

Boaventura de Sousa Santos, *Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del Sur*, Quito, Ediciones Abya-Yala, 2010, 237 pp.

por Elisa Lanas Medina*

Boaventura de Sousa Santos, profesor e investigador de origen portugués, y que por sus planteamientos y obra puede ser considerado hoy uno de los principales intelectuales en el área de las ciencias sociales, nos ofrece uno de sus últimos libros, publicado por Abya-Yala en una presentación accesible y clara, pero no por ello menos rigurosa y documentada, fruto de la reflexión de décadas de investigación y varios trabajos anteriores, y que tiene por título *Refundación del Estado en América Latina*. En este libro su autor plantea la necesidad de desa-

rrollar un pensamiento propio para la búsqueda de soluciones a los problemas que aquejan a los países de América Latina, que tome distancia del pensamiento de Europa central. Este libro tiene dos partes; la primera, con tres capítulos, nos presenta el diagnóstico de la situación de la teoría crítica en América Latina; la segunda, con cuatro capítulos, empieza a trazar el camino de una epistemología del Sur.

Dada la imposibilidad natural de discutir aquí en detalle el interesante análisis que su autor nos ofrece, me propongo mencionar solo algunos puntos que considero son la parte medular de la obra, que serán presentados conforme aparecen en el libro, y que denotan una amplia capacidad didáctica por parte de Santos.

En el primer capítulo, “Dificultades de la imaginación política o el fin de lo que no tiene fin”, aborda las dos principales dificultades que, en opinión del autor, atormentan al pensamiento crítico occidental en los últimos treinta años; la primera tiene que ver con lo conflictivo de imaginar que el capitalismo no tenga fin; este trastorno ha dividido el pensamiento crítico en dos vertientes que, a su vez, alimentan dos opciones de izquierda distintas. La primera vertiente se dejó bloquear por la primera contrariedad, y en ese sentido dejó de preocuparse por el fin del capitalismo y pasó a ocuparse de encontrar mecanismos para minimizar los costos sociales de la acumulación capitalista. La socialdemocracia, el keynesianismo, el Estado de Bienestar y el Estado Desarrollista de los años 60 son sus principales exponentes, habiendo sido el gobierno de Lula da Silva en Brasil su más claro representante. La segunda vertiente de la tradición crítica no se deja bloquear por la primera dificultad y vive intensamente la segunda dificultad, la de imaginar cómo será el fin del

* Docente del Área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

capitalismo. Los procesos políticos hoy en curso en Bolivia, Venezuela y Ecuador representan para De Sousa Santos esta vertiente.

La segunda dificultad se puede formular así: es tan difícil imaginar el fin del colonialismo cuanto es difícil imaginar que el colonialismo no tenga fin. Parte del pensamiento crítico se ha dejado bloquear por el primer escollo y el resultado es la negación de la existencia misma del colonialismo, que supuestamente terminó con las independencias; así, el anticapitalismo es el único objetivo político legítimo de la política progresista.

La otra vertiente de la tradición crítica supone que el proceso histórico que condujo a las independencias es la prueba de que el patrimonialismo y colonialismo interno se mantuvieron e incluso han aumentado, y contra ellos hay que luchar.

Los dos desafíos a la imaginación política progresista del continente latinoamericano –el poscapitalismo y el poscolonialismo– y el tercer desafío de las relaciones entre ambos marcan la turbulencia que actualmente dirige la agenda política en el continente, protagonizada por los movimientos indígenas, campesinos, afrodescendientes y feministas en las tres últimas décadas. Esta realidad hace necesario tomar distancia respecto a la tradición crítica eurocéntrica que no tiene respuestas para estos nuevos retos. Además, existen otros dos factores que hacen necesaria esta separación: la pérdida de los sustitutivos críticos y la relación fantasmal entre la teoría y la práctica.

Respecto de la pérdida de sustitutivos críticos, en opinión del autor, durante las últimas tres décadas la teoría crítica eurocéntrica pasó a ocupar una posición defensiva y de respuesta frente a las teorías tradicionales, representada por la adjetivación con que califica los sustantivos propios de dichas teorías. Así, la teoría crítica asume un carácter derivado que le permite entrar en un debate pero no discutir los términos del mismo, y mucho menos discutir el porqué de la opción por un debate dado y no por otro. Por otro lado, América Latina vive un momento de las luchas sociales orientadas a renovar viejos conceptos y, al mismo tiempo, a introducir nuevos que no tienen precedentes en Europa. En este contexto, intentar explicar estos nuevos fenómenos desde la teoría crítica de Europa puede provocar que no se identifique o no se valore adecuadamente tales novedades.

En opinión del autor, la distancia entre la teoría crítica eurocéntrica y la práctica de las luchas de resistencia del Sur responden no solo a distintos contextos sino sobre todo a una separación epistemológica y hasta ontológica. Para clarificar esta afirmación, Boaventura de Sousa Santos señala que los movimientos del continente latinoamericano construyen sus luchas con base en conocimientos ancestrales, populares, espirituales, que siempre fueron ajenos al cientismo propio de Europa; así mismo, las concepciones ontológicas sobre el ser y la vida son muy distintas,

los seres son comunidades de seres antes que individuos; son cosmovisiones diferentes que obligan a un trabajo de traducción intercultural para poder ser entendidas y valoradas.

Para Santos, hay problemas modernos para los que no hay soluciones modernas. En ese sentido es necesario tomar distancia de las soluciones planteadas desde Europa; por medio de una doble sociología transgresiva de las ausencias y de las emergencias, a través de la contraposición a las epistemologías dominantes del Norte global, hay que generar una epistemología del Sur.

