en un centro carcelario, quizá como una forma de legitimación de la ley penal, donde las cárceles cumplirían la “función social” de cuidar a la sociedad de los “delincuentes”, incluso sobre su abatimiento o muerte en los enfrentamientos con la policía.⁴⁵

La noticia penal, noticia criminal o crónica roja mantiene una honda pretensión corporativa de expandir el poder punitivo a través de sobrerrepresentaciones de la realidad. De esta manera se confirmaría un escenario del populismo penal bajo la siguiente genealogía mediática:

1. Medios de comunicación que presentan la noticia criminal:
 - a) Recopilación de encuestas y relatos de ciudadanos potencialmente victimizados;
 - b) Exposición obscena de las víctimas;
 - c) Publicación de los cuerpos y rostros de los delincuentes neutralizados;
 - d) Exaltación de la labor policial;
 - e) Elaboración de títulos noticiosos alarmantes;⁴⁶
 - f) Demanda de seguridad ciudadana.
2. Policía que jamás se presenta como ineficiente:

44. Amos Shapira, “¿Debe protegerse un discurso de odio y violento? Algunas reflexiones sobre la libertad de expresión y sus límites”, en Miguel Carbonell, comp., *Problemas contemporáneos de la libertad de expresión*, México, Porrúa y Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2004, p. 87.

45. ¿Se ha preguntado sobre la judicialización en la muerte de presuntos delincuentes por manos de la policía? Los enfrentamientos a fuego cruzado en donde resultan bajas en el bando de los presuntos delincuentes forman parte del olvido del sistema penal. La tendencia general es no judicializar la búsqueda de la verdad, donde podrían ocultarse crudas ejecuciones extrajudiciales. Un precedente de muchas dudas en el Ecuador es el afamado Caso Fybeca. Ver Lucía Canavesio, Luz Damone y Gabriela Magistris, “Justicia: Siendo imposible prescindir de los antecedentes de la conducta desviada por parte del difunto”, en Alicia Daroqui, edit., *Muertes silenciadas: La eliminación de los delincuentes*, Buenos Aires, CCC, 2009, pp. 151-193.

46. Sobre la construcción del “monstruo” y la performance del delito por la comunicación ver Stella Martini, “El delito y las lógicas sociales. La información periodística y la comunicación política”, en Stella Martini y Marcelo Pereyra, eds., *La irrupción del delito en la vida cotidiana. Relatos de la comunicación política*, Buenos Aires, Editorial Biblós, 2009, pp. 21-40.

- a) Denuncia de falta de coordinación entre jueces y policías;⁴⁷
 - b) Crítica a la labor jurisdiccional;
 - c) Demanda de equipamiento e incremento de personal;⁴⁸
 - d) Articula con la prensa para presentar a los delincuentes;
 - f) Demanda de seguridad ciudadana.
3. Poder legislativo absorbente de las demandas de seguridad ciudadana:
- a) Ofrece ante los medios de comunicación efectividad en la lucha contra el crimen;
 - b) Utiliza el discurso de la in-seguridad como una forma de oposición al gobierno;
 - c) Solidariza su actividad legislativa con las víctimas (votos) del delito;
 - d) Incorpora legislativamente las demandas de seguridad ciudadana para incrementar las penas y aumentar los tipos penales: Populismo penal.

Nadie ha discutido que cualquier demanda de seguridad ciudadana sea ilegítima. Por el contrario, las propuestas en este sentido confluyen en una democracia. No obstante, la seguridad siempre tiene que ser medida con la libertad y con los derechos que se encuentran en la *esfera de lo no decible*, aquellos por el que la democracia mayoritaria no puede pasar por encima. Mientras más seguridad sobrerrepresentada por los medios de comunicación, menos libertad para los ciudadanos. La ley penal no soluciona los conflictos o problemas devenidos en la sociedad; por el contrario, tiende a agravarlos en detrimento del Estado de Derecho. Cabe recordar entonces que:

Las críticas autoritarias al poder judicial, amplificadas por los medios masivos de comunicación social, suelen traducirse en pedidos o trámites de destitución impulsados por políticos oportunistas.⁴⁹

47. En estos últimos meses la Policía mantiene un constante cuestionamiento al poder jurisdiccional ecuatoriano; acusa a los jueces de ser parsimoniosos frente a sus “indiscutibles” arrestos.

48. En todas las crisis sobre los elevados índices de criminalidad la agencia policial demanda un mayor presupuesto para sí. No obstante, como dice Waller, el incremento de patrullas o personal no condiciona una mejor lucha contra el crimen, pues generalmente las víctimas de las políticas de seguridad ciudadana son los contribuyentes. Ver Irvin Waller, *Menos represión más seguridad. Verdades y mentiras acerca de la lucha contra la delincuencia*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales e ILANUD, 2008.

49. Eugenio Raúl Zaffaroni, Pablo Vega y Gabriela Gusi, “Los derechos fundamentales en la instrucción penal en los países de América Latina. Situación regional”, en Eugenio Raúl Zaffaroni y Elías Carranza, coords., *Los Derechos Fundamentales en la Instrucción Penal en los países de América Latina*, México, Porrúa, ILANUD y Raoul Wallenberg Institute, 2007, p. 60.

CONCLUSIONES “INCONCLUSAS”: ¿LA REPARACIÓN DE LA PICOTA PÚBLICA?

A partir de noviembre de 2007, el Ministerio Público (Fiscalía General del Estado) extendió la práctica –que los juzgados penales de la provincia del Azuay iniciaran años antes– de promover a nivel nacional las denominadas *audiencias de calificación de flagrancia*.⁵⁰ Estas audiencias se institucionalizaron a nivel nacional, como dispositivos garantistas para impedir que el plazo razonable de la detención se confunda con el de la prisión preventiva, en aras de hacer efectiva la presencia de las personas aprehendidas en delito flagrante ante una autoridad jurisdiccional dentro de las veinticuatro horas de su detención.

No obstante, antes de presentar a las personas capturadas ante un juez, la policía judicial promovió la práctica de presentarlas ante los medios de comunicación –práctica que data desde antes de la creación de las mencionadas audiencias–. El Ministerio de Gobierno, Policía y Cultos encontró en esta práctica informal la violación a las garantías constitucionales de las personas detenidas. En veinticuatro horas de detención las instituciones penales se encontraron en una Torre de Babel, lo que motivó más tarde a derogar este decreto garantista.

Estudiar la aprehensión nos ha llevado a observar “pequeños” detalles que se le escapan a la eficacia del garantismo constitucional en el Ecuador. A su vez, nos conduce hacia el estudio de la detención en su circulación por las instituciones del Estado, que actúan en los fenómenos de prisionización, ineficacia del principio de presunción de inocencia y construcción de la política criminal a través de *mass medias*. Sobre este último punto hemos esbozado algunas consideraciones en cuanto a dos perspectivas distintas del derecho –u “obligación”– a *ser presentado*.

La vigente Constitución de la República no es sorda al garantismo en la detención. Protege a las personas aprehendidas como uno de los sectores vulnerables de la sociedad. Se cumple con una instancia de discusión a través de audiencias que se han instituido a nivel nacional y no solo a nivel local, como se lo hacía hasta antes de noviembre de 2007

50. La administración de justicia penal del Azuay denominó a estas audiencias con el nombre de “Audiencias de Calificación de Flagrancia”. Esta denominación alude a su esencia, que es la discusión sobre la posibilidad de exención o no de una potencial medida cautelar de prisión preventiva sobre la base de la discusión de los elementos de convicción que construya el Estado. A mi parecer estas audiencias pueden cumplir con dos efectos: a) Un primero denominado como “puerta giratoria positiva”, donde la medida cautelar de prisión preventiva no llega a perfeccionarse como resultado de la audiencia; y, b) Un segundo efecto denominado como “puerta giratoria negativa”, en cuya audiencia se legaliza la detención para decretar inmediatamente la medida cautelar personal de prisión preventiva. Lamentablemente, debido a la ausencia de igualdad de armas de la defensa frente al Estado, las “Audiencias de Formulación de Cargos” tienden a reproducir la “puerta giratoria negativa”.

en la provincia del Azuay.⁵¹ A pesar de generar una instancia de garantías, la defensoría pública no se encuentra en igualdad de armas, pues conocen a sus defendidos minutos antes de la mencionada audiencia.

También el mantenimiento del orden y la seguridad jurídica preocupan a las instituciones del Estado. El derecho a la información ha encontrado en la prensa su principal representante. Los medios de comunicación nacional alarman sobre lo vulnerable en la protección de derechos como la vida o la propiedad; de ahí que la sociedad se debate con una incesante criminalidad que provoca su propia sensación de in-seguridad ciudadana. Aquella “sensación”, promovida por la prensa, encuentra refugio en la mayoría de los hogares del país, por ello, cualquier método para paliar la delincuencia es bienvenido, sin importar las garantías del debido proceso, ni reflexionar sobre los derechos del “Otro”, pues el ambiente de riesgo estructura una oscura percepción de derechos.

Los medios se constituyen en fines de la información. La prensa ha influido en el sistema penal bajo formas que conducen a la sociedad a manejarse con lógicas aparentemente opuestas: ciudadanos vs. delincuentes. La lógica de entender que la política –y también la Política Criminal– se construye de *amigos* y *enemigos*,⁵² es reproducida para criminalizar la pobreza, pues el ejército de detenidos generalmente proviene de las esferas más abandonadas del Estado, a las que ciertos sectores de la sociedad las catalogan como “marginales”.⁵³

El *ser presentado* se traduce en el “derecho” que tiene la prensa para conocer a *los anormales*. Los noticieros califican la culpabilidad de los enfocados y los espectadores los juzgan –o prejuzgan– desde sus domicilios. Los lectores o televidentes se inclinan a apoyar medidas punitivas más severas, tanto en modelos de disuasión contra el crimen, como en tipos penales.⁵⁴ La opinión publicada se presenta como la opinión común de la sociedad,⁵⁵ estructurando una dimensión “comportamental” que asocia a la “nueva” criminalidad.⁵⁶ Por otra parte, los agentes de la policía judicial ridiculizan a los detenidos para con vestimenta fluorescente presentarlos ante la comunidad, como ejemplo de su eficiencia en la defensa de la sociedad.

51. Hoy en día estas audiencias fueron institucionalizadas formalmente en la reforma penal del 24 de marzo del 2009, publicada en el R.O. 555.

52. Carl Schmitt, *El concepto de lo político*, México, Folios, 1985, p. 23.

53. Eugenio Raúl Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal*, Buenos Aires, Ediar, 2005, p. 170.

54. Shanto Iyengar, *Televisión y opinión pública. El poder de los medios de comunicación*, México, Gernika, 1994, pp. 47-48.

55. Alessandro Baratta, *Criminología y sistema penal*, p. 143.

56. A inicios del siglo XXI se agravó el máximo de pena en el *Código Penal* ecuatoriano, de 16 a 35 años de reclusión mayor extraordinaria. Los medios de comunicación tuvieron mucha influencia en la inflación de las penas.

Reaparece entonces la *picota pública*⁵⁷ de los miasmas de la historia al no bastar que un detenido sufra la humillación de ser privado de su libertad, pues ser detenido en la jerga de la prensa equivale a ser delincuente.⁵⁸ La picota pública fue el avergonzamiento público de las personas imputadas o acusadas muy recurrida en la Europa medieval. Por el contrario, Hulsman dice que “el delito puede ser creado como resultado de cierta vinculación entre el sistema penal y los medios masivos de comunicación”.⁵⁹ Y no solo el delito, sino el comportamiento social frente a los problemas o conflictos sociales. El debate sobre la presentación de los rostros y cuerpos de las personas detenidas ha cedido ante los elevados índices de criminalidad construidos por los medios de comunicación sin ninguna fiabilidad metodológica.

Hoy en día se habla de la asociación de criminalidad con inmigración. Se culpa a las personas de nacionalidad colombiana o cubana sobre el aumento de estos “índices”, paradójicamente, en momentos en que las relaciones diplomáticas con Colombia están suspendidas. La Política Criminal del Ecuador ha encontrado en la nacionalidad colombiana el sujeto activo determinado de los delitos suscitados dentro el país. Esto como la metáfora del “buen pescador”, aquel que un día decide salir al mar para pescar atunes y al final de la jornada darse cuenta que solo pescó sardinas, culpando inmediatamente de su fracaso al mar. Si aplicamos la mencionada metáfora a esta forma de traslapar el problema de la in-seguridad a la inmigración colombiana, percibiremos que el Estado –el “buen pescador”– culpó de su ineficiencia a su vecino el mar –la población colombiana–.⁶⁰ ¿Será entonces culpa del mar o del “buen pescador” que éste solo haya encontrado sardinas? La respuesta es simple, no merece detalles.

El periodismo penal efectivizó su discurso al oponerse a decretos con vestimenta garantista. No obstante, la “estadística” criminal mediatizada no ha bajado. Los medios de comunicación encontraron en las personas de nacionalidad colombiana una variable más para la solución de sus hipótesis. Los resultados saltan a la vista, se han aumentado las restricciones para el ingreso de ciudadanos colombianos al país como una forma de *gubernamentalización* del Estado para la administración de poblaciones –biopolítica.⁶¹

57. La picota pública, consistente en la humillación y avergonzamiento de los acusados ante su propia comunidad, se suprimió en 1789 en Francia y en 1837 en Inglaterra. Michel Foucault, *Vigilar y castigar*, p. 16.

58. Esto es verificable cuando los detenidos en el Ecuador tienen que recabar y presentar los *antecedentes penales* de todas las cárceles, juzgados y tribunales penales de la jurisdicción para “probar” su inocencia, a pesar que el Estado posee esta información de antemano. Con ello queda claro que, en la praxis del subsistema policial y judicial, yuxtapuesto al ejercicio profesional de la prensa, la inocencia es realmente una presunción y no un estatus garantista.

59. Louk Hulsman, “El enfoque abolicionista: Políticas criminales alternativas”, p. 87.

60. Jorge Vicente Paladines, “Los Otros y la Política Criminal de Nosotros”, en Nicole Pérez y Alex Valle, edit., *Los derechos de la movilidad humana: del control a la protección*, serie neoconstitucionalismo y sociedad, No. 14, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la República del Ecuador, Quito, noviembre de 2009.

61. Michael Foucault, “La gubernamentalidad”, en Gabriel Gyorg y Fermín Rodríguez, comp., *Ensayos sobre biopolítica. Excesos de vida*, Buenos Aires, Paidós, 2007, p. 212.

Exigir, por ejemplo, el pasado judicial sería como presumir que todas las personas de nacionalidad colombiana son delincuentes, excepto las que ingresen *legalmente* al país. Aquello operaría como una especie de incriminación colectiva por el hecho de nacer y vivir en Colombia.⁶² Se refleja una sociedad mediatizada por el “miedo al Otro”; y se construye seguridad en el marco de políticas que racializan al extranjero como el enemigo de la sociedad ecuatoriana,⁶³ clasificándolo también dentro del estigma delincente, violando con ello el principio de la ciudadanía universal o cosmopolita reconocida incluso en el artículo 416.6 de la Constitución de la República.

La Política Criminal en el Ecuador ha encontrado entonces la siguiente ruta en su génesis:

1. Medios de comunicación que construyen el problema y plantean sus soluciones frente a la criminalidad;
2. Instituciones estatales que entran en dilema o contradicción en la toma de políticas públicas;
3. Fiscalía General que recibe las formulaciones de los *mass medias* como suyas para presionar al resto del aparato del Estado, aprovechando su “rol” de fiscalizador del delito y los delincuentes;
4. Ministerio de Gobierno, Policía y Cultos acorralado por el discurso securitizador, cuyo escape no es más que hacer eco de la ruta;
5. Política Criminal de “buen pescador”, basada en la complacencia institucional a los mensajes emitidos desde la “prensa penal”, asumiendo que la prensa representa a la sociedad.

Baratta fue partidario de construir una Política Criminal multiagencial.⁶⁴ Es decir, que todas las instituciones del Estado entren en juego. La agenda pública de seguridad interna es construida determinadamente por los medios de comunicación, y en eco por la agencia fiscal. El poder punitivo instrumentaliza a la libertad de prensa, llegando a seducirla y convencerla que su rol en la sociedad es también penal.⁶⁵ Así, los medios de comunicación han puesto en jaque a las instituciones del Estado, convirtiéndolas en parlantes

62. Daniel Pécaut, *Violencia y política en Colombia. Elementos de Reflexión*, Medellín, Hombre Nuevo Editores, 2003, p. 95.

63. Para Rivera “...lo importante es determinar cómo esos sentimientos de pertenencia nacional construyen ordenes jerárquicos, excluyentes y racistas respecto a los que consideran inferiores o incivilizados”. Ver Fredy Rivera, “Las aristas del racismo”, en Emma Cervone y Fredy Rivera, eds., *Ecuador Racista. Imágenes e Identidades*, Quito, FLACSO-Ecuador, 1999, p. 38. Cfr. Tzvetan Todorov, *Nosotros y los otros. Reflexiones sobre la diversidad humana*, México, Siglo XXI Editores, 2002, 2a. ed., p. 118.