La sociología de las ausencias implica ampliar el presente, por medio de la unión de lo real existente junto con lo que de él fue sustraído por la razón eurocéntrica dominante, que, por considerar obstáculos al desarrollo científico, avanzado, superior, global y productivo, creó cinco formas sociales principales de no existencia: lo ignorante, lo residual, lo inferior, lo local o particular y lo improductivo.

Por su parte, la sociología de las emergencias consiste en sustituir el vacío del futuro según el tiempo lineal por un futuro de posibilidades plurales y concretas, simultáneamente utópicas y realistas, que se va construyendo en el presente a partir de las actividades de cuidado.

Más adelante el autor plantea una epistemología del Sur, que vendría a ser el reclamo de nuevos procesos de producción y de valoración de conocimientos científicos y no científicos, y de nuevas relaciones entre diferentes tipos de conocimiento, por medio de la intervención de las clases y grupos sociales que han sufrido de manera sistemática las injustas desigualdades y las discriminaciones causadas por el capitalismo y por el colonialismo. Las dos premisas de la epistemología del Sur se plantean de la siguiente manera; en primer lugar, la comprensión del mundo es mucho más amplia que la comprensión occidental del mundo; esto significa que la transformación progresista del mundo puede ocurrir por caminos no previstos por el pensamiento occidental, incluso si este es crítico. En segundo lugar, la diversidad del mundo es infinita, una diversidad que incluye modos muy distintos de ser, pensar y sentir, de concebir el tiempo, la relación entre seres humanos y entre humanos y no humanos, de mirar el pasado y el futuro, de organizar colectivamente la vida, la producción de bienes y servicios y el ocio. Con estos antecedentes, el autor plantea dos ideas centrales de la epistemología del Sur, que son la ecología de saberes y la traducción intercultural.

Según la ecología de saberes, no hay ignorancia o conocimiento en general, en ese sentido la utopía del interconocimiento es aprender otros conocimientos sin olvidar el propio. Teniendo a la vista que el conocimiento científico no está socialmente distribuido de manera proporcionada, la lucha por la justicia cognitiva se basa no solo en una distribución más equilibrada sino también en forjar credibili-

dad para el conocimiento no científico por medio de la exploración de prácticas científicas alternativas que se han hecho visibles a través de las epistemologías plures de las prácticas científicas, y, por otra parte, en promover interdependencia entre los conocimientos científicos y no científicos.

La segunda idea central implica el desarrollo de un procedimiento que permita crear inteligibilidad recíproca entre las experiencias del mundo. El trabajo de traducción incide tanto sobre los saberes como sobre las prácticas. La *traducción entre saberes* asume la forma de una *hermenéutica diatópica* que consiste en un trabajo de interpretación entre dos o más culturas con el objetivo de identificar preocupaciones isomórficas¹ entre ellas y las diferentes respuestas que proporcionan.

La hermenéutica diatópica parte de la idea de que todas las culturas son incompletas y, por tanto, pueden ser enriquecidas por el diálogo y por la confrontación con otras culturas. Admitir la relatividad de las culturas no implica adoptar sin más el relativismo como actitud filosófica; implica, sí, concebir el universalismo como una particularidad occidental cuya supremacía como idea no reside en sí misma, sino en la supremacía de los intereses que la sustentan (pp. 65-66). El segundo tipo de trabajo de traducción tiene que ver *entre las prácticas sociales y sus agentes*, en este caso se incide sobre los saberes en tanto que saberes aplicados, transformados en prácticas y materialidades.

La segunda parte del libro contiene lo que su autor llama la transición y la refundación del Estado, que inicia con una exposición del contexto latinoamericano actual. Para Santos, cuatro dimensiones caracterizan la realidad socio-política-cultural del continente, que están referidas al carácter de las luchas, la acumulación, la hegemonía y el debate civilizatorio. La primera dimensión es la coexistencia de formas de luchas muy avanzadas y ofensivas en donde el Estado es la solución, junto con formas de luchas retrasadas y defensivas donde el Estado representa parte del problema (p. 75). Entre las primeras formas se puede mencionar los movimientos indígenas; en el segundo caso estarían las luchas por la criminalización de la protesta social, el paramilitarismo y el asesinato político. La coexistencia de estas luchas produce una turbulencia específica en el cuadro político democrático, marcada por el cruce de luchas socialistas y fascistas; esta dualidad torna el poder democrático más heterogéneo y más inestable y la naturaleza misma del “campo democrático” se transforma en un objeto de disputa no necesariamente democrática.

1. Correspondencia exacta entre dos dominios. Según la Gestalt, las leyes que gobiernan la percepción son las mismas que gobiernan el pensamiento, es decir, existe un isomorfismo entre la percepción, especialmente visual, y el pensamiento mismo. En Eduardo Cosacov, *Diccionario de términos técnicos de la psicología*, Buenos Aires, Brujas, 2009, 3a. ed., p. 190.

La segunda dimensión del contexto actual está dada por la coexistencia en el continente latinoamericano de dos formas de acumulación de capital; por un lado, la acumulación que resulta de la reproducción ampliada, y, por otro lado, la acumulación primitiva que consiste en la apropiación, casi siempre ilegal y violenta, y siempre a través de mecanismos extraeconómicos, de la tierra, de los recursos naturales y de la fuerza de trabajo necesarios, para sostener la reproducción ampliada.

La tercera dimensión del contexto latinoamericano es que en este continente se ha logrado, más que en ningún otro, en los últimos veinte años, hacer un uso contrahegemónico de instrumentos políticos hegemónicos, como son la democracia representativa, el derecho, los derechos humanos y el constitucionalismo. Se trata de instrumentos hegemónicos porque fueron diseñados para garantizar la reproducción ampliada de las sociedades capitalistas de clases y porque son creíbles como garantes de la consecución del bien común, incluso por parte de las clases populares en *sí* afectadas negativamente por ellos. El uso contrahegemónico significa la apropiación creativa por parte de las clases populares de los instrumentos, a fin de hacer avanzar sus agendas políticas más allá del marco político-económico del Estado liberal y de la economía capitalista.

Finalmente, la cuarta dimensión es la presencia del debate civilizatorio, que significa que las luchas sociales adquieren la consciencia de que los dos sistemas de dominación –capitalismo y colonialismo– son simultáneamente distintos e inseparables, y que sin entender la articulación entre ellos no podrán tener éxito.

En este contexto, aparecen diferentes soluciones políticas, pero el autor se centra en dos: la naturaleza de la transición y la refundación del Estado.

Durante las dos últimas décadas del siglo pasado y la primera del presente se dieron fenómenos en Latinoamérica que superaron los planteamientos teóricos de las transiciones conocidas en el mundo hasta entonces, se trató del surgimiento de los movimientos indígenas, afrodescendientes y campesinos, estos movimientos subvirtieron los fundamentos de las transiciones “canónicas” en tres dimensiones distintas (p. 88): 1) el inicio y el término de la transición, puesto que para estos nuevos colectivos el proceso es mucho más largo; 2) el concepto de tiempo que gobierna la transición, dada la concepción de tiempo lineal que subyace a la modernidad occidental, las transiciones son siempre una trayectoria que va del pasado al futuro; en cambio, en el caso de los movimientos indígenas, la transición se plantea de manera que el regreso al pasado ancestral, precolonial, se transforma en la versión más legítima de la voluntad de futuro; y 3) las totalidades en cuyo seno ocurre la transición; existen diferentes cosmovisiones que son llamadas a converger en las transiciones de largo plazo, cuando es exitosa la transición, se trata también de una transición conceptual, que se configura no solamente sobre los hechos sino que produce un verdadero mestizaje conceptual.

Los cambios en la acción del Estado en el continente latinoamericano durante los últimos veinte años han dado fuerza al argumento de que “el Estado está de vuelta” (p. 95), pudiendo distinguir el autor dos tipos de transformaciones: el Estado como comunidad ilusoria y el Estado de las venas cerradas.

El Estado-comunidad-ilusoria tiene una vocación política nacional-popular y transclasista. El concepto de comunidad reside en la capacidad del Estado para incorporar algunas demandas populares por vía de inversiones financieras y simbólico-ideológicas, la acción represiva del Estado asume una fachada simbólico-ideológica (la seguridad ciudadana), y el carácter ilusorio reside en la transformación que hace el Estado de intereses privados en políticas públicas.

La refundación del Estado moderno capitalista colonial sintetiza las posibilidades y límites de la imaginación política del fin del capitalismo y del colonialismo. En ese sentido, el continente latinoamericano puede ser visto como un campo avanzado de luchas anticapitalistas y anticolonialistas. Estas luchas son recogidas por el autor en las siguientes expresiones: el constitucionalismo transformador, el Estado plurinacional, proyecto de país, nueva institucionalidad, el pluralismo jurídico, nueva territorialidad, nueva organización del Estado y nuevas formas de planificación, la democracia intercultural, el mestizaje postcolonial emergente, las mujeres y la refundación del Estado, el Estado experimental, cada una de dichas expresiones tienen su explicación en el libro, algunas de las que en atención a su importancia, recojo a continuación.

En este nuevo escenario la voluntad constituyente de las clases populares en las últimas décadas en el continente se manifiesta a través de una vasta movilización social y política que configura un constitucionalismo desde abajo, protagonizado por los excluidos y sus aliados, con el objetivo de expandir el campo de lo político más allá del horizonte liberal, a través de nuevos conceptos de institucionalidad, territorialidad, legalidad, régimen político y subjetividades individuales y colectivas. Para ilustrar esta parte, el autor se refiere a los procesos constituyentes de Bolivia y Ecuador, que terminaron con la aprobación de sendos textos constitucionales.

A criterio de Santos, todas las transformaciones que finalmente pueden plasmarse en la Constitución, presuponen además la existencia de un espacio-tiempo externo, “fuera” de las instituciones, donde sea posible alimentar la presión en contra de la hegemonía; caso contrario, cualquier quiebra en la movilización puede revertir el contenido oposicional de las normas constitucionales o vaciar su eficacia práctica.

La plurinacionalidad es para este autor una demanda por el reconocimiento de otro concepto de nación, entendida como la pertenencia común a una etnia, cultura o religión. El reconocimiento de la plurinacionalidad conlleva la noción de autogobierno y autodeterminación, pero no necesariamente la idea de independencia.

Santos critica la simetría del sistema constitucional liberal moderno, que se explica mediante la afirmación de que todo el Estado es de derecho y todo el derecho es del Estado, pese a ser considerada una de las grandes innovaciones de la modernidad occidental, por ser una paridad muy problemática no solamente porque desconoce toda la diversidad de derechos no estatales existentes en las sociedades, sino, también, porque afirma la autonomía del derecho en relación a lo político en el mismo proceso en que hace depender la validez delo jurídico de la intervención Estado. Frente a esto, el constitucionalismo plurinacional constituye una ruptura con este paradigma, al establecer que la unidad del sistema jurídico no presupone su uniformidad.

Por democracia intercultural el autor entiende la coexistencia de diferentes formas de deliberación democrática, del voto individual al consenso, de las elecciones a la rotación o al mandar obedeciendo, de la lucha por asumir cargos a la obligación-responsabilidad de asumirlos, diferentes criterios de representación democrática, reconocimiento de derechos colectivos de los pueblos, validación de los nuevos derechos fundamentales, educación orientada hacia formas de sociabilidad y de subjetividad, asentadas en la reciprocidad cultural.