64. Alessandro Baratta, *Criminología y sistema penal*.

65. Eugenio Raúl Zaffaroni, “Las limitaciones a la libertad de prensa utilizando el poder punitivo formal en América Latina”, en Eugenio Raúl Zaffaroni *et al.*, *Justicia penal y libertad de prensa*, tomo II, San José, ILANUD y Comisión de las Comunidades Europeas, 1993.

de sus demandas. La sociedad civil no ha entrado en este debate, su participación es *ex post* a la información ofrecida por la prensa, es decir bajo una idea formada –o deformada– de la criminalidad.

Es urgente construir una Política Criminal en donde la supuesta víctima participe en el proceso penal, sin sacrificar las garantías del debido proceso de las personas aprehendidas. Existen diversos mecanismos de identificación de presuntos delincuentes como la cámara de Hessel o la ronda de imputados, que no necesariamente conllevan a la espectacularización de las personas capturadas. Además, relacionar criminalidad con nacionalidad no es una solución, es someter a los extranjeros también a la *picota pública*.⁶⁶ Sin duda que garantismo no es sinónimo de impunidad, ni información de degradación humana. La toma de decisiones sencillamente pasa por saber si en el Ecuador se impone la razón jurídica o la razón del Estado.⁶⁷

BIBLIOGRAFÍA

- Ábalos, Raúl Washington, *Derecho Procesal Penal: cuestiones fundamentales*, tomo I, Santiago, Ediciones Jurídicas Cuyo, 1993.
- Anitua, Gabriel Ignacio, *Historia de los pensamientos criminológicos*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2006.
- Ávila, Ramiro, “El derecho al acceso a la información y los Derechos Humanos”, en Ramiro Ávila, coord., *Los derechos sociales: del acceso a la información a la justiciabilidad*, Quito, Centro de Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 2007.
- Bacigalupo, Enrique, *Derecho Penal parte general*, Lima, Ara, 2004.
- Baratta, Alessandro, *Criminología y sistema penal. Compilación in memoriam*; Carlos Alberto Elbert, dir., colección Memoria Criminológica, No. 1, Argentina, Editorial B de F, 2004.
- Bidart Campos, Germán J., *Derecho Constitucional*, tomo I, Buenos Aires, Ediar, 1968.
- Brandt, Hans-Jürgen y Rocío Franco Valdivia, comps., *Normas, valores y procedimientos en la justicia comunitaria. Estudio cualitativo en comunidades indígenas y campesinas de Ecuador y Perú*, vol. 2, Serie Justicia Comunitaria en Los Andes: Perú y Ecuador, Lima, Instituto de Defensa Legal, 2007.
- Canavesio, Lucía, Luz Damone y Gabriela Magistris, “Justicia: Siendo imposible prescindir de los antecedentes de la conducta desviada por parte del difunto”, en Alicia Daroqui, edit., *Muertes silenciadas: La eliminación de los delincuentes*, Buenos Aires, CCC, 2009.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, dictamen del 19/03/99.

66. Recordemos que las personas de nacionalidad ecuatoriana también se constituyen en el “Otro” en países como España o Italia.

67. El debate sobre la razón del Estado vs. razón jurídica trata de conducirnos hacia la crítica al *decisionismo*, en cualquiera de sus manifestaciones institucionales –ejecutivo, legislativo o judicial–. Ver Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón*.

- Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión.
- Constitución del Ecuador, 2008 y 1998.
- Coriolano, Mario Luis, “Defensa pública y derechos humanos: Banco de datos sobre torturas y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”, en Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), *Colapso del sistema carcelario*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2005.
- Dammert, Lucía, “Violencia, miedos y medios de comunicación: desafíos y oportunidades”, en Mauro Cerbino, edit., *Violencia en los medios de comunicación, generación noticiosa y percepción ciudadana*, Quito, FLACSO-Ecuador, 2005.
- Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 2001, 5a. ed.
- “Garantías Constitucionales”, trad. en verso castellano por Calógero Pizzolo, en Raúl Gustavo Ferreyra y Andrés Gil Domínguez, dirs., *El Garantismo Constitucional*, Revista Argentina de Derecho Constitucional, año I, No. 2, Buenos Aires, Ediar, 2000.
- Foucault, Michael, “La gubernamentalidad”, en Gabriel Gyorg y Fermín Rodríguez, comp., *Ensayos sobre biopolítica. Excesos de vida*, Buenos Aires, Paidós, 2007.
- *Vigilar y castigar*, Madrid, Siglo XXI Editores, 1998.
- Hulsman, Louk, “El enfoque abolicionista: Políticas criminales alternativas”, en *Criminología Crítica y Control Social: El poder punitivo del Estado*, No. 1, Rosario, Editorial Jus, pp. 75-104, 1993.
- y Jacqueline Bernat de Celis, *Sistema Penal y seguridad ciudadana: Hacia una alternativa*, Barcelona, Ariel, 1984.
- Huntington, Samuel P., *La Tercera Ola. La democratización a finales del siglo XX*, Barcelona, Paidós, 2000.
- Iyengar, Shanto, *Televisión y opinión pública. El poder de los medios de comunicación*, México, Gernika, 1994.
- Jakobs, Günther, *¿Qué protege el Derecho Penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?*, Mendoza, Ediciones Jurídicas Cuyo, 2001.
- *Sociedad, norma y persona en una teoría de Derecho Penal funcional*, Madrid, Civitas, 1996.
- Laporta, Francisco J., “El derecho a informar y sus enemigos”, en Miguel Carbonell, comp., *Problemas contemporáneos de la libertad de expresión*, México, Porrúa y Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2004.
- Larrauri, Elena, *Mujeres y sistema penal. Violencia doméstica*, Argentina, Editorial B de F, 2008.
- Londoño Jiménez, Hernando, *De la captura a la excarcelación*, Bogotá, Temis, 1983.
- Maier, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal*, tomo I (Fundamentos), Buenos Aires, Editores del Puerto, 2004.
- Marchiori, Hilda, *Criminología. Teoría y Pensamientos*, México, Porrúa, 2004.
- Martini, Stella, “El delito y las lógicas sociales. La información periodística y la comunicación política”, en Stella Martini y Marcelo Pereyra, edits., *La irrupción del delito en la vida cotidiana. Relatos de la comunicación política*, Buenos Aires, Editorial Biblós.

- McQuail, Denis, *La acción de los medios. Los medios de comunicación y el interés público*, Buenos Aires, Amorrortu editores, 1998.
- Paladines, Jorge Vicente, “Los Otros y la Política Criminal de Nosotros”, en Nicole Pérez y Alex Valle, eds., *Los derechos de la movilidad humana: del control a la protección*, serie neo-constitucionalismo y sociedad, No. 14, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la República del Ecuador, Quito, noviembre de 2009.
- Pécaut, Daniel, *Violencia y política en Colombia. Elementos de Reflexión*, Medellín, Hombre Nuevo Editores, 2003.
- Pettit, Philip, *Republicanism: una teoría sobre la libertad y el gobierno*, Barcelona, Paidós, 1999.
- Rivera, Fredy, “Las aristas del racismo”, en Emma Cervone y Fredy Rivera, eds., *Ecuador Racista. Imágenes e Identidades*, Quito, FLACSO-Ecuador, 1999.
- Roxin, Claus, *Fundamentos político-criminales del Derecho Penal*, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 2008.
- Sáez Baeza, Chiara, “Seguridad ciudadana y conflictos sociales. Cobertura y tratamiento en la TV”, en Mauro Cerbino, edit., *Violencia en los medios de comunicación, generación noticiosa y percepción ciudadana*, Quito, FLACSO-Ecuador, 2005.
- Salido Valle, Carlos, *La detención policial*, Barcelona, José María Bosch, 1997.
- Schmitt, Carl, *El concepto de lo político*, México, Folios, 1985.
- Shapira, Amos, “¿Debe protegerse un discurso de odio y violento? Algunas reflexiones sobre la libertad de expresión y sus límites”, en Miguel Carbonell, comp., *Problemas contemporáneos de la libertad de expresión*, México, Porrúa y Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2004.
- Silva Sánchez, Jesús María, *La expansión del Derecho Penal*, Madrid, Civitas, 2001.
- Taylor, Ian, Paul Walton y Jock Young, *La nueva criminología. Contribución a una teoría social de la conducta desviada*, Buenos Aires, Amorrortu editores, [1973] 2007.
- Todorov, Tzvetan, *Nosotros y los otros. Reflexiones sobre la diversidad humana*, México, Siglo XXI Editores, 2002.
- Villán Durán, Carlos, *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Madrid, Editorial Trotta, 2006.
- Waller, Irvin, *Menos represión más seguridad. Verdades y mentiras acerca de la lucha contra la delincuencia*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales e ILANUD, 2008.
- Weber, Max, *Economía y Sociedad*, México, Fondo de Cultura Económica, 2002.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Estructura básica del Derecho Penal*, Buenos Aires, Ediar, 2009.
- Pablo Vega y Gabriela Gусis, “Los derechos fundamentales en la instrucción penal en los países de América Latina. Situación regional”, en Eugenio Raúl Zaffaroni y Elías Carranza, coords., *Los Derechos Fundamentales en la Instrucción Penal en los países de América Latina*, México, Porrúa, ILANUD y Raoul Wallenberg Institute, 2007.
- *El Enemigo en el Derecho Penal*, Bogotá, Editorial Ibáñez y Universidad Santo Tomás, 2006.

- *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal*, Buenos Aires, Ediar, 2005.
- “Las limitaciones a la libertad de prensa utilizando el poder punitivo formal en América Latina”, en Eugenio Raúl Zaffaroni *et al.*, *Justicia penal y libertad de prensa*, t. II, San José, ILANUD y Comisión de las Comunidades Europeas, 1993.

Sitios web consultados:

- www.diariocorreo.com.ec
- www.elcomercio.com.ec
- www.eluniverso.com
- www.marxist.org
- www.ultimasnoticias.ec

Fecha de recepción: 4 de mayo 2009
Fecha de aceptación: 25 de mayo 2009

Clemente Checa
González, *EL SISTEMA
TRIBUTARIO LOCAL*,
Navarra, Aranzadi,
2001, 145 pp.

por Gabriela Crespo
Irigoyen*

Una buena Ley reguladora del sistema tributario local debe dar cumplida respuesta a una serie de cuestiones de notoria importancia y trascendencia, y entre ellas, básicamente a dos, que son, sin orden de prioridad, por una parte la de satisfacer las exigencias derivadas del principio de suficiencia financiera, proporcionando recursos bastantes, tanto cualitativa como cuantitativamente a las Corporaciones locales; y, por otra parte, la de adecuarse con la mayor precisión y rigor posibles a las exigencias de los principios constitu-

cionales incidentes en la materia tributaria tanto con carácter sustantivo, primordialmente el de capacidad económica, como de índole formal.

De esta forma inicia su estudio el doctor Clemente Checa González, quien, a lo largo del texto en comento, desarrolla de manera clara ambos puntos tratando de poner al alcance los estudiosos lo que debería contener una futura Ley reguladora de las Haciendas Locales.

Primero la Ley 39/ 1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas-Locales, constituye la más actualizada propuesta del legislado, que ha omitido hacer las modificaciones necesarias para adecuarla a nuestro tiempo, ya que, frente a los avances y el desarrollo en este nuevo milenio, requiere mayor abundamiento que las pasadas adecuaciones correspondientes en las Leyes de Presupuestos Generales del Estado, así como las subsiguientes leyes de acompañamiento.

A lo largo del desarrollo del trabajo presentado por el doctor Checa González, hace referencia a las diversas modificaciones que las leyes relacionadas con las Haciendas locales han tenido, como el Estatuto Municipal de Calvo Sotelo de 8 de marzo de 1924, donde se regulaban contribuciones y tasas principalmente sobre el consumo. Posteriormente, existieron diversos ordenamientos por citar de los años 1945, 1953, 1962, 1979, etc.; por lo que antes de la Constitución han sido numerosos los intentos de reforma, pero a la vez insuficientes para contribuir a resolver los problemas financieros de la hacienda local. Por ello la actual legislación de 1988 contribuye de la mejor manera posible a cubrir esos vacíos existentes, pero a la vez cuenta con lagunas que día a día se solventan, contando con el apoyo decidido de los diversos sectores de la sociedad.

* Docente de la Universidad de Salamanca.

Checa González indica que las últimas reformas a las leyes, como por ejemplo a la Ley 25/1998, de 13 de julio, de Modificación del Régimen Legal de las Tasas Estatales y Locales y de Reordenación de las Prestaciones Patrimoniales de Carácter Público o, como la Ley 50/ 1998, de 30 de diciembre, sobre Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, han hecho al respecto únicamente algunos puntos pero sin cubrir con las necesidades de los beneficiados por ejemplo:

1. En la ley 25/1998, su objetivo: regular las tasas y precios públicos locales que quedaron de manifiesto a raíz de la sentencia constitucional 185/ 1995,¹ que declaró inconstitucionales diversos preceptos y conceptos de la Ley 8/ 1989, de 13 de abril, de Tasas y Precios Públicos.
2. En relación a la Ley 50/ 1998, su finalidad fue la de mejorar técnicamente determinados aspectos del régimen legal del sistema tributario local, a la par de profundizar en la autonomía local, circunstancia ésta que es la de mayor contenido en la reforma, pero no se otorga cumplida respuesta a las exigencias del principio de suficiencia financiera.

De cualquier forma hay mucho por hacer recalca el doctor Checa González, pues la vigente Ley de Haciendas Locales (LHL) debe de servir de base para la creación de una nueva ley reguladora del sistema tributario local.

El autor, afirma que la polémica relacionada con la factibilidad de que las corporaciones locales puedan o no fijar libremente los tipos de gravamen de sus propios impuestos, es decir, la necesidad de una autonomía local es muy importante. Esta idea se incluyó en una sentencia de la audiencia nacional de 6 de febrero de 1998, no. 278, misma que se resume “en la capacidad de las Entidades Locales para gobernar sus propias Haciendas involucrando a las corporaciones municipales en el proceso de obtención y administración de sus recursos”.

En contra de la misma se encuentra, sin embargo, el contenido y alcance del principio de reserva de ley en materia tributaria, siempre que se entienda que la fijación del tipo de gravamen está cubierta por este principio, pues existen ciertas discrepancias doctrinales, pues la alícuota tributaria no debe de ser fijada por la ley, pues deben ser las Corporaciones Locales las que tomen tal decisión, en ejercicio de su autonomía y en atención a las circunstancias propias de su Hacienda.

Hay que en cuenta que la corrección de la situación de insuficiencia financiera de las Haciendas Locales no puede venir, o al menos no exclusivamente, por una interven-

1. Tipo: Sentencia referencia-numero: 185/1995. Fecha-aprobación: 14-12-1995, publicación-BOE: 12-01-1996 [«BOE» núm. 11] Resolución-afectada: Ley 8/1989, de 13 de abril. Tasas y precios públicos. Artículo 24.1 a), b) y c). SALA: Pleno: Excmos. Sres. Rodríguez, Gabaldón, García-Mon, Gimeno, De Mendizábal, González, Cruz, Viver, Ruiz, Jiménez De Parga, Delgado y Vives. número-registro: 1.405/1989, Ponente: D. Carles Viver Pi-Sunyer. Recurso de inconstitucionalidad.

ción normativa por parte del legislador, en vista de que las soluciones normativas se han revelado estériles, ya que de otro modo no se entendería tal proliferación de normas dictadas al respecto. Para modificar esta situación sería necesario todo un cambio de mentalidad, una acusada transformación de las bases en las que se asienta el Estado de Bienestar, el Estado Protector o el Estado Providencia. Este modelo de Estado es generador, por su misma esencia y por los propios presupuestos institucionales en los que se asienta, de un creciente e imparable aumento de los gastos públicos.

En un tema tan polémico como éste, la interrogante que surge es: ¿por dónde empezar a recortar ese déficit? ¿Por qué punto comenzar a atajar ese problema? La respuesta a esta cuestión es ciertamente compleja, por lo que parece indudablemente necesario poner un límite a la demanda de gastos sociales, y a su subsiguiente atención por parte de los poderes públicos.

De esta manera se conseguiría, al centrar los esfuerzos y los recursos disponibles para este fin, que las necesidades reales y efectivas pudiesen ser realmente solventadas con eficacia. Ello constituiría, además, el poder actuar selectivamente, con auténtica solidaridad y real justicia distributiva. Lo ahora existente de intentar contentar a todos, a la larga, deja ciertamente insatisfechos a esos mismos, sin que la situación de los que en justicia precisan de ayuda mejore en grado apreciable, al difuminarse los beneficios de los gastos sociales en una pluralidad heterogénea de personas.