Para el autor, el feminismo poscolonial o descolonizador es de trascendental importancia para construir las epistemologías del sur, en la medida en que este integra la discriminación sexual en el marco más amplio del sistema de dominación y de desigualdad en las sociedades contemporáneas en que sobresalen el racismo y el clasismo, con el objetivo de descolonizar las corrientes eurocéntricas del feminismo dominantes durante décadas, y porque orienta su mirada crítica hacia la propia diversidad, al cuestionar las formas de discriminación de que son víctimas las mujeres en el seno de las comunidades de los oprimidos y al afirmar la diversidad dentro de la diversidad.

Termina el autor su libro haciendo un balance de la relación entre el movimiento indígena ecuatoriano y el presidente Rafael Correa, para señalar que, desde la perspectiva de la epistemología del Sur, el enfrentamiento que actualmente se vislumbra entre estos dos actores tiene muchos componentes epistemológicos que se pueden ver a través de algunos rasgos como el de la diferente mirada del tiempo y del ritmo, diferentes conceptos de nación, o de desarrollo, así como diversas concepciones de cultura.

Para concluir, el autor sostiene que, luego de décadas de denuncia, los movimientos que dan soporte al bloque popular-plurinacional en la construcción del Estado-de-las-venas-cerradas tienen la oportunidad de presentar alternativas reconstructivas que logren apoyos nacionales e internacionales amplios; esto brinda un horizonte mucho menos brillante y coherente que el imaginado por las teorías de

vanguardia eurocéntricas, “pero con la ventaja preciosa de estarse realizando de hecho” (p. 199).

Santos nos invita con esta obra a pensar en nuevas alternativas, a caminar por sendas no transitadas del pensamiento y de la acción, aventura para lo que nos provee de herramientas e instrumentos adecuados para afrontar este reto. Su exhortación, por subversiva, resulta atractiva, especialmente en momentos como los actuales, llenos de conformismos y falta de iniciativa, donde prima el temor a pensar cosas nuevas, a construir nuevos proyectos y tener esperanza.

Ricardo Vigil Toledo,
*La estructura jurídica
y el futuro de la
Comunidad Andina*,
Pamplona, Aranzadi,
2011, 312 pp.

por César Montaña
Galarza*

Resulta particularmente placentero por varios motivos hacer la recensión del libro titulado *La estructura jurídica y el futuro de la Comunidad Andina*, de Ricardo Vigil Toledo, actual Presidente del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (CAN). Entre esos motivos están sobre todo cuatro, que me permito destacar y comentar:

Primero, porque el autor de la obra es un administrador de justicia solvente, que ha tenido en esta empresa de escribir la ocasión de verter mucho de su experiencia en la materia, además de plantear una propuesta oportuna y ambiciosa, sin embargo, posible a la sazón de lo que podría llamarse una nueva efervescencia de la idea de integración en la región sudamericana, así como de un pretendido relanzamiento del proceso de integración andina por derivación de la reciente XVIII Cumbre Presidencial de la Comunidad Andina.¹

En segundo lugar porque en el libro aborda asuntos que han sido descuidados en el medio, pero que en todo caso poseen un cierto recorrido y, a la vez, mucha actualidad, ya que están a la orden del día, por lo menos en el panorama internacional.

Tercero, debido a que es de pleno recibo en el campo académico nacional, andino y mercosureño un trabajo que explicita crítica y objetivamente tanto los fracasos como los aciertos de los emprendimientos que sobre la integración vienen sucediéndose ya por varias décadas en esta parte del continente.

Y, en cuarto término, debido a que el libro aborda una materia que es apasionante y novedosa, no solo porque rompe esquemas y conceptos sino, y sobre todo, en atención a que muestra la dimensión práctica del ordenamiento jurídico como instrumento para lograr transformaciones, en cualquier proceso de integración, sin

* Docente de planta, coordinador del Programa Internacional de Maestría en Derecho y director del Área de Derecho, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. El 28 de julio de 2011 se realizó en Lima, Perú, la XVIII Cumbre Presidencial de la Comunidad Andina (CAN), en la que participaron los presidentes Evo Morales (Bolivia); Juan Manuel Santos (Colombia); Rafael Correa (Ecuador); y, Ollanta Humala (Perú). En la Cumbre se adoptó la “Declaración de Lima”, en la cual los mandatarios reafirmaron su compromiso con el proceso de convergencia y diálogo entre los distintos mecanismos regionales y subregionales de integración, sobre todo con el Mercado Común del Sur (Mercosur), la Unión de Naciones Suramericanas (Unasur) y con el Área Latinoamericana de Integración (ALADI), con miras a fortalecer y dar un impulso a la integración de Latinoamérica. Los presidentes hicieron además un llamado a la demanda de revisar la estructura institucional y el funcionamiento del Sistema Andino de Integración (SAI).

importar que se trate de uno de alcance corto, mediano o profundo, como bien ha categorizado Heber Arbuét-Vignaly,² o de uno de carácter meramente económico-comercial o del tipo comunitario, tal cual ha planteado Calogero Pizzolo.³

Valga la opción para señalar que la obra que reseño se adiciona a otros notables aportes de expertos en la materia, como Fernando Uribe Restrepo, Marcel Tangarife Torres, José Antonio Quindimil, Galo Pico Mantilla, Luis Carlos SÁCHICA, Eugenia Ponce de León, por citar unos pocos; está contenida en cerca de cuatrocientas páginas; tiene múltiples referencias que se ubicaron en doctrina y jurisprudencia pertinentes. Lleva el sello Aranzadi-Thomson Reuters, prestigiadas casas editoras internacionales.

La obra de Ricardo Vigil Toledo se compone de cuatro capítulos que, en conjunto, dan cuenta de un hilo conductor claro y lógico; en mi opinión, adscrito a un discurso condescendiente antes con la visión internacionalista del Derecho que con la constitucionalista del Derecho. Echa mano con detalle de datos sobre hechos históricos que han sido los detonantes precisos de varios procesos de integración, tanto en el viejo continente como en América.

El primer capítulo del texto se ocupa de “El ordenamiento jurídico andino”, un “ordenamiento jurídico especial y transitorio”, un “derecho como factor de incorporación e integración”, como lo refiere acertadamente Vigil Toledo en varios apartados. Manifiesta, además, que entiende la integración como “un proyecto sugestivo de vida en común”.

Con estas determinaciones preliminares, en esta primera parte el autor, entre otros asuntos, revisa el desarrollo del mecanismo de solución de controversias de la Comunidad Andina y presenta una amplia explicación acerca del “cambio sustancial de paradigma” experimentado en el quehacer de los estados nacionales cuando ejecutan relaciones internacionales que alumbran organizaciones de diverso tipo, el que concierne a una primera época marcada por la intergubernamentalidad y, el más reciente, marcado por lo que se viene denominando “supranacionalidad” –que englobaría lo intergubernamental y el federalismo–, sobre todo, a remolque de los avances logrados en la construcción de lo que hoy es la Unión Europea.

Este libro también trae una explicación suficiente y un debate acerca del modelo federal de organización de los estados, al cual se estaría acercando inexorablemente la construcción comunitaria europea, que a decir del autor es el prototipo que de mejor forma ha servido de molde para experiencias exitosas como la norteamericana-

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

3. Calogero Pizzolo, *Globalización e integración. Ensayo de una teoría general*, Buenos Aires, EDIAR, 2002.

na. Sitúa así a la supranacionalidad como un estadio intermedio –no muy bien asimilado aún–, que se debate entre las dinámicas de la cooperación y el consentimiento estatal, ambas concernientes a la intergubernamentalidad y, de la integración (justicia comunitaria), coherente con el federalismo.

Armado con esos elementos más teóricos que prácticos, el autor refiere también en esta primera parte la situación de los procesos de integración en desarrollo –unos más vivamente que otros, unos más rápido que otros– en la región sudamericana.

La composición y funcionamiento del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina son preocupaciones fundamentales del segundo capítulo de la obra. Inicia esta fracción revisando lo que podrían llamarse los aspectos centrales, los logísticos, los de detalle e incluso los accesorios del Tribunal, todos ellos de gran valía para su organización e idónea marcha. Se preocupa además de dejar sentado que la Magistratura es garante de la legalidad del proceso de integración, que por medio de la jurisprudencia no solo ha interpretado sino que ha complementado disposiciones de los tratados fundacionales, llegando incluso a poner orden en contradicciones ubicadas en esos instrumentos. Al efecto, cita el caso de la acción de incumplimiento y las dos vías que establece el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TCTJCA) para el acceso de los particulares. Demuestra con ello que el tribunal es una pieza fundamental para la materialización de los objetivos marcados en los tratados constitutivos; por lo que defiende, con pleno convencimiento, que mucho del fracaso experimentado en los procesos de integración es secuela de la ausencia de un órgano como el tribunal comunitario, dotado de competencias soberanas transferidas por los estados miembros del proyecto integrador.

Este apartado también explica la realidad económica de la corte, alude al presupuesto y al sistema de cuotas de los estados miembros, temas que concatena de manera precisa con cuestiones de fondo, como son, por un lado, la fortaleza del órgano judicial y, por otro, la autonomía necesaria para cumplir sus delicadas labores.

Al finalizar el segundo capítulo el escritor incorpora una propuesta del todo original en el contexto andino de la integración, que encuentra referencia clara en la experiencia europea de integración; se trata de la idea de trabajar con mayor intensidad en la creación de mecanismos aplicables de manera general para controlar los aspectos económicos y de manejo de recursos, que involucran a los órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración, sin que olvide destacar la buena práctica que en este sentido ya posee el Tribunal de Justicia andino.

Asistido por doctrina calificada, así como de criterios jurisprudenciales relevantes, logrados especialmente en los procesos de integración andino y europeo, el capítulo tercero del libro incorpora una revisión minuciosa de “Las competencias del Tribunal Andino de Justicia”, a saber: las acciones de nulidad y de incumpli-

miento, la interpretación prejudicial, el recurso por omisión o inactividad, la función arbitral y la jurisdicción laboral.

El estudio ejecutado por Vigil Toledo en esta parte de la obra, a mi juicio, dimensiona adecuadamente las posibilidades que tienen, y las que debieran tener, los ciudadanos y las empresas que se desenvuelven en el territorio comunitario, por ejemplo, para hacer valer sus derechos frente a la Comunidad y ante los estados miembros, o para reclamar por la legalidad de los actos administrativos y normativos emanados de los órganos supranacionales. El balance que al final obtiene el autor señala que la experiencia andina en la administración de justicia es más libertaria que la de la Unión Europea, lo que es medido por la mayor o mejor apertura del sistema jurisdiccional para el acceso directo de los particulares, respecto de algunas de sus competencias.

En sus reflexiones acerca del rol que desempeña el Tribunal de Justicia de la CAN, el autor posiciona en el sitial más alto a la defensa de los derechos humanos que debe hacer todo sistema de administración de justicia; al mismo tiempo, con criterio de un internacionalista experimentado, no olvida presentar aspectos disímiles, pero al mismo tiempo fundamentales, para aplicar el Derecho, desde varias organizaciones internacionales, como la Organización Mundial de Comercio (OMC) o la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI).

Sobre “El futuro del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina” versa el cuarto capítulo de la obra. Se trata de la parte propositiva por excelencia de este trabajo académico, que inicia destacando lo que en su momento pregonó con notable acierto el experto ecuatoriano Germánico Salgado, la necesaria convergencia de la Comunidad Andina y del Mercado Común del Sur hacia un proceso de mayor calado, la Comunidad Sudamericana de Naciones.