Por ello resulta relevante el empleo de las expresiones, dejar cierta libertad a los entes locales y adecuar de modo parcial la cuantía impositiva a las necesidades de financiación de las Haciendas locales, pero nos encontramos ante la interrogante sobre si la tarea realizada ha sido la adecuada. Se debería ser más flexible sobre estas opiniones, ya que, como nos indica Ferreiro Lapatza, la doctrina marcada por el Tribunal Constitucional, en relación a la materia que nos ocupa, ha sido demasiado rígida y formalista, de tendencia centralista, ya que las ordenanzas municipales responden directa e inmediatamente como la ley, y sirven para hacer efectivo el principio de autoimposición, mismo que trae consigo la existencia de una diferencia entre las ordenanzas y los Reglamentos emanados del ejecutivo estatal o autonómico, pues sería con arreglo a la ley tal y como dicta la Constitución Española (CE) en su artículo 31.3.

El principio de capacidad económica constituye la verdadera estrella polar del tributarista. Como afirma el autor, no puede ser entendido como el criterio material y único de justicia en la esfera tributaria, pues bien de acorde con la CE, para conseguir esta eficacia es necesaria la presencia de los principios de igualdad y progresividad, citados en su artículo 31.1, tesis respaldadas también por estudiosos como Palao Taboada, Martín Delgado, Casado Ollero, Agulló Agüero, entre otros.

En el Tribunal Constitucional español estas teorías han apuntalado en sentencias tales como la 27/1981 de 20 de julio, en la que el tribunal alineó en una autorizada

corriente doctrinal relacionada con la predicabilidad de los principios tributarios materiales, al menos de los fundamentales, más que a cada categoría tributaria, al conjunto del sistema tributario, pues la CE lo realiza sin agotar ella el principio de justicia en materia contributiva, pues ahí donde el legislador constituyente deja claro que el sistema justo que se proclama no puede separarse, en ningún caso, del principio de progresividad ni del principio de igualdad.

Es este principio el que legitima la acción estrictamente recaudatoria del Estado, sin perjuicio de que otros principios diferentes, que poseen fines distintos, puedan justificar el que en algún caso en específico se excepcione el deber de contribuir. Hoy en día la Administración ha fortalecido descomunadamente su postura en detrimento de los sujetos pasivos, con la anuencia de los tribunales.

Checa González se adscribe a la postura según la cual el principio de capacidad económica implica que, para someterse a gravamen, las manifestaciones de riqueza deben ser reales y efectivas, y no meramente potenciales o presumibles.

De conformidad con el autor, al centrarse en el ámbito de las Haciendas locales, el menoscabo del principio de capacidad económica se evidencia, al gravar la propiedad de los inmuebles, y no su rendimiento, y al incurrir en la duplicidad con el impuesto sobre el patrimonio, pues es contrario al principio de capacidad económica y no confisicatoriedad que se encuentran recogidos en la CE, pero el TC en sentencias como 233/1999, de 16 de diciembre, se contradice y da un punto de vista contrario, pues en la parte medular indica que no se violan los principios aludidos al someter a la propiedad a tributación ni a la coexistencia del impuesto sobre el patrimonio.

Ahora bien, desde un punto de vista fortalecido en la justicia tributaria, nos encontramos ante un impuesto retrógrado y regresivo que vulnera el principio de capacidad económica; por esta razón el doctor Checa González afirma que todos los concretos actos aplicativos del IAE deben de estar ajustados a la noción y a las exigencias derivadas del principio de capacidad económica, por lo que el juicio que merece un impuesto está condicionado por el grado de desarrollo de la técnica tributaria y por los medios de gestión que la Administración dispone. Las razones fundamentales que justifican la subsistencia de un impuesto son puramente recaudatorias y muchas veces son frágiles.

Diversos autores como Sánchez Galiana, Calatrava Escobar, Casana Merino y Rubio de Urquía han escrito que el sujeto pasivo puede invocar el incremento real, en aquellos supuestos en los que el incremento resultante de la aplicación de la tabla de porcentajes sea superior a aquel, puesto que de no ser así se estaría ante una situación en la que la ley, en vez de ordenar realidades, se convierte en instrumento definitivo de la verdad, no pudiendo prevalecer las necesidades de gestión sobre la realidad económica y, mucho menos, sobre los derechos y garantías de los contribuyentes, situación

refrendada inclusive por la sentencia 679/1997 de 26 de mayo emitida por la Comunidad Valenciana.

Dentro del mismo trabajo en comento, el autor toca el tema de la obligatoriedad en la futura norma de mejor atención al principio de seguridad jurídica, en su vertiente de certeza del Derecho aplicable, de lo cual indica al respecto al igual que Villar Escurra, *la exigencia primaria del principio de seguridad jurídica, habiéndose precisado en la Sentencia del Tribunal Constitucional 46/1990 de 15 de marzo, (...) Hay que promover y buscar la certeza respecto a qué es Derecho y no (...) provocar juegos y relaciones entre normas como consecuencia de las cuales se introducen perplejidades difícilmente salvables respecto a previsibilidad de cuál sea el Derecho aplicable, cuáles las consecuencias derivadas de la normas vigentes e incluso cuáles sean éstas.*

Compartimos con el autor la idea expresada por Rodríguez Bereijo, al indicar que la seguridad jurídica contiene una triple dimensión, a saber: como conocimiento y certeza del Derecho positivo, como confianza de los ciudadanos en las instituciones públicas y en el orden jurídico en general, en cuanto garantes de la paz social, y como previsibilidad de los efectos que se derivan de aplicación de las normas y de las propias acciones o de las conductas de terceros; que muchas veces se encuentran bajo la investidura del principio de confianza legítima.

La postura del Tribunal Constitucional Español ha sido hasta el presente decididamente favorable a entender que los tipos de gravamen de las Corporaciones locales deben establecerse necesariamente mediante Ley, si bien, para salvaguardar la autonomía local, ha señalado que en la fijación de los mismos el legislador debe reconocer a dichos entes una intervención en el establecimiento de los mismos, para lo cual el cauce más idóneo es el de que el legislador establezca una serie de criterios o de límites con relación a las alícuotas tributarias, para que sean después las Corporaciones locales las que decidan, en ejercicio de su autonomía y en atención a las peculiaridades de su Hacienda propia, cuál sea el tipo que, de acuerdo con el marco legal, apliquen en su respectivo ámbito territorial.

En cuanto a este tema, nos indica el autor algo claro de identificar, las tasas, pues resulta muy deficiente la concretización normativa de aquellas que se exigen por la prestación de servicios o realización de actividades en régimen de Derecho Público que se refieran, afecten o beneficien de modo particular al sujeto pasivo.²

De donde emanan los requisitos siguientes:

2. La ley 25/1998 ha regulado los elementos esenciales de la tasa pro utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público estatal. En el ámbito local el tercer párrafo del artículo 20 de la ley de Haciendas locales establece los supuestos de utilización privativa o de aprovechamiento especial del dominio público local que originan el pago de una tasa, coloca sin un orden taxativo.

1. Que la prestación del servicio o la realización de la actividad venga impuesta por una disposición normativa, legal o reglamentaria.
2. Que el servicio o actividad requerida resulte imprescindible para la vida privada o social del solicitante.
3. Que el servicio o actividad no se preste o se realice por el sector privado, esté o no establecida su reserva a favor del sector público conforme a la normativa vigente.

De esta forma apoyándose en Granizo Labradorero, podemos resumir los puntos relevantes de la sentencia de 14 de diciembre, STC185/1995, o lo citado por el TSJ de la comunidad valenciana en sus sentencias de 20 de enero (JT 1995, 13), 10 de abril (JT 1995, 509) o 23 de abril (JT 1998, 957), aplicarse cuestiones tales como las tasas por vigilancia especial de los establecimientos que lo solicita, por otorgamiento de licencias urbanísticas o por las relacionadas con los documentos que expidan o de que entiendan las Administraciones o autoridades locales a instancia de parte.

Cabe señalar lo que autor indica relacionado con la deseable y necesaria armonización, y adecuada articulación, de los ordenamientos tributarios local y autonómico, que es donde se precisa que el legislador debió de haber dejado más campo de actuación al poder tributario autonómico, ya que se encuentra constreñido a la autoridad estatal y el local.

Por citar las relaciones entre las haciendas autonómica y local, ya que el artículo 6.3 de la Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas (LOFCA) establece una interdicción de la imposición autonómica sobre las materias reservadas a las corporaciones locales, al señalar que las comunidades autónomas podrán establecer y gestionar tributos sobre las materias que la legislación de régimen local reserva a las corporaciones locales, pues en primer lugar los tributos no podrán recaer sobre hechos imponible gravados por el Estado.

Es inadmisibles encontrar que no indica la LOFCA cuáles sean las materias reservadas a los entes locales, sino que para tan crucial asunto se remite directamente a lo que disponga al efecto una Ley ordinaria, tarea que fue complementada por la Ley de Haciendas Locales (LHL). Por ello esta forma de proceder consistente en que una ley orgánica remita a una ley ordinaria, para que ésta sea la que regule determinados aspectos instrumentales es admisible y sustentado ya por sentencias del Tribunal Constitucional como la Sentencia 137/1986, de 6 de noviembre.

Distinto sería el caso de que el artículo 6.3. LOFCA hubiese sido más preciso, atribuyendo directamente la materia relativa al gravamen de la riqueza inmobiliaria a las corporaciones locales, o fijara parámetros de requisitos y directrices en relación con este asunto.

El autor indica que partiendo de este punto de vista y con base en la interpretación espiritualista del artículo en comento, no se aprecia objeción para que una Comunidad Autónoma no pudiese utilizar como objeto de gravamen alguna de las materias que vienen siendo la base para la exclusiva competencia de los Entes locales. O bien desde una estricta interpretación literal, lo único que conduciría es a consagrar una visión restrictiva del ámbito de actuación y de las posibilidades de financiación de las Comunidades Autónomas, pero que no conllevaría a la defensa de los intereses de las Corporaciones locales, pues éstas seguirían funcionando y ejercitando su capacidad de recaudación.

Por ello, aprovechando los intereses de una futura reforma será interesante contemplar un equilibrio adecuado y conveniente a los intereses tributarios de las Corporaciones Locales y de las Comunidades Autónomas, para que ninguno de ellos tenga que sufrir o padecer a costa de los otros.

Ya en la parte final de la obra el autor señala lo relevante relacionado con la falta de materia de revisión, del cauce económico-administrativo, con carácter general, y a salvo de supuestos concretos. Argumentos en pos de la reimplantación de esta vía y posible forma de articular la misma, con lo que aporta que existe una corriente de pensamiento, cada vez más asentada y acentuada que propugna la reintroducción con carácter potestativo.

Desde el acertado punto de vista del autor, la falta en materia de revisión, del cauce económico-administrativo, con carácter general, y a salvo de supuestos concretos, son argumentos a favor de la reimplantación de esta vía, y la posible forma de articular la misma, y a la vista de la experiencia de años pasados, se hace preciso reintroducir la vía económica-administrativa para que los ciudadanos puedan reclamar contra los actos dictados por las Corporaciones Locales en lo referente a la materia tributaria, eliminando así la situación actualmente vigente en la que únicamente cabe acudir al Tribunal Contencioso (TC) previa interposición de la oportuna reposición, situación ésta que ha supuesto una saturación de los tribunales jurisdiccionales, aparte de originar de esta forma un mayor coste para los promotores, al tener que valerse para ello, si acuden al TC, de abogados y procuradores, lo cual se podría entender como una vulneración del artículo 24 de la CE, al dificultarse el acceso a la justicia.

Por todo ello lo recomendable sería la reimplantación, con carácter general, de la vía económica-administrativa en el ámbito tributario local, logrando de esta forma resolver los inconvenientes que su carácter obligatorio comporta, misma que ha sido objeto de numerosas y acertadas críticas.

La reforma debe profundizar en la reintroducción de órganos que, como sucede en los Tribunales Económico-Administrativos, desarrollen funciones cuasi jurisdiccionales, y no meramente consultivas o preparatorias de la decisión final de otras instancias.

Como indica Checa González, pensar en la creación de unos órganos de resolución de reclamaciones en materia tributaria paritarios, constituidos a partes iguales entre representantes elegidos por parte de los diversos municipios de cada provincia, y representantes elegidos por el Ministerio de Hacienda, debiendo ser el presidente de tales órganos una persona imparcial, para lo cual se podría arbitrar un sistema tendente a conseguir un jurista con el suficiente grado de experiencia, que desarrollarían una verdadera misión resolutoria de conflictos, sin perjuicio, obviamente, de que sus decisiones pudiesen ser impugnadas ante la jurisdicción contencioso-administrativa, a la vista del coste que le supone acceder a la jurisdicción contencioso-administrativa, se pone de relieve, que en este ámbito no está bien concebida la defensa de los derechos e intereses legítimos de los contribuyentes.

Con esta alternativa se conseguirían todos los objetivos pretendido; una solución para los ciudadanos pronta y expedita, fácil y sin ese coste considerable que acarrea, y, por otra parte, la intervención de este órgano supondría un filtro, eficaz y operativo que facilitaría el desempeño de los órganos jurisdiccionales.

Por todo ello, del juego conjunto de las dos situaciones descritas: recurso de reposición casi siempre desestimado, y allanamiento del recurrente a la decisión del mismo, a la vista del coste que le supone acceder a la jurisdicción contencioso-administrativa, se pone de relieve que en este ámbito no está bien concebida la defensa de los derechos e intereses legítimos de los contribuyentes. Pero se debe contemplar a criterio potestativo la reimplantación de la vía económico-administrativa.

Gustavo Zagrebelsky,
*PRINCIPIOS Y VOTOS. EL
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
Y LA POLÍTICA*, traducción
de Manuel Martínez
Neira, Madrid, Trotta,
2008, 112 pp.

por Miguel Carbonell*

No es frecuente que, fuera del ámbito del derecho anglosajón, los más altos funcionarios judiciales escriban sobre su experiencia práctica en la impartición de justicia. En Estados Unidos la biografía judicial (o la autobiografía) es casi un género literario por sí mismo. Son muy conocidas las biografías de los jueces más renombrados de su historia, como John Marshall, Oliver Wendell Holmes, Hugo Black, William O. Douglas, Earl Warren, Félix Frankfurter, William Brennan, Harry Blackmun o Sandra Day O'Connor. No existe nada parecido a eso en el derecho de los países latinos. No lo hay

en Italia, ni en Francia, Alemania, España o en América Latina.

Por eso debe saludarse el hecho de que Gustavo Zagrebelsky, el eminente juez de la Corte Constitucional italiana y uno de los teóricos más influyentes del movimiento *neconstitucionalista*, haya publicado un pequeño libro de reflexiones a partir de su desempeño en la judicatura.¹ No se trata de una autobiografía, sino de la exposición de sus percepciones sobre el papel del juez y el lugar de las cortes constitucionales dentro de los sistemas democráticos. El libro tiene por objeto, en palabras del autor, ofrecer a los lectores “el recuerdo de una experiencia que he tenido la fortuna de vivir junto a los colegas con los que he compartido el trabajo y la fatiga, las jornadas y las tensiones de nueve años”.

Llama la atención Zagrebelsky sobre un hecho que acontece no solamente en Italia, sino en casi todos los países de la tradición romano-germánica: pese a la importante posición institucional que tiene la Corte Constitucional en Italia, es una de las instituciones menos conocidas por los ciudadanos. Lo mismo sucede en México con nuestra Corte Suprema, cuyos integrantes son desconocidos para gran parte de la opinión pública nacional, pese a que todos los días toman decisiones vitales sobre nuestros derechos fundamentales o sobre la configuración presente y futura de la democracia mexicana.

También apunta nuestro autor la aparente paradoja de que la función de la Corte es política, pero no pertenece a la política; tiene mucho que ver con la democracia, pero

* Investigador de tiempo completo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM (IIJ-UNAM) y profesor de la Facultad de Derecho de la misma Universidad. Es especialista en derecho constitucional y derechos fundamentales.

1. Gustavo Zagrebelsky, *Principios y votos. El Tribunal Constitucional y la política*, traducción de Manuel Martínez Neira, Madrid, Trotta, 2008, p. 109.

no deriva de ella. Esto en parte es así debido a que la Corte tiene por misión fundamental aplicar la Constitución, que es una norma que contiene todo aquello que no está sujeto a votación alguna. O mejor dicho, la Constitución contiene todo sobre lo que ya no se vota, porque “ha sido votado de una vez por todas en su origen”. La Constitución se sitúa (debe situarse) por encima de la batalla política cotidiana. No puede ser convertida en rehén de ningún partido político y de ningún programa de gobierno. La Constitución configura y supone un patrimonio cultural que debe ser compartido por todos.

Zagrebelsky apunta que la principal función de un texto constitucional es

fijar los presupuestos de la convivencia, es decir, los principios sustanciales de la vida común y las reglas del ejercicio del poder público aceptados por todos, situados por ello fuera, incluso por encima, de la batalla política... La Constitución fijan en primer lugar el *pactum societatis*, con el cual se acuerdan las condiciones de la convivencia, en ese recíproco respeto que protege del conflicto extremo, es decir, de la guerra civil.