Para despachar solventemente el apartado, el autor trabaja una trilogía de ámbitos materiales –desplegados a través de normativa común– que servirían para unificar a los grupos regionales CAN y Mercosur en la naciente Unasur, esta última que por ahora se ocupa básicamente de aspectos relacionados con la cooperación regional y la política exterior, esos tres ámbitos principales para cohesionar son: el transporte multimodal de mercaderías, la propiedad intelectual y la protección del medio ambiente, que bien pudieran por virtud de su actual desarrollo en el contexto mundial mediante innumerables instrumentos internacionales, y por el desarrollo alcanzado en los espacios de integración de la Comunidad Andina y del Mercosur, así como a nivel de los estados miembros, permitir el funcionamiento de una corte suprema administradora de justicia en el seno de la Unión de Naciones Suramericanas, aunque plantea –con realismo– el que en una primera época ese organismo judicial, conjuntamente con los jueces nacionales, solo funcionaría por medio de la interpretación prejudicial, aunque con claras proyecciones para alcan-

zar en el futuro una injerencia pretoriana nada despreciable en la edificación de lo que puede llegar a ser el más ambicioso proyecto de integración de América del Sur, conjuntamente con la República Cooperativa de Guyana y la República de Surinam.

Al amparo de esta proposición el autor no descarta que también otros ámbitos temáticos, como comercio, derecho de la competencia, integración energética, armonización de tributos como el impuesto sobre el valor agregado (IVA) y el impuesto a los consumos especiales (ICE), puedan colaborar para adquirir un nivel destacable de cooperación entre los sistemas de resolución de conflictos de la CAN y del Mercosur.

Para sustentar la tesis central esgrimida en el libro, Ricardo Vigil revisa exhaustivamente una serie de antecedentes sobre el trabajo de cooperación ya adelantado entre los responsables de los sistemas de resolución de conflictos instituidos en los procesos de integración de América del Sur, prácticamente desde el año 2005, cuando se efectuaron importantes reuniones en las ciudades de Lima y Arequipa, y posteriormente en Cartagena de Indias el año 2010, lo que le permite defender con ímpetu la idea de proyectar al Tribunal Andino como el órgano sudamericano de administración de justicia, sin perjuicio de que su forma de funcionar e incluso su composición tengan que ser ajustadas a las nuevas realidades y alcances del proceso de integración de esta parte del mundo.

Al final del libro el autor incorpora más de medio centenar de conclusiones que versan sobre lo más significativo de los temas neurálgicos investigados.

Resumiendo, el libro al cual ahora me refiero invita a repensar las estrategias para una integración efectiva, sin repetir errores del pasado –como insiste el autor–, por lo tanto, colocando en el lugar que se merece un tribunal de justicia de alcance latinoamericano, a fin de velar por la legalidad del proceso integrador, sin dejar de considerar como primer paso para estos emprendimientos, la fijación de metas de carácter económico, así como sin perder de vista el clima de paz que se alcanzaría y un mejor posicionamiento en el contexto internacional.

Después de este somero repaso a la obra de Ricardo Vigil Toledo, solo me queda expresar una efusiva felicitación; e invitar al estudio y debate del texto, que confiamos ocurra sin dilación, tanto en los espacios del poder, como al calor del quehacer cotidiano de los operadores jurídicos y, sobre todo, en las aulas universitarias.

Finalmente, estoy convencido de que este trabajo de investigación es como un bálsamo que refresca la tarea de dialogar sobre asuntos tradicionalmente olvidados en el medio, pero que, al mismo tiempo, son trascendentes para nuestros países, en fin, para poner sobre la mesa de discusión nuevamente el gran asunto de la integración latinoamericana, el rol de las instituciones y del ordenamiento jurídico.

Carla Faralli, *La filosofía del Derecho contemporánea. Los temas y desafíos*, trad. de Santiago Perea Latorre, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, 152 pp.

por Édison Toro Calderón *

Resulta complejo abordar textos de filosofía del Derecho sin tener esa preocupación de saber a qué se está enfrentando uno, si a una historia de las ideas iusfilosóficas o a una interpretación de los pensamientos de los autores consagrados o, en fin, a una nueva manera de conceptualizar el siempre presente problema de qué es el Derecho o en qué se fundamenta la existencia misma de la ciencia jurídica, todo dentro de este mundo extraño y complicado que abarca esta materia. No es común encontrar académicos ecuatorianos intere-

sados en explorar abismos conceptuales y científicos desde el plano filosófico, y menos si tenemos en cuenta lo que el profesor colombiano Diego López Medina ha develado en su *Teoría impura del Derecho*, respecto a los problemas en la recepción de la teoría jurídica en países periféricos como el nuestro sin tradición iusfilosófica importante.

Sin embargo, y con el objetivo de romper ese ostracismo de pensamiento que a veces nos invade, siempre será valioso enfrentar textos como el que ahora me permito comentar. Debo aclarar que estas reflexiones y puntualizaciones no se producen desde el conocimiento especializado de la filosofía del Derecho, sino desde la inquietud intelectual que esta materia empieza a provocarme.