En el ejercicio de la función jurisdiccional que tiene por objeto el control de constitucionalidad de las leyes y demás actos de los poderes públicos se da una paradoja adicional que es discutida por Zagrebelsky en su libro. La Constitución contiene aquello sobre lo que no se vota, pero los jueces la interpretan y la aplican votando a su vez. ¿Se trata de una contradicción?, se pregunta el autor.

Y eso da pie para que nos explique una de las varias cuestiones llamativas o curiosas del funcionamiento de la Corte Constitucional italiana. Los trabajos de sus magistrados son secretos, en el sentido de que no hay audiencias públicas y de que las deliberaciones son a puerta cerrada. Además, a diferencia de la casi totalidad de cortes constitucionales del mundo, no existe la figura de los votos particulares. Todas las decisiones se toman por el cuerpo colegiado como tal, sin que exista la posibilidad de que un magistrado exprese razones concurrentes o disidentes sobre el sentido del fallo.

Zagrebelsky justifica esta peculiaridad aduciendo que de esa forma se proyecta hacia fuera un fuerte sentido de unidad del tribunal. Además, de esa manera se protege la colegialidad de los trabajos de los magistrados al interior de la Corte, ya que saben que no tienen cada uno de ellos voz propia, sino que deben necesariamente hablar como tribunal:

mientras que en otros países los jueces constitucionales están dotados de personalidad propia e individualidad institucional, en Italia los jueces constitucionales —a los que se reconoce la más plena subjetividad dentro del colegio— no son nada fuera del Tribunal. Solo existen como parte del Tribunal... El carácter colegial y unitario del Tribunal asume un particular significado por la ausencia de votos particulares... La razón más profunda hay que buscarla en la exigencia de unidad: uno de los tantos valores de la colegialidad.

Un observador externo, al leer esta justificación, no puede dejar de preguntarse si un tribunal constitucional gana o pierde al no permitirles a sus integrantes expresar desacuerdos o líneas de justificación distintas a las que ofrece la mayoría. La historia nos ofrece abundantes ejemplos en los que se acredita la certera caracterización de Peter Häberle, según la cual los votos disidentes son la jurisprudencia constitucional (alternativa) del futuro.

¿Qué destino le habría esperado a la libertad de expresión sin los atinados votos particulares de Oliver Wendell Holmes en los primeros años del siglo pasado? ¿Qué habría sido de la Corte de los Estados Unidos sin la disidencia liberal de John Paul Stevens o de William Brennan en la sofocante atmósfera conservadora de las Cortes presididas por Rehnquist y Roberts?² ¿Qué papel habría jugado el Tribunal Constitucional español sin la permanente llamada al orden que supusieron, en sus primeros años de existencia, los cientos de votos particulares, magistrales todos, de Francisco Rubio Llorente?³ ¿Cómo podríamos entender hoy en día el papel de la Suprema Corte de México sin tener acceso y registro de los votos disidentes, que también deben sumar centenares ya, del ministro José Ramón Cossío, que en tantos temas ha sido un adelantado al criterio de sus colegas?⁴ Puede ser que el esquema de hablar con una sola voz haya funcionado en Italia, pero seguramente no se trata de un ejemplo a seguir.

Nos advierte también Zagrebelsky sobre la permanente tentación que tienen algunos jueces constitucionales para abandonar “subrepticamente” ciertos precedentes, sin poner de manifiesto que lo están haciendo y sin ofrecer argumentos que justifiquen el nuevo criterio. Reconoce el autor que “Las contradicciones jurisprudenciales no favorecen la reputación del Tribunal”, pero también señala que la autoridad del propio Tribunal se ve fortalecida cuando un cambio de criterio se adopta expresamente, sin intentar enmascararlo a través “de un uso no objetivo de los precedentes, como si se avergonzase de lo que hace”. Esta advertencia es muy importante, ya que conocemos ejemplos en muchos países de verdaderos *revirements* jurisprudenciales que no se asumen como tales. Algunos jueces deciden abandonar el pasado sin enfrentársele directamente. Quieren crear nueva jurisprudencia metiendo los criterios renovados por la puer-

-
2. Algunos de los más grandes y polémicos votos disidentes en la historia de la Corte estadounidense pueden encontrarse en Tushnet, Mark, *I dissent. Great opposing opinions in landmark Supreme Court cases*, Beacon Press, Boston, 2008.
 3. Ver Pedro Bravo Gala, “Algunas consideraciones obvias acerca de la actividad jurisdiccional del profesor Rubio Llorente”, en *La democracia constitucional. Estudios en homenaje al profesor Francisco Rubio Llorente*, t. II, Madrid, CEPC, 2002, pp. 1889 y ss.
 4. José Ramón Cossío Díaz, *Votos*, México, Universidad de Colima, Editorial Laguna, 2006.

ta de atrás de las sentencias. Tenemos ejemplos recientes de esta actitud poco ética en Estados Unidos⁵ y en México.

Hay que ser claros en este punto: desde luego que un juez puede cambiar de opinión, incluso un juez del más alto tribunal de un país, un juez que trabaja sobre temas de enorme importancia y cuyas decisiones deben ser calibradas y pensadas hasta el más mínimo detalle. Pero si va a llevar a cabo ese cambio de criterio, debe hacerlo de forma expresa: primero reconociendo que está abandonando un precedente y luego ofreciendo razones que justifiquen, que den fundamento a la nueva interpretación.

Zagrebelsky destaca también en su libro la necesidad de que los jueces constitucionales sean independientes de sí mismos. Se trata de un tema poco explorado, pero sobre el que vale la pena detenerse. Nuestro autor nos recuerda que los jueces constitucionales son hombres y mujeres comunes y corrientes: “No hay nada que diferencie a los jueces del resto de los mortales”. Pero en el desempeño del cargo deben asumir una actitud que no tienen todas las demás personas: deben ser fieles a la Constitución, de tal suerte que el texto constitucional pase a formar parte de sus hábitos mentales y morales.

Nos recuerda Zagrebelsky el caso de un famoso juez de la Corte estadounidense, Félix Frankfurter, quien fue el redactor de la sentencia del caso *Gobitis*, de acuerdo con la cual se permitía sancionar a los niños que no saludaran a la bandera por motivos religiosos. La decisión del caso *Gobitis* desató una ola de ataques contra miembros de los Testigos de Jehová y varios de sus lugares de reunión fueron quemados; en el rechazo a esa violencia y al sentido del fallo, la sociedad norteamericana tomó muy en cuenta la actitud de Hitler manipulando al pueblo alemán para que adorara a su bandera y a los símbolos nazis. La Corte cambió de criterio poco tiempo después, en la sentencia del caso *Barnette*, redactada por el más elocuente juez en toda la historia de la Corte, Robert H. Jackson, quien escribió pasajes verdaderamente memorables en su resolución.⁶ Frankfurter escribió entonces un poderoso voto disidente en el que ponía de manifiesto su religión judía y el carácter de perseguidos históricos de sus miembros;

5. Ronald Dworkin ha analizado y criticado esta actitud por algunos de los integrantes de la Corte Roberts en Estados Unidos; ver su libro *The Supreme Court phalanx. The court's new right-wing bloc*, New York review books, Nueva York, 2008.

6. En esa sentencia Jackson puso frases como las siguientes: “Quienes comienzan por eliminar por la fuerza la discrepancia terminan pronto por eliminar a los discrepantes. La unificación obligatoria del pensamiento y de la opinión solo obtiene unanimidad en los cementerios... El poder público es el que debe ser controlado por la opinión de los ciudadanos, y no al contrario... Si hay alguna estrella inamovible en nuestra constelación constitucional es que ninguna autoridad pública, tenga la jerarquía que tenga, puede prescribir lo que sea ortodoxo en política, religión, nacionalismo u otros posibles ámbitos de la opinión de los ciudadanos, ni obligarles a manifestar su fe o creencia en dicha ortodoxia, ya sea de palabra o con gestos. No se nos alcanza ninguna circunstancia que pueda ser considerada una excepción a esta regla”.

sin embargo, aseguraba, sus propios sentimientos no podían ponerse por encima de sus deberes como juez constitucional.

Frankfurter afirmó en su voto: “Nunca se insistirá bastante en esta idea: cuando se ejercen funciones jurisdiccionales, se deben dejar aparte las propias opiniones sobre las virtudes o los vicios de una determinada ley. La única cosa que debe tomarse en consideración es si el legislador pudo razonablemente dictar tal ley”.⁷ Es un recordatorio que deberían leer muchos jueces constitucionales, todos los días. Lo que nos dice Frankfurter es que un juez constitucional no está en el cargo para expresar opiniones propias, ni para verter sus prejuicios ideológicos y religiosos en las sentencias que dicta, sino para aplicar la Constitución, que representa su único parámetro de legitimidad y su única fuente de regulación. Nada más que la Constitución puede inspirar sus actos y guiar sus criterios jurídicos.

Zagrebelsky apunta también que la independencia frente a sí mismo debe ser observada cuando un juez cae en la tentación de hacer que sus posturas doctrinales, previamente expresadas en conferencias, artículos o libros, se vuelvan las posturas del tribunal. Es una advertencia que tiene sentido y que nos recuerda, como lo señala también el autor, que el origen profesional de los jueces (como jueces inferiores, catedráticos destacados, funcionarios públicos), no debe marcar su trayectoria jurisdiccional posterior. Todos los jueces superiores tienen un origen muy claro, pero “¿Se puede decir que están en el Tribunal para representar a las categorías profesionales de las que provienen? Ciertamente no”. Su tarea en el Tribunal ni siquiera consiste en representarse a sí mismos.

Finalmente, Zagrebelsky cierra su ensayo recordando que los jueces constitucionales no deben estar atados a lo que les dicte la opinión pública. A lo mejor a veces, muchas veces incluso, deben tomar decisiones impopulares. No deben ceder frente a ningún tipo de presión, una vez que estén convencidos de que están aplicando correctamente el texto de la Constitución. Escribe Zagrebelsky: “Si cedieran a la tentación de recurrir al consenso popular, no solo traicionarían completamente su función sino que se dejarían seducir por cantos de sirena que los conducirían al desastre”. Y nos recuerda una cita bíblica que justifica tal advertencia: “No seguirás a la mayoría para hacer el mal” (*Éxodo*, 23, 2).

Los jueces constitucionales deben militar en el “partido de la Constitución”, el cual se ubica más allá de los partidos políticos. Su ánimo debe estar guiado solamente, todos los días y en todo momento, por la “voluntad de Constitución”, por un compro-

7. Los pasajes más interesantes de la sentencia y del voto particular de Frankfurter pueden verse en Miguel Beltrán de Felipe y Julio V. González García, *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, CEPC, BOE, Madrid, 2005, pp. 255-262.

miso personal indeclinable de hacer valer en la realidad, frente a todo y frente a todos, lo que ordena la Constitución.

En nuestros días existe un compromiso importante de observar la “obligación de alimentar el deseo de Constitución y de saciarnos”; una obligación que “alcanza a todos”, pero que se refiere “en primer lugar a los jueces constitucionales”. ¿Cómo hacerlo?, se pregunta Zagrebelsky: “a través de la jurisprudencia, una jurisprudencia que no se contemple a sí misma, que sepa hablar con claridad y en general, que no tema proclamar netamente los principios esenciales que la sostienen y argumentar su importancia en la vida civil, para convertirse así en fuerza viva de la historia y de la cultura constitucional”. Esa es la jurisprudencia que aspiramos a tener en México y en buena parte de América Latina. Lo complicado es tendremos que llegar a ella sin poder contar con la fortuna de tener jueces constitucionales como Gustavo Zagrebelsky.

Análisis de la sentencia No. 003-09-SIN-CC de la Corte Constitucional para el Período de Transición referente a los emolumentos cobrados por la prestación del servicio del Aeropuerto Mariscal Sucre

Gabriela Valdivieso Ortega*

RESUMEN

Este artículo analiza la sentencia de la Corte Constitucional que resuelve el conflicto de criterios entre el Procurador General del Estado y el Contralor General. En cuanto a la materia misma de la sentencia, en opinión del órgano más importante de justicia constitucional del país, las tasas son tributos, que no pueden percibirse, cederse, ni administrarse directamente por ninguna persona natural ni jurídica que no sea el Estado. El cambio constitucional exige una nueva óptica jurídica en la apreciación de los dictámenes provenientes de la Procuraduría General del Estado, que ya no son simples opiniones de juristas respetables, sino que constituyen normas jurídicas que se deben aplicar. De alguna forma ha renacido con mayor vigor el *ius publice respondedi* del pretor romano, y estos actos jurídicos han alcanzado la jerarquía de fuentes formales del derecho.

PALABRAS CLAVE: Corte Constitucional, tributos, tarifas, tasas, concesionario, QUIPORT.

ABSTRACT

This article analyzes the ruling issued by the Constitutional Court of Ecuador, which resolves the conflict of criteria regarding the emoluments charged for the services offered by the Mariscal Sucre Airport, aroused between the Ecuadorian General Attorney and the General Comptroller. The Constitutional Court considers these emoluments as taxes, which may not be perceived, assigned or administered by a company or individual different from the Ecuadorian Government. The constitutional changes require a new juridical optic in regard to the reports issued by the General Attorney, which are not simple opinions of respectable lawyers, but real juridical regulations that must

* Analista jurídica en materia penal tributaria, Dirección Nacional del Servicio de Rentas Internas.

be applied. This change of conception reveals the rebirth of the *ius publice responde-di* of the Roman praetor, transforming these acts in formal sources of law.

KEY WORDS: Constitutional Court, taxes, fees, rates, concessionary, QUIPORT.

FORO

INTRODUCCIÓN

El problema que dilucida la sentencia se produce porque los criterios de dos autoridades ecuatorianas, el Procurador General de Estado, por una parte, y el Contralor General, por otra, no son coincidentes, en cuanto a si los emolumentos que cobra QUIPORT por el servicio de aeropuerto tienen el carácter de tributos que solamente pueden ser administrados por el Estado, o si son tarifas susceptibles de cesión, que han pasado a ser percibidas y administradas por el concesionario.

Dada la importancia y la jerarquía de quienes mantienen la discusión, y del Tribunal que resuelve el problema se aprecia la importancia que tiene tanto para el desarrollo económico del país como para su seguridad jurídica. El proceso se ha resuelto, como era de esperarse, en un ambiente de respeto a las opiniones ajenas, dentro del cual sus protagonistas han podido exhibir su acervo de conocimientos sobre la materia, su habilidad para defender sus puntos de vista, y la amplia información que, en el ejercicio de la función, han podido acopiar.

Se trata de un acontecimiento producido en una época trascendental para la historia ecuatoriana. La Constitución del 2008, en plena vigencia, debe aplicarse, con las consecuencias que conlleva el cambio; una nueva concepción del Derecho es la realidad incuestionable que debe ser acatada; la dinámica social así lo exige. Para quienes ejercemos la abogacía lo que está ocurriendo tiene estrecha relación con las guías profesionales que tan profundamente expuso el procesalista uruguayo Eduardo Couture: “El Derecho, que se aprende estudiando y se ejerce pensando, se transforma constantemente, y si no sigues sus pasos serás cada día un poco menos abogado”.

NOCIONES PRELIMINARES

El 23 de septiembre de 2008 el doctor Carlos Pólit Faggioni, Contralor General del Estado, solicitó al doctor Diego García Carrión, Procurador General del Estado, un pronunciamiento sobre: la naturaleza jurídica de los servicios del Aeropuerto Mariscal

Sucre (primera consulta), y sobre el carácter público o privado de las tarifas o tasas que recibe QUIPORT S.A.¹ por concepto de uso del aeropuerto (segunda consulta).

Mediante oficio No. 5569 de 5 de enero de 2009, el señor Procurador General del Estado respondió a las consultas formuladas por la Contraloría del siguiente modo: en relación a la primera consulta, atribuye a los servicios del actual Aeropuerto Mariscal Sucre al igual que a los del nuevo aeropuerto de la ciudad de Quito la naturaleza jurídica de *servicios públicos*; con respecto a la segunda consulta, el pronunciamiento de la Procuraduría concluyó que en el caso del contrato de concesión vigente con QUIPORT se estaba frente a *tarifas* que se derivan directamente de la concesión otorgada, las mismas que son recaudadas y administradas por el concesionario y que por lo tanto no se enmarcan en la definición de tributos o recursos públicos constante en el artículo 1 del Código Tributario, puesto que, no las recauda el propio Estado o sus instituciones. A criterio del señor Procurador constituyen valores que al ser recaudados e ingresar al activo corriente del concesionario tienen el carácter de *recursos privados*.

Ante las respuestas dadas por la Procuraduría a las consultas formuladas, mediante oficio No. 1176 de 22 de enero de 2009, la Contraloría solicitó al Procurador General la reconsideración del criterio emitido. Dicho funcionario mediante oficio No. 5929 de 3 de febrero de 2009 ratifica en su integridad el contenido del oficio No. 5569.