Carla Faralli, profesora italiana, propone una mirada más que completa de las ideas teóricas esgrimidas por los más importantes filósofos, no solo del Derecho, que se han interesado en darle una explicación y fundamento a la existencia de la ciencia jurídica y a su función social. Lo interesante de esta propuesta no radica en lo que queda señalado, sino en que la autora lo hace partiendo de la crisis del positivismo verificada desde la década de 1960 en Europa. Nótese cómo esto ya puede causar un conflicto en quien se aproxima a esta obra: no es fácil aceptar que las ideas jurídicas desde el positivismo formalista, diríamos clásico, con el que todos los abogados nos formamos —el que pone en evidencia la autora para señalar su declive doctrinario—, deba ser superado en la estructuración de una fundamentación del derecho. Pero tampoco es dable cerrar los ojos y no aceptar el nuevo paradigma constitucional, no inaugurado en nuestro país con la Constitución discutida en

* Asesor de la Vicepresidencia de la República del Ecuador y docente de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

Montecristi, como equivocadamente se cree, y no dejar apertura a la discusión de *nuevos* pensamientos e ideas en nuestro medio, que no obstante, en los sitios de producción con tradición y cultura jurídica principal ya vienen siendo analizadas y, aún más, polemizadas, como vamos a tener oportunidad de examinar.

En la Introducción, titulada convenientemente “La crisis del positivismo jurídico”, Faralli empieza estableciendo que la edad contemporánea de la iusfilosofía parte, precisamente, desde la crisis del positivismo en su versión *hartiana*, a finales de la referida década de los años 60 del siglo anterior, y anuncia la inutilidad de la distinción clásica entre iusnaturalismo, iuspositivismo y iusrealismo, vigente durante muchos años en las discusiones teóricas. Pero inmediatamente aclara que no es que se han perdido o no se han reinventado las doctrinas del derecho natural o del positivismo o de la filosofía jurídica con apertura a la realidad, sino que, como veremos, se han actualizado, y sus propuestas son las que en la *contemporaneidad* se discuten. En este sentido, el ámbito temático de la iusfilosofía denota una notable ampliación a tópicos que, junto a las problemáticas tradicionales, constituyen el centro de análisis de la filosofía del Derecho, conjugada ahora con la filosofía moral, con la filosofía política y con las ciencias sociales y aún con las exactas.

Aclaremos junto a la autora que la crisis anunciada es del modelo formalista, si se quiere de corte kelseniano, no porque este jurista, quizás el más importante del siglo XX, no haya dejado su impronta en el mundo del derecho occidental, sino porque la propia dinámica jurídica y las aberraciones que la aplicación de un derecho puramente formalista produjo sobre todo en Europa, han hecho que se replantee la fundamentación y estructura del derecho. “El debate contemporáneo ha puesto en crisis los dos presupuestos sobre los cuales reposaba el positivismo jurídico, determinando la apertura de la filosofía del derecho, por un lado, hacia el mundo de los valores ético-políticos y, por el otro, hacia el mundo de los hechos” (p. 13). De ahí que las corrientes del constitucionalismo contemporáneo hayan producido ese debate, aún latente en los sitios de producción primaria y novedoso en los sitios de recepción, como nuestro país. Es pertinente esta aclaración, desde mi punto de vista, porque el positivismo también ha sido reformulado y no creo que pueda pensarse que se repele con las escuelas así llamadas constitucionalistas.

Ha quedado señalado que Faralli no pretende hacer juicios de valor sobre el aporte al pensamiento jurídico de los autores que hace desfilar en su libro. Hace, por el contrario, una por demás interesante descripción de las principales ideas a partir de la tantas veces repetida crisis iuspositivista, que parece plasmarse en su inicio con la polémica entre Herbert Hart y Ronald Dworkin, por la que este último puso en debate la separación del derecho y la moral, principal tesis de los positivistas. Para Dworkin, el primero que elabora su teoría a partir de la existencia de los *principles* que, junto a las *rules*, conforman el sistema normativo; el Derecho debe

ser concebido como interpretación e integridad, y cuya filosofía del Derecho se abre a la filosofía política y a la filosofía moral.

En esta imagen panorámica aparecen autores como MacCormick y Weinberger, con sus elaboraciones *neoinstitucionalistas*, contestatarios también del modelo iuspositivista que había prescindido igualmente en su modelo teórico de la realidad. Para estos autores será importante el reconocimiento del derecho como un hecho institucional.

También como contestación al positivismo jurídico decadente la obra de John Rawls aporta con la idea de un nuevo *contractualismo* hipotético, por el que los individuos en una situación de racionalidad, libertad e igualdad eligen los principios que deben regir su convivencia social, sus derechos y sus deberes.

Se dijo en líneas superiores que el ámbito temático de la discusión iusfilosófica contemporánea se amplía a temas ignorados en la etapa anterior. Pero también es cierto que los puntos de preocupación tradicionales también vuelven a ser tratados pero desde otra dimensión. Así la justicia, los derechos fundamentales, la imparcialidad o neutralidad del Estado, aderezadas con nuevos aspectos, incluso desde una perspectiva del derecho internacional, como los derechos de las minorías culturales, el multiculturalismo, los derechos de los animales, el derecho del medio ambiente, los derechos del nasciturno, la eutanasia, etc., empiezan a ser analizados con otros enfoques teóricos.

Hago desde ya la advertencia respecto a que Faralli, sumado al análisis descriptivo de autores y teorías, hace valer su nacionalidad al incluir un repaso a las principales tesis iusfilosóficas italianas que han emprendido en la temática sugerida. Así pasarán en primer término el célebre maestro Norberto Bobbio y el no tan conocido Uberto Scarpeili, ambos matriculados en la escuela positivista, que, no obstante, harán explícita su crítica ante la insuficiencia de su propuesta, haciendo que el primero explore la filosofía política y el segundo reniegue de su formación original.