ANÁLISIS DE LA SENTENCIA NO. 033-09-SIN-CC DE LA CORTE CONSTITUCIONAL PARA EL PERÍODO DE TRANSICIÓN

Es menester aclarar que tanto los argumentos jurídicos de las partes como la sentencia emitida por la Corte Constitucional están fundamentados en la Constitución de la República del Ecuador vigente.

ANTECEDENTES

El Contralor General del Estado solicitó a la Corte Constitucional para el Período de Transición, mediante acción pública de inconstitucionalidad de acto administrativo con efectos generales, presentada el 24 de abril de 2009, que dice: “Declare la inconstitucionalidad parcial por el fondo de los actos administrativos con efectos generales conteni-

1. QUIPORT S.A. es una empresa de capital cien por ciento privado, conformada por importantes empresas canadienses, estadounidenses y brasileras. Sus inversionistas son: AECON, Airport Development Corporation (ADC), HAS Development Corporation (HAS-DC) y Andrade Gutiérrez Concessoes (AGC).

dos en los oficios No. 5569 de 5 de enero y 5929 de 3 de febrero de 03 de Febrero del 2009, emanados del Procurador General del Estado”.²

La sala de admisión de la Corte Constitucional el 06 de mayo de 2009 consideró que el acto impugnado era objeto de control constitucional conforme a lo dispuesto en el artículo 436 numeral 4 de la Constitución de la República del Ecuador, y, en consecuencia, admitió a trámite la acción. El 20 de mayo de 2009 se realizó el sorteo de rigor y el caso radicó en la segunda sala de sustanciación de la Corte Constitucional para el período de transición, designando luego del sorteo correspondiente al doctor Roberto Bhrunis Lemaire como juez constitucional sustanciador.

ACTOS ADMINISTRATIVOS CON EFECTOS GENERALES QUE SE IMPUGNAN

Los oficios Nos. 5569 de 05 de enero y 5929 de 03 de febrero de 2009, emanados del señor Procurador General del Estado.

ARGUMENTOS JURÍDICOS PLANTEADOS EN LA DEMANDA

En la demanda presentada por el Contralor General del Estado se expresa que las circunstancias que dieron lugar a acción pública de inconstitucionalidad son en resumen las siguientes:

- a) Los oficios: No. 5569 (en cuanto a la segunda respuesta) y No. 5529 (en cuanto ratifica la segunda respuesta del oficio No. 5569), puesto que vulneran la disposición contenida en el artículo 211 de la Constitución, conforme a la que la Contraloría es el organismo encargado del control de los recursos estatales y de los recursos públicos de los que dispongan personas jurídicas de derecho privado.
- b) En concepto del Contralor se atenta de manera grave contra el régimen de competencias exclusivas del Estado central, específicamente contra la establecida en el artículo 261, numeral 10 de la Constitución.³
- c) La demanda indica que el servicio aeroportuario es un *servicio público esencial*, por lo que los ingresos percibidos por la prestación del mismo son tasas, es decir, ingresos tributarios de propiedad del Estado; que, al ser considerados como privados, se viola el artículo 287 de la Constitución.

2. Corte Constitucional para el período de transición, Sentencia No. 003-09-SIN-CC, p.1.

3. “El Estado central tendrá competencias exclusivas sobre: 10. El espectro radioeléctrico y el régimen general de comunicaciones y telecomunicaciones; puertos y aeropuertos.”, Constitución, art. 261 numeral 10.

- d) Sostiene que el principio de legalidad o de reserva de ley⁴ relativo a los tributos, contenido en el artículo 301 de la Constitución, también se inobserva al pretenderse la transformación de una tasa en una contraprestación contractual.
- e) Considera además que la cláusula 2 del contrato de concesión vulnera el principio contenido en el artículo 321 de la Constitución, en el que se reconocen y garantizan las distintas formas de propiedad, entre ellas la pública o estatal.
- f) El accionante indica también que el pronunciamiento del señor Procurador respecto a que las tarifas aeroportuarias no constituyen tributos, viola no solo el principio de legalidad previsto en el artículo 226 de la Constitución, sino que atenta directamente contra el artículo 424 de la Constitución relativo a la Supremacía Constitucional.
- g) Finalmente, considera que el Procurador se extralimita del ámbito de sus atribuciones, al no pronunciarse estrictamente sobre la inteligencia de ley, violando el artículo 429 de la Constitución de la República.⁵

Por lo expuesto, el Contralor General del Estado solicitó al Pleno de la Corte Constitucional que proceda a:

Declarar la naturaleza pública de los recursos obtenidos mediante el cobro de tasas aeroportuarias que se realizan en el aeropuerto de Quito, o en tal virtud declare que tales recursos son objeto de control gubernamental por parte de la Contraloría General del Estado.

Declarar la inconstitucionalidad de la repuesta dada por el Señor Procurador General del Estado, Dr. Diego Carrión García, contenida en las páginas 4 a 11, del oficio No. 5569 del 05 de enero del 2009, en relación a la segunda consulta realizada por el señor Contralor General del Estado, mediante oficio No. 24133 del 26 de septiembre del 2008.

Ordenar al Señor Procurador General del Estado que expida un acto administrativo que reemplace al declarado inconstitucional, donde se incorporen los criterios constitucionales respecto a la propiedad, uso y administración de las tasas aeroportuarias que se cobran por el uso del Aeropuerto Mariscal Sucre.⁶

4. El principio de legalidad y el de reserva de ley, en el lenguaje actual, se utilizan como sinónimos, no obstante a nuestro criterio es necesaria la diferenciación. César Montaña Galarza, "La obligación de contribuir y los principios de la tributación en las constituciones de los estados miembros de la Comunidad Andina", en Aimée Figueroa Neri (coord.), *Tópicos fiscales contemporáneos*, Guadalajara, CUCEA, 2004, p. 218, expresa que: "(...) con el primero se entiende que los tributos deben ser establecidos por los órganos legislativos correspondientes [...]; con el segundo, solo la ley puede afectar la esfera de la propiedad y de la libertad de cada individuo (...)."

5. Cfr. Corte Constitucional para el Período de Transición, Sentencia No. 003-09-SIN-CC, pp. 4-8.

6. *Ibid.*, pp. 8 y 9.

CONTESTACIÓN A LA DEMANDA

El Dr. Rafael Parreño Navas, Procurador General del Estado subrogante, fundamentó su contestación a la demanda dividiéndola “en tres puntos básicos: a) cuestiones preliminares; b) improcedencia de la demanda por inexistencia de inconstitucionalidad; y, c) sobre la improcedencia de las demás pretensiones contenidas en la demanda”.⁷

Respecto al primer punto, el Procurador afirma que debe hacerse una interpretación sistemática y contextual de la Constitución. Considera que sus pronunciamientos no constituyen una limitación a las competencias de fiscalización de la Contraloría General del Estado y sostiene que las concesiones siguen siendo posibles de acuerdo a lo previsto en el artículo 316 de la Constitución, sin haberse previsto un mecanismo específico para las concesiones aeroportuarias.

Con relación al segundo punto, considera que no procede demandar la inconstitucionalidad parcial de los actos impugnados, puesto que no existe en ellos pronunciamiento alguno respecto de las atribuciones de la Contraloría General del Estado, por lo que no es verdad que el criterio vertido viole el artículo 211 de la Constitución. Sostiene, además, que a pesar de que el artículo 261 numeral 10 de la Constitución modifica el tratamiento que se debe dar a los aeropuertos, al amparo de la Constitución Política de 1998 “se celebraron muchos contratos que generaron derechos subjetivos a terceros”.⁸

Asevera que “la opinión del Procurador General del Estado no es un acto que pueda convertir en recursos privados los recursos públicos o viceversa”.⁹ Afirma que las tarifas aeroportuarias “ya fueron analizadas por el Tribunal Constitucional, en las acciones Nos. 016-06TC y 039-06TC, dictadas el 30 de agosto del 2006”,¹⁰ que también fueron examinadas por las tres Salas del Tribunal Distrital de lo Fiscal No. 1 y la Corte Suprema de Justicia, las que se declararon incompetentes para resolver sobre las acciones planteadas; y que el Ministro de Finanzas y Economía se pronunció en el mismo sentido.

El Procurador sostiene que no se ha violado el artículo 287 de la Constitución y que no ha emitido opinión alguna sobre el artículo 3 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado. Considera que lo que hizo es limitarse a contestar las consultas formuladas.

En lo referente al tercer punto, el Procurador manifiesta que a su juicio lo que pretende la Contraloría es que la Corte Constitucional declare que los recursos que se cobran por la prestación del servicio aeroportuario Mariscal Sucre son públicos, lo que, a su criterio, es una cuestión típicamente legal, para la que la Corte no tiene competencia. Finaliza sos-

7. *Ibid.*, p. 9.

8. *Ibid.*, p. 11.

9. *Ibid.*

10. *Ibid.*, pp. 11 y 12.

teniendo que la pretensión del Contralor respecto a que la Corte ordene al Procurador a expedir un acto administrativo que reemplace al declarado inconstitucional, en los términos que ésta señala, implica “(...) una injerencia en el derecho personal a pensar; derecho de naturaleza humana que no puede llegar a lo absurdo o a lo arbitrario”.¹¹

Por lo expuesto la Procuraduría solicitó a la Corte Constitucional rechazar la demanda.

CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

En la sentencia objeto de análisis se expresa que “El control abstracto de constitucionalidad es una actividad dirigida a la revisión, verificación o comprobación de la concordancia plena de las normas jurídicas infra-constitucionales, respecto a su marco de referencia que es la Constitución”.¹²

La Constitución de la República del Ecuador contempla dentro de las atribuciones de la Corte Constitucional realizar el control abstracto de constitucionalidad y declarar la inconstitucionalidad respecto de: actos normativos por el fondo o por la forma (art. 436.2), actos administrativos con efectos generales (art. 436.4), normas conexas (art. 436.3), al igual que tiene facultad para declarar la inconstitucionalidad por omisión (art. 436. 10). La declaratoria de inconstitucionalidad tendrá como efecto la invalidez del acto administrativo o normativo impugnado de acuerdo a lo establecido en el mismo artículo 436.

La Corte Constitucional, en ejercicio de esta atribución, para examinar si “(...) los *supuestos actos administrativos* [emitidos por el Procurador General] son *parcialmente inconstitucionales* por el fondo”¹³ (las cursivas son nuestras), dividió su análisis en seis puntos.

Sobre la naturaleza jurídica de los pronunciamientos emitidos por el Procurador General del Estado

La Corte sostiene que ya se ha pronunciado antes al respecto por lo que “(...) recomienda referirse a la sentencia No. 002-09-SAN-CC, misma que, en lo principal, determina que los dictámenes emitidos por el Señor Procurador General del Estado forman parte del Derecho objetivo, principalmente por el carácter vinculante de sus pronunciamientos”.¹⁴

11. *Ibid.*, p. 13.

12. *Ibid.*, p. 15.

13. *Ibid.*, p. 17.

14. *Ibid.*, p. 18

La sentencia a la que se hace alusión considera que el dictamen del Procurador encuadra más dentro del concepto de “norma”, que es una especie de acto normativo, al crear derecho objetivo. En este sentido expresa: “(...) el dictamen del Procurador se aproxima en gran medida al concepto de norma, mucho más todavía en la línea seguida por esta Corte, que considera como factor determinante para considerar norma o no al dictamen del Procurador identificar si este crea ‘Derecho objetivo’”.¹⁵

¿Cuál es la interpretación constitucional adecuada del artículo 3 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado?

La Corte Constitucional reconoce “(...) que la declaratoria de inconstitucionalidad es una de las más delicadas funciones que puede encomendarse a un Tribunal de Justicia (...)”,¹⁶ y que debe recurrirse a ella solo en casos de estricta necesidad. Empero, aclara, que tampoco es posible so pretexto de ello “dejar sueltas interpretaciones o fragmentos inconstitucionales en el ordenamiento jurídico”.¹⁷

Considera la Corte que la interpretación que hace el Procurador General del inciso 2do, del art. 3 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, es una interpretación incompleta, según la cual, el contrato de concesión implica la transferencia del dominio público al privado, por lo que significaría un límite a las facultades constitucionales de fiscalización que tiene la Contraloría de acuerdo al art. 211 de la Carta Suprema.

En la sentencia se examinan los elementos esenciales del contrato de concesión y la Corte concluye que “(...) no podría existir jamás una transferencia total de derechos hacia el sector privado a través de un contrato de concesión”,¹⁸ puesto que lo que ocurre es que el concesionario adquiere simplemente el derecho de administración de los bienes.

Así la Corte, de acuerdo a lo previsto en los artículos 429 y 436, como máximo órgano de interpretación y control constitucional, emite una *interpretación condicionada*, en los siguientes términos:

(...) el texto del inciso 2 del artículo 3 de la Ley Orgánica de la Contraloría solo será constitucional si se entiende que: *La transferencia de títulos, acciones, participaciones o derechos que represente ese patrimonio hacia el sector privado no es aplicable cuando exista de por*

15. Corte Constitucional para el Período de Transición, Sentencia No. 002-09-SAN-CC, publicada en el Registro Oficial No. 566, del miércoles 8 de abril del 2009, p. 23.

16. Corte Constitucional para el Período de Transición, Sentencia No. 003-09-SIN-CC, p. 22.

17. *Ibid.*, pp. 23 y 24.

18. *Ibid.*, p. 26.

*medio un contrato de concesión, toda vez que la naturaleza propia de este acto contractual no conlleva una transferencia total de dichos elementos.*¹⁹

En resumen, considera que los recursos públicos objeto de análisis no perdieron la calidad de tales por el hecho de haberse celebrado un contrato de concesión entre: la Municipalidad de Quito, la Corporación Aeropuerto y Zona Franca del Distrito Metropolitano de Quito (CORPAQ), y la Canadian Comercial Corporation (CCC), con posterior novación a QUIPORT.

¿Cuál es la naturaleza jurídica de los pagos hechos por los particulares en el aeropuerto de Quito?

En este punto analiza varios temas:

El servicio público esencial aeropuerto

La Corte Constitucional considera que el servicio aeroportuario tiene el carácter de *servicio público*, basándose en el art. 261 de la Constitución, en el que dentro de las materias de competencia exclusiva del Estado Central, se prevé en su numeral 10: “El espectro radioeléctrico y el régimen general de comunicaciones y telecomunicaciones; puertos y aeropuertos”.²⁰ Afirma lo dicho apoyándose en el art. 314 *ibidem*, conforme al que el Estado es responsable de la provisión de servicios públicos como las infraestructuras portuarias y aeroportuarias, y de que el suministro de estos servicios responda a los principios de obligatoriedad, generalidad, uniformidad, eficiencia, etc.

En este sentido manifiesta que hay coincidencia con el pronunciamiento emitido por el Procurador en los actos impugnados, al igual que con el criterio del Contralor General; y deja en claro “que a la luz de la nueva Constitución vigente, el servicio aeroportuario es ahora de responsabilidad exclusiva del Estado Central, con independencia de que su gestión y administración pueda ser ejecutada excepcionalmente por otra persona jurídica pública o incluso por particulares”.²¹

La Corte consideró que era necesario, con el objeto de determinar la naturaleza de los pagos efectuados por los particulares en el aeropuerto de Quito, agregar una característica adicional a este servicio, “(...) y esto es, la posibilidad de determinar que el servicio aeroportuario es un *servicio público esencial*, toda vez que el Estado, constitucional-

19. *Ibid.*, p. 27.

20. Constitución de la República del Ecuador, Art. 261, numeral 10.

21. Corte Constitucional para el Período de Transición, Sentencia No. 33-09-SIN-CC, p. 28.

mente, es responsable de brindar éste, que es inherente a su soberanía, y, en consecuencia, al brindar este servicio cobra por sus actividades, tributos, específicamente, tasas”²² (las cursivas son nuestras).

Bajo nuestra concepción sería más correcto caracterizar al servicio aeroportuario como un *servicio público propio*, el que, para el criterio de algunos autores, es también inherente a la soberanía del Estado. Dromi tiene un concepto bastante restringido, y considera que el servicio público es propio o impropio “según lo preste el Estado o alguna persona privada, no estatal”.²³ Villegas Basavilbaso tiene un criterio más amplio y considera que el servicio público tiene dos formas específicas: la propia y la impropia. Sostiene que: “Son servicios públicos propios los que presta o debe prestar el Estado directamente o por concesionario; son servicios impropios aquellos que tienen de común con los propios el satisfacer en forma más o menos continua necesidades colectivas, pero no es el Estado quien los presta ni los concede, sino que tan solo los reglamenta”.²⁴ Agrega el autor, refiriéndose a los servicios propios, que aunque en principio es función de la administración pública el satisfacer directamente las necesidades colectivas, en nada obsta “si el orden jurídico constitucional no lo prohíbe, que esas necesidades sean satisfechas por el mismo procedimiento mediante la delegación en particulares que da lugar a la figura denominada en la doctrina concesión de servicio público”.²⁵ Ello permite sostener que los *servicios públicos propios* pueden ser prestados directa o indirectamente por el Estado de acuerdo a lo establecido en el marco constitucional.

Los *servicios públicos esenciales* “se relacionan directamente con la subsistencia decorosa de las personas”.²⁶ Esta clasificación de los servicios públicos responde al tipo de necesidades que éstos satisfacen. Según la doctrina administrativa los servicios públicos esenciales son aquellos que satisfacen necesidades públicas absolutas, a criterio de Villegas estas necesidades son: defensa exterior, administración de justicia y orden interno, “(...) si el Estado no las satisface deja de existir como tal (...)”.²⁷ Mientras que los servicios públicos no esenciales satisfacen necesidades públicas relativas, vinculadas al progreso y al bienestar general (comunicaciones, transporte, etc.); “se cumplen también obligatoriamente en el Estado moderno, pero dentro de los límites de las posibilidades

22. *Ibid.*, p. 30.

23. José Roberto Dromi, *Manual de derecho administrativo*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1987, p. 5.

24. Citado en Horacio García Belsunce, *En defensa de las Instituciones*, Buenos Aires-Argentina, LexisNexis Argentina S.A., 2007, p. 255.

25. *Ibid.*

26. Herman Jaramillo Ordóñez, *Manual de Derecho Administrativo*, Loja, Editorial de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Nacional de Loja, 1999, p. 144.

27. Héctor Villegas, *Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1984, p. 100.

materiales y sin que la falta de su cumplimiento afecte su subsistencia, desde el plano jurídico”.²⁸

Obviando la denominación utilizada (servicio público esencial), concordamos con el criterio de la Corte en lo fundamental, pues consideramos que para una correcta teoría sobre la obligación tributaria (relación jurídico-tributaria sustancial), es preferible que el servicio público por el que se satisface un tributo, específicamente en el caso una tasa, sea prestado directamente por el Estado o por una entidad pública, para que sean éstos los sujetos activos del gravamen. En palabras de González Sánchez: “La titularidad activa, esto es, los acreedores de la obligación tributaria, son los entes públicos, sobre todo los de carácter territorial (Estado, regiones, entes locales, etc.)”.²⁹ Aún cuando autores como Plazas Vega sostienen que “la tasa no deja de ser tal por el hecho de que su titular, como acreedor de la obligación tributaria, sea un particular (...)”.³⁰ A más de lo mencionado la Constitución de la República del Ecuador es clara al establecer que “(...) Solamente las instituciones de derecho público podrán financiarse con tasas y contribuciones especiales establecidas por ley”.³¹

La naturaleza tributaria de los cargos aeroportuarios

La Corte Constitucional, para resolver este punto, planteó el siguiente esquema de interrogantes:

¿CUÁL ES EL TIPO DE TRIBUTO QUE DEBE RECAUDARSE COMO CONSECUENCIA DE LA PRESTACIÓN DE UN SERVICIO PÚBLICO ESENCIAL?

La Corte considera que al ser el servicio aeroportuario un servicio público esencial e inherente a la soberanía del Estado, que solo puede ser prestado por éste, la recaudación que se obtenga por concepto de su prestación “debe ser un tributo y en concreto una tasa”.³²

Gran parte de la doctrina tributaria se adhiere al criterio de que las tasas corresponden a los servicios inherentes a la soberanía del Estado. Entre los autores latinoamericana-

28. Héctor Villegas, *Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario*, p. 100.

29. Manuel González Sánchez, “El Estado, los entes locales y otros sujetos”, en Andrea Amatucci, Director, *Tratado de Derecho Tributario*, Bogotá, Editorial Temis S.A., 2001, p. 136.

30. Mauricio Plazas Vega, *Derecho de la Hacienda Pública y Derecho Tributario*, Bogotá, Editorial Temis S.A., t. II, 2001, p. 186.

31. “Toda norma que cree una obligación financiada con recursos públicos establecerá la fuente de financiamiento correspondiente. Solamente las instituciones de derecho público podrán financiarse con tasas y contribuciones especiales establecidas por ley”. Constitución de la República del Ecuador, art. 287.

32. Corte Constitucional para el Período de Transición, Sentencia No. 003-09-SIN-CC, p. 32.

nos más destacados seguidores de esta concepción, y que han desarrollado la teoría de Pugliese, podemos citar a Valdés Costa³³ y a Héctor Villegas.³⁴ Además, bajo la misma línea, en el art. 16 del Modelo de Código Tributario para América Latina está contemplado que “(...) No es tasa la contraprestación recibida del usuario en pago de servicios no inherentes al Estado”.³⁵

¿QUÉ DEBE ENTENDERSE POR UNA TASA? ¿EXISTE UNA CONCEPTUALIZACIÓN CLARA Y EXPRESA DENTRO DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO ECUATORIANO? DE NO EXISTIR, ¿QUÉ ESTABLECE LA LEGISLACIÓN MÁS IMPORTANTE AL RESPECTO?

La Corte Constitucional parte del hecho de que dentro de la legislación ecuatoriana no existe una definición de tributo, tampoco una clasificación de los mismos y mucho menos un concepto de una de sus especies, la tasa.

Utiliza para su examen los conceptos vertidos en el art. 16 del Modelo de Código Tributario para América Latina y el art. 2 de la Ley General Tributaria Española, al igual que toma como referencia el concepto de tasa de Valdés Costa;³⁶ concluyendo que, aunque las definiciones de la tasa son muy variadas “(...) todas ellas, coinciden en la prestación de una actividad estatal vinculante ya sea efectiva o potencial, en el caso *sub judice*, particularizada en la prestación de un servicio público”.³⁷ Se expresa en la sentencia “que la tasa es un tributo vinculado cuyo hecho generador consiste en la realización de una actividad estatal”³⁸ y que no cabe hablar de tasa cuando el sujeto activo de la obligación tributaria es un ente privado como QUIPORT. Sostiene la Corte, además, que “(...) partiendo de la naturaleza del servicio aeroportuario y de su indelegabilidad tributaria por parte del Estado Central, resulta desde todo punto de vista inconstitucional, que el producto de la tasa sea recaudado y retenido por QUIPORT (...)”.³⁹

En nuestro criterio no hay inconstitucionalidad si el producto de la tasa es *recaudado* por una institución privada, mas sí cuando éste es *retenido* por dicha institución, sobre todo por lo establecido en el art. 287 de la Constitución. En cuanto a la recaudación, que

33. Ramón Valdés Costa, en *Curso de Derecho Tributario*, Buenos Aires-Santa Fe de Bogotá-Madrid, Depalma / Temis / Marcial Pons, 1996, p. 14, sostiene que “(...) las tasas corresponden a aquellos servicios inherentes al Estado, que no se conciben prestados por particulares, dada su íntima vinculación con la noción de soberanía que rija en cada lugar y tiempo”.

34. Héctor Villegas, en *Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario*, Buenos Aires, Depalma, 1984, p. 99, expresa su “(...) adhesión a la tesis de que la actividad estatal vinculante debe ser inherente a la soberanía estatal”.

35. Modelo de Código Tributario para América Latina (OEA/BID), redactado por Carlos M. Giuliani Fonruge (Argentina), Gómez de Souza (Brasil) y Ramón Valdés Costa (Uruguay) en septiembre de 1967, art. 16.

36. Ramón Valdés Costa, *Curso de Derecho Tributario*, p. 143.

37. Corte Constitucional para el Periodo de Transición, Sentencia No. 003-09-SIN-CC, p. 33.

38. *Ibid.*, p. 33.

39. *Ibid.*, p. 34.

es una facultad de la Administración de gestión tributaria, y, por lo tanto, es cuestión atinente al derecho tributario formal, la doctrina sostiene que “por razones de buena administración el sujeto activo puede encomendar la percepción del tributo a un ente ajeno, otorgándole facultades más o menos amplias (liquidación, cobranza, ejecución judicial). En estos casos el recaudador actúa en calidad de mandatario del sujeto activo que mantiene su condición de titular del crédito”.⁴⁰ Corral Guerrero considera que existe un doble modo de entender la potestad de recaudación “(...) como potestad de titularidad y como facultad de ejercicio. La primera la tiene siempre el acreedor, es decir, quien tiene legalmente atribuida la titularidad acreedora; y la segunda puede conservarla el acreedor o bien transmitirla”.⁴¹ Continúa el autor sosteniendo que en consecuencia pueden darse dos casos: el de la potestad de recaudación plena, “cuando el acreedor lo cumple por sí mismo”;⁴² y el de la potestad de recaudación de ejercicio, “cuando el acreedor cede la gestión, no la titularidad, a otros”.⁴³

¿CUÁLES SON LAS CARACTERÍSTICAS U ELEMENTOS ESENCIALES DE ESTE TRIBUTO?

¿LA ACTIVIDAD EFECTIVA QUE PRESTA UN SERVICIO PÚBLICO, Y EL DESTINO DEL INGRESO RESULTAN SER DOS REQUISITOS CONSTITUTIVOS *SINE QUA NON* DE UNA TASA?

ES DECIR, ¿PODRÍA LLAMARSE TASA EL CARGO AEROPORTUARIO RECAUDADO PARA FINANCIAR EL ACTUAL AEROPUERTO Y EL FUTURO EN CONSTRUCCIÓN?

La Corte sostiene de manera firme la naturaleza tributaria de la tasa, es decir, la considera una especie del género tributo, por lo que, para su examen, considera los elementos esenciales del género (tributo), y los analiza en la especie (tasa).

Analiza tres elementos esenciales del tributo: el principio de legalidad/ reserva de ley, la prueba de la prestación y la afectación a fines estatales.

I. PRINCIPIO DE LEGALIDAD/RESERVA DE LEY. La Corte considera que en respeto al principio de reserva de ley “(...) una tasa no puede ser creada, modificada o suprimida sino es a través de una ley previa, caso contrario se tornaría inconstitucional”,⁴⁴ y recalca que “cualquier instrumento público o privado distinto a la ley, se encuentra imposibilitado y vedado para establecer, modificar o suprimir tributos so pena de incurrir en vicios de

40. Ramón Valdés Costa, *Curso de Derecho Tributario*, p. 310.

41. Luis Corral Guerrero, “Extinción y recaudación de la deuda impositiva”, en Andrea Amtucci, dir., *Tratado de Derecho Tributario*, Bogotá, Editorial Temis S.A., 2001, p. 518.

42. Luis Corral Guerrero, “Extinción y recaudación de la deuda impositiva”, en Andrea Amatucci, Director, *Tratado de Derecho Tributario*, Bogotá, Editorial Temis S.A., 2001, p. 518.

43. *Ibid.*, p. 518.

44. Corte Constitucional para el Período de Transición, Sentencia No. 003-09-SIN-CC, p. 34.

inconstitucionalidad”.⁴⁵ Sustenta lo dicho basándose en los arts. 120.7, 132.3, 301 y 264 de la Constitución de la República del Ecuador.

El principio de legalidad se ha flexibilizado en la actualidad, el viejo aforismo *no hay tributo sin ley que lo establezca* está reducido en la mayoría de legislaciones a lo sumo a *no hay impuesto sin ley que lo establezca*; pues, se las tasas y contribuciones se crean generalmente a través de ordenanzas. Del texto de la sentencia es fácil deducir que este criterio doctrinario es conocido por la Corte; sin embargo, ésta en su análisis es explícita respecto a que, si bien las tasas y contribuciones especiales pueden ser creadas, modificadas o extinguidas vía ordenanza por los gobiernos municipales, “(...) el ámbito de ejercicio de dichas atribuciones se circunscribe en aquellas previstas en el artículo 264 de la Constitución de la República, es decir, como consecuencia de los servicios públicos que presta la Municipalidad en desarrollo de sus competencias exclusivas”.⁴⁶ Por lo tanto, la potestad tributaria municipal sobre tasas y contribuciones especiales “(...) encuentra límite en lo establecido en el artículo 261 de la Constitución (...)”⁴⁷ por lo que “(...) la Administración Municipal no podrá regular tributo alguno en aquellas materias de exclusiva competencia del Estado Central, como en efecto son los aeropuertos”.⁴⁸

Aclara la Corte que todo esto sin menoscabo de que conforme a lo establecido en el art. 260 de la Constitución, “(...) mediante Ley Orgánica del sistema de competencias (...) se regule la concurrencia de las competencias con los respectivos niveles de gobierno, en los cuales se incluya de forma expresa los aeropuertos”.⁴⁹

2. *PRUEBA DE LA PRESTACIÓN*. Considera la Corte que en el caso del Aeropuerto Mariscal Sucre este criterio se verifica en la prestación del servicio actual, mientras que con respecto al futuro aeropuerto el que se encuentre en construcción es prueba suficiente.

3. *AFECCIÓN A FINES ESTATALES*. Basada en doctrina tributaria calificada la Corte expresa que “los tributos (...) son prestaciones para cubrir el gasto público”, por lo que constituyen recursos públicos cuya recaudación debe ingresar a las arcas del Estado.

Concordamos con lo expuesto, pero creemos necesario agregar que los tributos, a más de ser la principal herramienta para la obtención de ingresos públicos, son también instrumentos de política económica. Estamos haciendo referencia a los fines extrafiscales de la tributación, pues, si bien es cierto que el procurar ingresos al Estado es la finalidad principal de los tributos, no es menos cierto, que pueden perseguirse otros propósitos al momento de la *aplicación* de los mismos, tales como: la redistribución del ingreso, el

45. *Ibid.*

46. Corte Constitucional para el Periodo de Transición, Sentencia No. 003-09-SIN-CC, p. 35.

47. *Ibid.*

48. *Ibid.*

49. *Ibid.*

fomento de la inversión, el financiamiento de servicios. Estos propósitos están contemplados en el art. 285⁵⁰ de la Constitución.

Una vez analizados los elementos esenciales de todo tributo la Corte pasa a examinar las características particulares de la tasa. Toma como referencia a Valdés Costa, quien a nuestro criterio considera todos los puntos que de ésta se discuten.

Los tres primeros están relacionados con las características del servicio que constituye el presupuesto de la obligación de la tasa: *divisibilidad, naturaleza jurídica y funcionamiento efectivo*.

En cuanto primer punto, la Corte, en la sentencia objeto de análisis, sostiene al igual que la mayoría de la doctrina tributaria que el servicio debe ser *divisible*, en unidades de uso o consumo, es decir, susceptible de particularizarse en una o varias personas determinadas.

En relación al segundo punto, la Corte considera que “*las tasas corresponden a aquellos servicios inherentes a la soberanía del Estado, que no se conciben prestados por los particulares, dada su íntima vinculación con la noción de soberanía que rija en cada lugar y tiempo*” (las cursivas son nuestras). Su análisis se basa en que este tipo de servicios están regidos por el principio de gratuidad, mientras que los servicios de naturaleza económica responden al principio de onerosidad; este criterio es sostenido por tributaristas como Valdés y Villegas. Conforme lo manifestamos en líneas anteriores a nuestro parecer, sí es preferible que los tributos correspondan a servicios prestados directamente por el Estado.

En lo que al tercer punto concierne, partiendo de lo previsto en el art. 16 del Modelo de Código Tributario para América Latina,⁵¹ la Corte colige que “*(...) el servicio puede ser efectiva o potencialmente prestado*”⁵² (las cursivas son nuestras). Sin embargo, en líneas posteriores puntualiza “*(...) que en el caso objeto de análisis, el servicio está siendo efectivamente prestado, puesto que el Aeropuerto Mariscal Sucre se encuentra en funcionamiento*”.⁵³

Algunos autores sostienen que es suficiente la potencialidad de la prestación, otros, que basta con la organización del servicio; sin embargo, nosotros, al igual que la mayo-

50. “La política fiscal tendrá como objetivos específicos: 1. El financiamiento de servicios, inversión y bienes públicos. 2. La redistribución del ingreso por medio de transferencias, tributos y subsidios adecuados. 3. La generación de incentivos para la inversión en los diferentes sectores de la economía y para la producción de bienes y servicios, socialmente deseables y ambientalmente deseables”, Constitución de la República del Ecuador, art. 285.

51. “Tasa es el tributo cuya obligación tiene como hecho generador la prestación efectiva o potencial de un servicio público individualizado en el contribuyente. Su producto no debe tener un destino ajeno al servicio que constituye el presupuesto de la obligación. No es tasa la contraprestación recibida del usuario en pago de servicios no inherentes al Estado”. Código Tributario para América Latina, art. 16.

52. Corte Constitucional para el Período de Transición, Sentencia No. 003-09-SIN-CC, p. 38.

53. *Ibid.*, p. 38.

ría de la doctrina, consideramos que lo que puede haber es la potencialidad de uso del servicio, pero éste debe ser *efectivamente prestado*.

Acorde a nuestro pensamiento Jarach considera inaceptable el hecho de que la tasa pueda justificarse en un servicio individualizado pero meramente potencial y critica dicha postura sosteniendo que lo que busca es proteger los intereses de las haciendas locales, “que en ocasiones cobran tasas por actividades no prestadas”.⁵⁴ En la misma línea opina Valdés Costa, quien expresa que “si el presupuesto de hecho de la obligación de pagar la tasa es el funcionamiento de un servicio público respecto del contribuyente, es innegable que si el servicio no funciona, no se produce el hecho generador de la obligación, o sea, que ésta no llega a nacer”.⁵⁵

Las siguientes dos condiciones de la tasa que se analizan en la sentencia están relacionadas al contribuyente y se refieren a: si es necesario o no que éste obtenga una *ventaja* y a si su *voluntad y consentimiento* opera en cuanto a la demanda del servicio y al nacimiento de la obligación.

En cuanto a la primera condición, la Corte, con una clara concepción de la tasa como *prestación* y ya no como *contraprestación*, sostiene que “(...) *la ventaja no es un elemento esencial (...)*” de este tributo (las cursivas son nuestras). Basa su afirmación en autores como Baleeiro, Gómez de Souza, González García, Posadas Belgrano y Valdés Costa. Además, hace alusión a la sentencia No. 195-2006 de la ex Corte Suprema de Justicia del Ecuador⁵⁶ en la que se expresa que “(...) la diferencia entre las concepciones clásica y moderna de la tasa radican en este punto. Para la primera de las dos concepciones, la tasa es la *contraprestación del beneficio* que obtiene el contribuyente por el servicio público. Para la segunda, es la *prestación exigible con ocasión del servicio público*” (las cursivas son nuestras).

Refiriéndose a la segunda condición, la Corte siguiendo a Valdés Costa, cita el siguiente texto: “Una cuestión es que el servicio se preste de oficio o a demanda del particular y otra, que la fuente de la obligación sea la ley o el consentimiento del obligado”.⁵⁷ Cabe recalcar que si bien existen servicios que el Estado presta de oficio y servicios que generalmente funcionan a pedido del particular unos y otros pueden ser financiados mediante el cobro de tasas, la *voluntad del contribuyente* se limita en este caso a demandar o no el servicio, en los casos en que no se trate de servicios que presta el Estado de oficio. En cuanto a la *voluntad y consentimiento del contribuyente* respecto a la obligación de pago de la tasa, creemos que es totalmente inoperante, la obligación tri-

54. Citado en Vicente O. Días, *Tratado de Tributación, Política y Economía Tributaria*, t. II, Buenos Aires, Astrea, 2004, p. 4.

55. *Ibid.*, p. 4.

56. Citada en la Sentencia No. 003-09-SIN-CC de la Corte Constitucional para el Período de Transición, p. 40.

57. *Ibid.*, p. 40.

butaria nace al momento en que se verifica el hecho generador y la misma es exigible de acuerdo con los plazos previstos por la ley.

El último elemento que analiza la Corte en la Sentencia es el relativo al *destino de la recaudación y a la razonable equivalencia*. Los examina por separado y considera:

Respecto al primero, que “(...) *el destino es un elemento esencial de las tasas sobre todo para diferenciarlas de los impuestos*” (las cursivas son nuestras). Sin embargo, aclara la Corte que este requisito se refiere a la ley que crea la tasa y no al destino que efectivamente le da la administración. En efecto, en nuestro criterio, es necesario que la ley u ordenanza mediante la cual se establece la tasa, contemple que el producto de la misma será destinado al servicio por el que ésta se cobra. Empero, de haber un superávit, la administración puede destinarla para otros gastos públicos pues esa es la finalidad principal de todo tributo. Doctrinarios como González García consideran que el producto de la tasa puede destinarse incluso a fines extrafiscales; el autor al respecto expresa que mientras los fines extrafiscales, entre otros, “sean cualidades predicables de todos los tributos, va a resultar difícil, desde el punto de vista lógico, negar la posibilidad (...) de que resulten operativas respecto de una clase concreta de tributos, en nuestro caso, respecto a la tasa”.⁵⁸

En relación la regla de la *razonable equivalencia*, la Corte, acorde con la mayoría de la doctrina tributaria, sostiene que “no se persigue buscar una limitación de la tasa al costo del servicio”,⁵⁹ pues la adecuación al costo es un concepto de medición de la tasa que ha sido desechado. Al establecer el monto de la tasa no se puede considerar solo el costo actual del servicio, se tienen que prever sus necesidades presentes y futuras. Cita a Bulit Goñi,⁶⁰ quien señala que si bien no es necesaria una equivalencia matemática entre el costo del servicio y el monto de la tasa “(...) si es condición de su validez (...) que exista razonable equivalencia y discreta proporción entre ambos parámetros, pues de otro modo (...) estaríamos frente a un impuesto encubierto”.

¿CUÁLES SON LOS PRINCIPALES PUNTOS QUE PUEDEN SER CONSIDERADOS PARA DIFERENCIARLAS DE OTRAS FIGURAS COMO LOS PRECIOS O TARIFAS?

¿EXISTE UNA CONTRAPOSICIÓN Y DIFERENCIA ENTRE LAS NOCIONES DE TASA Y TARIFA?

La Corte, para su análisis, se basa en el criterio de Villegas⁶¹ para quien dependiendo del régimen jurídico que se haya adoptado para regular determinada relación se entenderá: si la fuente de la obligación es un contrato, que estamos frente a un precio; y,

58. Eusebio González García, *Concepto actual de tributo: Análisis de Jurisprudencia*, Navarra, Arazandi S.A., 1996, p. 33.

59. Corte Constitucional para el Período de Transición, Sentencia No. 003-09-SIN-CC, p. 41.

60. *Ibid.*

61. *Ibid.*, p. 43.

si la fuente de la obligación es la ley, que estamos frente a una tasa. La Corte menciona en este sentido que “(...) mediante el contrato de concesión celebrado entre el Municipio del Distrito Metropolitano de Quito, la CORPAQ y la CCC con posterior novación a QUIPORT, el primero delegó su potestad legislativa (...) para que, vía contrato, QUIPORT establezca, modifique y recaude las distintas tasas aeroportuarias”.⁶² Considera que mediante estos “(...) actos inconstitucionales se trató de convertir a la tasa no en una tarifa, sino en una tarifa comercial, equiparable a un precio privado”, pues, al pretender que ésta sea regulada mediante un contrato, perdería su naturaleza tributaria. La Corte concluye sosteniendo que el término tarifa “utilizado a lo largo de la ordenanza No. 0154 publicada en el Registro Oficial del 28 de noviembre de 2005, no es más que la cuantificación del servicio (...)”,⁶³ y que el hecho de la utilización de la denominación tarifa no privatiza los servicios.

Este criterio es bastante acertado, pues el término tarifa es utilizado muchas veces para referirse a uno de los elementos esenciales de los tributos, la cuantía. Plazas Vega, al referirse al principio de reserva de ley, sostiene que en las tasas es posible que ciertas autoridades con la respectiva habilitación “(...) regulen lo relativo a la tarifa o alícuota (...)”.⁶⁴ El doctrinario uruguayo Valdés Costa al analizar el principio de reserva de ley en el derecho comparado, sostiene que éste sufre ciertas atenuaciones en otros países como Colombia “[...] al permitir que las autoridades fijen las tarifas de las tasas y contribuciones (...)”.⁶⁵

¿CUÁL FUE LA VOLUNTAD PLASMADA EN LA ORDENANZA NO. 0154 AL ADOPTAR LA TITULACIÓN DE TASA Y POSTERIORMENTE REFERIRSE A TARIFAS?

¿SE TRATA DE TASAS AEROPORTUARIAS?

Al respecto la Corte Considera que la sola denominación tasa “refleja la voluntad del ente edilicio en relación a la naturaleza del tributo que debe cobrarse por concepto de ese servicio”⁶⁶ y que el término tarifa se refiere a la cuantificación de lo que debe pagarse.

EL HECHO DE CONSIDERAR QUE LOS CARGOS AEROPORTUARIOS SON TASAS,

¿TIENE COMO CONSECUENCIA QUE LOS INGRESOS PRODUCTO DE SU RECAUDACIÓN SEAN CONSIDERADOS INGRESOS PÚBLICOS?

La Corte en la Sentencia establece un esquema que puede resumirse en lo siguiente: los ingresos públicos son sumas de dinero percibidas por el Estado y otros entes públicos con el objetivo de financiar los gastos públicos, y constituyen una especie del géne-

62. *Ibid.*

63. *Ibid.*

64. Mauricio Plazas Vega, *Derecho de la Hacienda Pública y Derecho Tributario*, p. 185.

65. Ramón Valdés Costa, *Curso de Derecho Tributario*, p. 144.

66. Corte Constitucional para el Periodo de Transición, Sentencia No. 003-09-SIN-CC, p. 44.

ro recurso público. Estos ingresos públicos de acuerdo al régimen jurídico aplicable se clasifican en: ingresos tributarios e ingresos no tributarios. Los primeros tienen como fuente de obligación la ley; los segundos, un contrato. En el caso objeto de análisis se trata de una tasa, por lo tanto de un tributo y consecuentemente de un ingreso tributario.

Posteriormente en la Sentencia se califica al servicio aeroportuario como un *servicio monopolístico* por ser competencia exclusiva del Estado Central, y se agrega que es un monopolio de derecho al haber sido creado directamente a partir de una norma jurídica y que por lo tanto “como consecuencia de la prestación de dicho servicio monopolístico, el Estado establece un tributo que grava (...) la utilización de dicho servicio”.⁶⁷

En la Sentencia, en líneas posteriores se establece que los elementos analizados previamente: servicio público esencial, monopolístico, tasa, ingreso público y recurso público, “(...) constituyen piezas integrantes de un ciclo cronológico (...)”,⁶⁸ que se desprenden del mandato constitucional contemplado en el art. 261.10 de la Constitución. Así, el Pleno de la Corte Constitucional concluye que: “(...) el servicio aeroportuario es esencial y debe cobrarse vía tasa, y que los ingresos percibidos y que se perciben a partir del cobro de la misma, son públicos, forman parte del genérico recursos públicos y, por tanto, deben ingresar directamente a las arcas del Estado con el objeto de atender al gasto público”.⁶⁹

Creemos necesario aclarar al respecto que si bien es cierto que por la prestación de servicios monopolísticos pueden cobrarse tasas o precios, puesto que “(...) existen servicios de índole privada, que por razones de orden público o de interés social el Estado los genera monopolísticamente”.⁷⁰ El mismo Estado que creó el monopolio con la intención de conseguir un ingreso puede utilizar diferentes técnicas para tal cometido, tales como: establecer un tributo, gestionar directamente el monopolio o conceder la gestión del monopolio.⁷¹ En este caso el Estado utilizó la primera técnica, es decir que estableció un tributo para financiar el servicio monopolístico, y los tributos son sin duda ingresos públicos de derecho público.

Como máximo órgano de interpretación y control constitucional la Corte argumenta que el análisis precedente se “(...) ha centrado en la *ciencia jurídica*”⁷² que rige al Estado

67. *Ibid.*, p. 46.

68. *Ibid.*, p. 49.

69. *Ibid.*, p. 49.

70. José Vicente Troya, *Estudios de Derecho Tributario*, Quito, Corporación Editora Nacional, 1984, p. 38.

71. Cfr. José J. Ferreiro Lapatz, *Curso de Derecho Financiero Español*, Madrid/Barcelona, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2000, pp. 178 y 179.

72. La Corte califique al neoconstitucionalismo como una ciencia jurídica. Sin embargo, Luis Prieto Sanchís, en *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Editorial Trotta, 2003, p. 101, al referirse al neoconstitucionalismo, constitucionalismo contemporáneo o simplemente constitucionalismo sostiene que son cuatro las acepciones principales que pueden darse a este término. El autor expresa que: “En primer lugar, el constitucionalismo puede encarnar

ecuatoriano, el *neoconstitucionalismo*⁷³ (las cursivas son nuestras), y que el cobro de tasas correspondientes a “(...) servicios públicos esenciales y monopólicos debe ajustarse a la Constitución de la República vigente”.⁷⁴ Concluyendo que, siendo el servicio aeroportuario competencia exclusiva del Estado Central corresponde a éste: prestarlo, ser el sujeto activo de los gravámenes que por su prestación se cobren y también ser el ente regulador de los mismos, pues las municipalidades al encontrarse en principio inhabilitadas para prestar el servicio, “salvo los casos de excepcionalidad establecidos en la propia Constitución, en los cuales (...) la competencia pueda ser ejecutada por otros niveles de gobierno, como los Municipios y muy eventualmente, por particulares (...)”,⁷⁵ no podrían mantener la potestad tributaria para regular los tributos que se pagan por un servicio que no prestan, ni ser los entes recaudadores de los mismos.

¿SON PARCIALMENTE INCONSTITUCIONALES POR EL FONDO LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS CON EFECTOS GENERALES,⁷⁶ OFICIOS NO. 5929 DEL 03 DE FEBRERO DEL 2009 Y 5569 DEL 05 DE ENERO DEL 2009, EMITIDOS POR EL SEÑOR PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO, POR CONTRAVENIR LAS DISPOSICIONES ESTABLECIDAS EN LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR?

La Corte Constitucional considera en síntesis que el pronunciamiento del señor Procurador contenido en el Oficio No. 5569 del 05 de enero de 2009 es *plenamente constitucional* en lo relativo a la respuesta que da a la primera consulta, en la que atribuye a los servicios del actual y del futuro aeropuerto de Quito la naturaleza jurídica de servicios públicos. Por el contrario, considera *inconstitucional* la respuesta que da el Procurador en el mismo oficio a la segunda consulta, en la que sostiene que las tarifas que se cobran a los particulares por la prestación del servicio aeroportuario tienen el carácter de recursos privados. Sostiene que “(...) la noción de delegación total de un ser-

un cierto tipo de Estado de Derecho (...). En segundo término, el constitucionalismo es también una teoría del Derecho (...). Asimismo, por constitucionalismo cabe entender la ideología o filosofía política que justifica o defiende la fórmula así designada. Finalmente, el constitucionalismo se proyecta en ocasiones sobre un amplio capítulo que en sentido lato pudiéramos llamar de filosofía jurídica (...).” También Miguel Carbonell, en *¿Qué es el neoconstitucionalismo?*, IJ-UNAM, p. 1, sostiene que este término debe entenderse como el “(...) concepto que explica un fenómeno relativamente reciente dentro del Estado constitucional contemporáneo (...) [y que como tal] (...) supone alguna novedad dentro de la teoría y de la práctica del Estado constitucional de derecho”.

73. Corte Constitucional para el Período de Transición, Sentencia No. 003-09-SIN-CC, p. 49.

74. *Ibid.*, p. 49.

75. *Ibid.*, pp. 49 y 50.

76. Confunde al lector que en la Sentencia al plantear la Corte esta pregunta utilice la expresión “actos administrativos con efectos generales”, puesto que, en la página 17 de la misma Sentencia, se refirió a éstos como “supuestos actos administrativos”. Además, el considerando V de la Sentencia refleja que el criterio de la Corte es claro, respecto a que los pronunciamientos emitidos por el Procurador General del Estado se aproximan más al concepto de norma que al de acto administrativo.

vicio público a las entidades privadas se encuentra totalmente prohibida por la Constitución actual (...)",⁷⁷ de acuerdo a lo contemplado en el art. 316.

Así, dentro de sus atribuciones la Corte decide "(...) declarar la inconstitucionalidad y disponer la expulsión del ordenamiento jurídico (...)"⁷⁸ del dictamen del señor procurador en lo relativo a la respuesta que éste da a la segunda consulta en el Oficio No. 5569. En el mismo sentido considera que "(...) también resulta inconstitucional el texto correspondiente a la segunda respuesta del oficio No. 5929 del 03 de febrero del 2009, en la medida en que se ratifica en su integridad el contenido del oficio No. 5569 (...)"⁷⁹. Toma en cuenta para su decisión que los pronunciamientos del señor Procurador limitan las atribuciones establecidas en la Constitución en el art. 211 a la Contraloría General del Estado.

OTRAS CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL PARA EL PERÍODO DE TRANSICIÓN

¿SON OBLIGATORIAS LAS RESOLUCIONES (PASADAS EN AUTORIDAD DE COSA JUZGADA) CONTENIDAS EN LAS RESOLUCIONES CON LA CONSTITUCIÓN DE 1998?

La Corte Constitucional es clara respecto a que "(...) no está obligada a someterse a (...)"⁸⁰ las Resoluciones del ex Tribunal Constitucional, pues éstas no eran Sentencias Jurisprudenciales y carecían de carácter vinculante y obligatorio.

Aclara la Corte que esto no es de ningún modo una decisión arbitraria pero estima entre otras cosas: "(...) que los principios que sustentan las Constituciones de 1998 y 2008 son irreconciliables (...)"⁸¹ que si bien las Resoluciones del ex Tribunal Constitucional pueden estar de acuerdo a la Constitución derogada "(...) podrían devenir en incongruencias bajo los principios jurídicos constitucionales actuales";⁸² y que esto se sustenta "(...) sobre la base de sostener la supremacía de la constitución vigente y corregir eventualmente el error de derecho y la injusticia de resultado".⁸³

DETERMINAR LA INCONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS CONEXAS

La Corte Constitucional, de acuerdo a lo establecido en el art. 436.3 de la Constitución, tiene atribución para declarar la inconstitucionalidad de normas conexas, "(...) es decir, que declarada la inconstitucionalidad de una norma, se declaran igualmente inconstitucionales

77. Corte Constitucional para el Período de Transición, Sentencia No. 033-09-SIN-CC, p. 51.

78. *Ibid.*, p. 52.

79. *Ibid.*

80. *Ibid.*, p. 53.

81. *Ibid.*

82. *Ibid.*, p. 54.

83. *Ibid.*

aquellos preceptos sistemáticamente conectados a la norma inexecutable, con independencia de que hayan sido o no impugnados por el demandante”.⁸⁴

En ejercicio de esta facultad la Corte consideró necesario examinar si la Ordenanza Municipal No. 0154 publicada en el *Registro Oficial* No. 154 del 28 de noviembre de 2005, era constitucional por el fondo a la luz de los principios: de reserva de ley y de supremacía constitucional. Utilizando para su análisis los siguientes métodos de interpretación constitucional: el de integralidad o unidad constitucional y el criterio teleológico.

En la Sentencia la Corte sostiene que de acuerdo a la Constitución vigente los aeropuertos son competencia exclusiva del Estado central, y que, por lo tanto, las tasas aeroportuarias deben crearse, modificarse y extinguirse mediante Ley, o a través de un acto normativo, si en la Ley Orgánica de Competencias se llega a establecer que este servicio puede ser prestado y regulado por los municipios. Es clara la argumentación respecto a que las tasas no pueden crearse modificarse o extinguirse vía contrato a través de una delegación de competencia, como se desprende del texto de la mencionada Ordenanza, puesto que esto viola el principio de legalidad y el principio de reserva de ley en materia tributaria contemplados en los artículos: 120.7, 132.3 y 301 de la Constitución. En base a lo mencionado la Corte procedió a “(...) declarar la inconstitucionalidad por el fondo y en su totalidad de la Ordenanza No. 0154 (...)”.⁸⁵

En este punto es necesario recalcar que si una tasa es regulada vía contrato pierde por completo su naturaleza tributaria, pues uno de los principios fundamentales de los tributos es la legalidad. A más de ello el poder tributario o potestad tributaria cuenta con las características de ser: abstracto, permanente, indelegable e irrenunciable por parte del Estado.⁸⁶ Aún cuando autores como Plazas Vega sostienen que: “Hoy es una realidad no solo la existencia de tributos cuya recaudación tiene como destinataria una comunidad supranacional (v. gr., impuesto sobre el carbón y el acero de la Comunidad Europea), sino el poder de los órganos comunitarios para regular ciertos tributos que, no obstante su condición de nacionales o subnacionales, pueden incidir en los objetivos supranacionales”.⁸⁷

DECISIÓN

Sentencia

La Corte Constitucional para el Período de Transición, en síntesis, resolvió lo siguiente:

84. *Ibid.*, p. 55.

85. *Ibid.*, p. 60.

86. Cfr. Carlos M. Giuliani Fonruge, *Derecho Financiero*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1984, pp. 268 y ss.

87. Mauricio Plazas Vega, *Derecho de la Hacienda Pública y Derecho Tributario*, p. 57.

1. Declarar la inconstitucionalidad parcial por el fondo del pronunciamiento del señor Procurador General del Estado, contenido en el Oficio No. 5569, de 05 de enero de 2009, en lo relativo a la segunda respuesta, referida al carácter privado de las tarifas cobradas por la prestación del servicio del aeropuerto Mariscal Sucre.
2. Declarar la inconstitucionalidad parcial por el fondo del pronunciamiento del señor Procurador General del Estado, contenido en el Oficio No. 5929, de 03 de febrero de 2009 en cuanto ratifica la segunda respuesta dada en el Oficio No. 5569.
3. Declarar plenamente ajustada al art. 211 de la Constitución la facultad de la Contraloría General del Estado respecto al control de todos los bienes y recursos públicos, afectados a la prestación del servicio aeroportuarios de todos los aeropuertos del Ecuador.
4. Declarar ajustada a la Constitución la siguiente interpretación constitucional condicionada. El inciso 2do. del art. 3 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado es constitucional solo en cuanto se entienda que las disposiciones contenidas en el mismo, no son aplicables al Contrato de Concesión, puesto que la celebración de un contrato de esta naturaleza no implica la transferencia de dominio de los bienes concesionados.
5. Ratificar el carácter público de los recursos cobrados por la prestación de servicios aeroportuarios tanto en el Aeropuerto Mariscal Sucre como en los demás aeropuertos del país, puesto que son tasas.
6. Declarar la inconstitucionalidad por conexidad de la Ordenanza Municipal No. 0154, publicada en el Registro Oficial No. 154 de 28 de noviembre de 2005.
7. Declarar inconstitucional crear, modificar o extinguir tasas vía contrato. Sin perjuicio de que mientras no exista norma legal, sean los municipios los entes que recauden y administren las tasas vigentes que corresponden a la prestación de servicios aeroportuarios, sin que éstas puedan ser incrementadas hasta que se dicte la respectiva ley. Igualmente los municipios podrán crear, si lo requieran las respectivas unidades de gestión pública para la prestación eficiente de este servicio.
8. Disponer que los poderes públicos e interesados adecuen sus actos u contratos, públicos y privados, al régimen constitucional vigente, so pena de que sus actuaciones pierdan eficacia jurídica, y los instrumentos derivados sean declarados nulos, en virtud del artículo 424 de la Constitución.⁸⁸

88. Cfr. Corte Constitucional para el Período de Transición, Sentencia No. 003-09-SIN-CC, pp. 161-163.

CONCLUSIÓN

Después de leer el texto de la sentencia que antecede, tenemos la impresión de haber examinado no solamente una pieza clara y actualizada que resuelve la discusión entre dos partes, sino que su *ratio decidendi* constituye un nuevo precedente para la aplicación de una Constitución que, con todas sus limitaciones, es la *super-ley* más avanzada del continente en materias tan importantes para el desarrollo de los pueblos, como el derecho social, el derecho ambiental y, por supuesto, el derecho tributario, en los cuales capea el concepto de que no es el hombre para el derecho, sino el derecho para el hombre, y la dignidad, la solidaridad, la distribución equitativa de la riqueza, la educación, la salud, la cultura, y el debido respeto a las etnias, entre otros atributos humanos que merecen especial atención, han sido tratados con una amplitud que satisface pero que, de ninguna manera, constituye garantía de bienestar ni de progreso, porque si bien las leyes sabias, oportunas y actuales son factor preponderante en el desarrollo, no son suficientes. Porque una comunidad que haya alcanzado niveles de educación, de comprensión al fenómeno social, de práctica permanente y creativa en el trabajo, estará en mejores condiciones de llegar al bienestar colectivo, aun sin la influencia de textos legales que no puedan alcanzar los mejores propósitos, que siempre estarán inmersos, sin posibilidades de flotar a la práctica.

En cuanto a la materia misma de la sentencia, en opinión del órgano más importante de justicia constitucional del país, las tasas son tributos, que no pueden percibirse, cederse, ni administrarse directamente por ninguna persona natural ni jurídica que no sea el Estado. El celo, la transparencia, la eficiencia y honestidad que el gobernante debe emplear para obtener esos medios y cumplir sus fines, en cuanto a responsabilidad rebasan el límite civil de la culpa leve, referente anterior, que ha sido superado.

El cambio constitucional establecido exige una nueva óptica jurídica en la apreciación de los dictámenes prevenientes de la Procuraduría General del Estado, que ya no son simples opiniones de juristas respetables, sino que constituyen normas jurídicas que se deben aplicar. Si se quiere ha renacido con mayor vigor el *ius publice respondedi* del pretor romano, y estos actos jurídicos han alcanzado la jerarquía de fuentes formales del derecho.

Esperemos que con el tiempo estas aspiraciones constitucionales sean realidad. Depende en gran medida de la capacidad que genere en gobernantes y gobernados para buscar por la vía de la razón y de las posibilidades reales los elevados, nobles y visibles propósitos que persiguió el constituyente, quienquiera que haya sido y con cualquier forma que lo haya expresado.

Fecha de recepción: 4 de mayo 2009
Fecha de aceptación: 25 de mayo 2009

BIBLIOGRAFÍA

- Carbonell, Miguel, *¿Qué es el neoconstitucionalismo?*, IJ-UNAM.
- Corral Guerrero, Luis, “Extinción y recaudación de la deuda impositiva”, en Andrea Amtucci, dir., *Tratado de Derecho Tributario*, t. II, Bogotá, Editorial Temis S.A., 2001.
- Constitución de la República del Ecuador*.
- Días, Vicente O., *Tratado de Tributación, Política y Economía Tributaria*, t. II, Buenos Aires, Astrea, 2004.
- Dromi, José Roberto, *Manual de derecho administrativo*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1987.
- Ferreiro Lapatz, José J., *Curso de Derecho Financiero Español*, Madrid/Barcelona, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2000.
- García Belsunce, Horacio, *En defensa de las instituciones*, Buenos Aires-Argentina, LexisNexis Argentina S.A., 2007.
- Giuliani Fonruga, Carlos M., *Derecho Financiero*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1984.
- González García, Eusebio, *Concepto actual de tributo: Análisis de Jurisprudencia*, Navarra, Arazandi S.A., 1996.
- González Sánchez, Manuel, “El Estado, los entes locales y otros sujetos”, en Andrea Amatucci, dir., *Tratado de Derecho Tributario*, Bogotá, Editorial Temis S.A., 2001.
- Jaramillo Ordóñez, Herman, *Manual de Derecho Administrativo*, Loja, Editorial de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Nacional de Loja, 1999.
- Modelo de Código Tributario para América Latina (OEA/BID), redactado por Carlos M. Giuliani Fonruga (Argentina), Gómez de Souza (Brasil) y Ramón Valdés Costa (Uruguay) en septiembre de 1967.
- Montaño Galarza, César, “La obligación de contribuir y los principios de la tributación en las constituciones de los estados miembros de la Comunidad Andina”, en Aimée Figueroa Neri, coord., *Tópicos fiscales contemporáneos*, Guadalajara, CUCEA, 2004.
- Plazas Vega, Mauricio, *Derecho de la Hacienda Pública y Derecho Tributario*, t. II, Bogotá-Colombia, Editorial Temis S.A., 2001.
- Prieto Sanchís, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Edit. Trotta, 2003.
- Sentencia No. 003-09-SIN-CC de la Corte Constitucional para el Período de Transición.
- Sentencia No. 002-09-SAN-CC de la Corte Constitucional para el Período de Transición.
- Troya, José Vicente, *Estudios de Derecho Tributario*, Quito, Corporación Editora Nacional, 1984.
- Valdés Costa, Ramón, *Curso de Derecho Tributario*, Buenos Aires-Santa Fe de Bogotá-Madrid, Depalma / Temis / Marcial Pons, 1996.
- Villegas, Héctor, *Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario*, Buenos Aires, Edit. Depalma, 1984.

Colaboradores

- Santiago Andrade Ubidia**, ecuatoriano, abogado y doctor en Jurisprudencia de la PUCE. Vicerrector de la UASB-E. Presidente de su Comité de doctorado, profesor del Área de Derecho. *sau@uasb.edu.ec*
- Miguel Carbonell**, mexicano, licenciado en Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. Doctor en Derecho Universidad Complutense de Madrid. Diploma de especialización en Derecho Constitucional y Ciencia Política, Centro de Estudios Constitucionales, Presidencia del Gobierno, Madrid. Miembro del Consejo Consultivo de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, nombrado por el Senado de la República el 20 de diciembre de 2006, para el período 2006-2011. *miguelc6@hotmail.com*
- María Gabriela Crespo Irigoyen**, venezolana, abogada, Universidad Santa María. Máster en Derecho Español, Universidad de Valladolid. Máster en Derecho Tributario y Especialista en Derecho Tributario, Universidad Santa María. Candidata doctoral en derechos y garantías del contribuyente, Universidad de Salamanca. *gabrielacrespo@usal.es*
- Christian Masapanta Gallegos**, ecuatoriano, licenciado en Ciencias Públicas y Sociales; y abogado y doctor en Jurisprudencia por la Universidad Central del Ecuador. Magíster en Derecho, mención Derecho Constitucional; y Magíster en Integración, mención Política Exterior (c), Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. *chrismagall@msn.com*
- Juan Carlos Mogrovejo Jaramillo**, ecuatoriano, abogado y doctor en Jurisprudencia, Universidad Nacional de Loja, UNL; Magíster en Derecho, con mención en Derecho Tributario, UASB-E. *jcmogrovejo@uasb.edu.ec*
- César Montaña Galarza**, ecuatoriano, abogado y doctor en Jurisprudencia, Universidad Nacional de Loja; especialista superior en Tributación, magíster en Derecho Económico, con mención en Relaciones Económicas Internacionales, y candidato doctoral en Derecho, UASB-E. *cesarmontano@uasb.edu.ec*
- Jorge Vicente Paladines**, ecuatoriano, abogado, Universidad de Guayaquil; magíster en Derecho, con mención en Derecho Constitucional, UASB-E. *jorgepaladines@gmail.com*
- Claudia Storini**, italiana, doctora en Derecho, Universidad de Valencia; profesora de Derecho constitucional, Universidad Pública de Navarra. *claudia.storini@unavarra.es*
- Gabriela Valdivieso Ortega**, ecuatoriana, abogada, Universidad de las Américas. Magíster en Derecho mención Derecho Tributario y Especialista Superior en Tributación (c), Universidad Andina Simón Bolívar. *gaby_valdivieso@hotmail.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 Vicia-

no, *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

César Montaña Galarza

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 32,00

América: USD 70,00

Europa: USD 80,00

Resto del mundo: USD 97,00

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

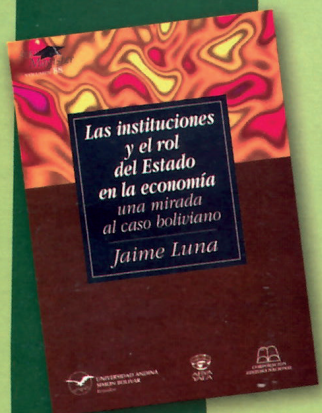
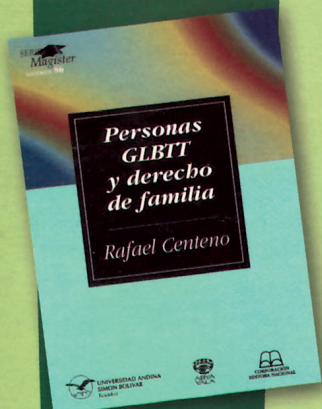
Correo electrónico: biblioteca@uasb.edu.ec

Rafael Centeno, *Personas GLBTT y derecho de familia*, Serie Magíster, volumen 86, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar / Corporación Editora Nacional / Abya-Yala, 2009.

Los derechos de las personas gays, lesbianas, bisexuales, travestis y transexuales, GLBTT, han sido ocultados y menospreciados por el poder dominante –heterosexual y patriarcal– bajo la premisa de que la sexualidad entre un hombre y una mujer, exclusivamente para fines reproductivos, es la única posible. El presente estudio busca desmitificar y repensar tal concepto, a través de un análisis jurídico y sociológico de la familia, demostrando que no es una institución fija sino que responde a los intereses del poder dominante, y que, por lo tanto, al cambiar la matriz social, es posible ampliar los sujetos que la constituyen.

Jaime Luna, *Las instituciones y el rol del Estado en la economía: una mirada al caso boliviano*, Serie Magíster, volumen 88, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar / Corporación Editora Nacional / Abya-Yala, 2009.

El objetivo principal del presente trabajo es determinar si ciertas instituciones en Bolivia propician una mayor participación del Estado en la economía. El estudio considera la actual coyuntura política y, sobre todo, determinados hechos históricos que ayudan a entender los rasgos políticos y sociales propios del país. La primera parte de la investigación analiza casos concretos, como los de los países del Este asiático. Para ello, previamente discute la relación Estado, derecho, economía y desarrollo institucional. La segunda parte estudia el caso boliviano en cuatro momentos históricos clave para la configuración de la participación estatal en la economía: la Guerra Civil de 1889, la Revolución de 1952, la crisis de 1980 y la coyuntura actual, a partir del año 2000. El análisis toma en cuenta la configuración de burguesías nacionales en cada una de esas coyunturas y sus políticas económicas.



UNIVERSIDAD ANDINA
SIMÓN BOLÍVAR
Ecuador



CORPORACIÓN
EDITORIA NACIONAL