En el capítulo primero, “La apertura de la filosofía del derecho a los valores ético-políticos”, la italiana distingue en esta corriente teórica dos vertientes: las llamadas teorías constitucionalistas, y nuevo iusnaturalismo. En las primeras incluye nombres –algunos con gran implicancia en América Latina–, que han criticado el legalismo, si bien válido en su momento, inadecuado para solventar todos los problemas jurídicos presentes en la sociedad, reconociendo el “incremento de complejidad de la estructura normativa de los sistemas constitucionales contemporáneos, que es ligada a la introducción de los principios y a la diferencia de estos con las reglas” (p. 28), como ya lo había propuesto Dworkin. Así nos señala los aportes de los alemanes Robert Alexy y R. Dreier. En esta teoría, los nombres más celebrados,

también en nuestra región han sido los de Dworkin y Alexy (este con una fuerte aceptación en la jurisdicción constitucional colombiana), quien incorporó a su construcción teórica planteamientos filosóficos de Jürgen Habermas y del propio profesor norteamericano. Una de las tesis centrales de su teoría consiste en darles preeminencia a los derechos fundamentales construidos en clave de principios, donde lo importante no es su validez, como en la construcción formalista, sino su peso frente a otros principios en colisión con aquellos.

En el mismo sentido resulta interesante saber, en opinión de Farelli, que estas teorías que ponen en su centro el proceso de *constitucionalización* del Derecho, aún no consolidadas, tienen denominaciones que en nuestra región hemos tomado como verdaderas escuelas jurídicas: neoconstitucionalismo (Barberis), teorías constitucionalistas (Bongiovanni) y teorías *principalistas* (García Figueroa).

En una concepción teórica opuesta a Alexy y Habermas está Niklas Luhman. Si bien dentro de la corriente del derecho con apertura a principios ético-políticos, este sociólogo propone la teoría de los sistemas donde la fuente de validez del derecho es el sistema del derecho mismo.

Gratificante resulta encontrar también en este repaso del pensamiento filosófico-jurídico contemporáneo al argentino Carlos Santiago Nino, quizás el más importante teórico del derecho latinoamericano, quien bajo una crítica al positivismo formalista, acerca la moral al Derecho para darle contenido al Derecho positivo.

También debe considerarse a Luigi Ferrajoli en esta corriente filosófica, quien advierte el retardo del derecho italiano en aceptar las tesis constitucionalistas en el análisis del derecho. Se suma a esto, como queda dicho, Uberto Scarpelli quien se declaró “un creyente en la ley y defensor de positivismo jurídico bastante arrepentido” (p. 39).

Ferrajoli, quien se matricula también en el paradigma constitucional, no abandona el positivismo. Lo que deja atrás es su variante formalista, pero considero personalmente que el positivismo que aún pervive en su pensamiento es aquel basado en valores, una suerte de positivismo axiológico, si se me permite el término. Pero la autora comentada lo ubica en estas corrientes, de manera pertinente, por sus planteamientos sobre todo en derecho penal y *garantismo* jurídico.

Por otro lado, la nueva teoría del derecho natural, a partir de la posguerra, plantea un renacimiento de sus ideas con Gustav Radbruch. Interesante resulta la reseña que hace Faralli respecto a la polémica teórica entre Hart y Lord Devlin a partir de la discusión sobre la represión penal de la homosexualidad y de la prostitución en Inglaterra, en los años 50. Las dos tesis que se contraponen son el liberalismo, de la mano del positivista Hart, y el moralismo jurídico de Devlin, modelo teórico que tiene en Lon Fuller, otro de sus alentadores.

Quizás el mayor exponente del nuevo iusnaturalismo sea John Finnis, quien propone la tesis del “auténtico florecimiento humano”, que identifica “siete bienes fundamentales, no deducibles y no demostrables, los cuales están llamados a presidir toda valoración moralmente relevante de la conducta de los hombres” (p. 44) –no puedo evitar hacer una relación con nuestro *sumak kawsay*, lo que puede resultar interesante de investigar–. Con esto Finnis llega a la valorización de una moral pública. Otros nombres que aparecen son Alasdair MacIntyre, Michael J. Sandel y Michael Walzer.

Faralli, finalmente, anota en pie de página la mención de que desde el liberalismo se viene construyendo una teoría iusnaturalista. Punto de interés para emprender en una profundización teórica.

El segundo capítulo, “La apertura de la filosofía del Derecho a los hechos”, tratará, como ya se infiere, de la filosofía del Derecho con apertura a la realidad, o llamado, también realismo jurídico. Contiene, en un primer apartado, los planteamientos teóricos de los ya referidos Neil MacCormick y Ota Weinberger, neoinstitucionalistas reaccionarios al positivismo de tradición kelseniano-hartiana.

En Italia, por su parte, en la misma corriente, aparecen Silvana Castignone, Riccardo Guastini y Enrico Pattaro, con fuertes influencias, no del realismo norteamericano, sino de su variante escandinava, luego de la teorización hecha por Luigi Bagolini y Giovanni Tarello.

En un segundo grupo de pensadores se agrupan los exponentes de los *Critical Legal Studies*, por un lado; el análisis económico del derecho; y, el movimiento feminista, por el otro, con su variante de reivindicación racial.

Los *Critical Legal Studies*, con orígenes en la Facultad de Leyes de Harvard, reúne nombres de la talla de Roberto Mangabeira Unger, Robert W. Gordon, Morton J. Horwitz, Duncan Kennedy y Mark Tushnet. Su punto central, con influencia marxista, es el deconstruccionismo.

El análisis económico del derecho, con base en el utilitarismo de Bentham y Mill, tiene de referentes a Roscoe Pound y sobre todo al juez federal Richard Posner, Ronald Coase y Guido Calabresi. Esta teoría combina una ética normativa liberal, una filosofía pragmática y un modelo de investigación económico. En últimas, lo que se busca al dar una solución jurídica es obtener el mayor beneficio económico posible.

Lo que pretenden las teorías feministas es el trato igualitario y la reivindicación del trato especial, lo que conocemos como acciones afirmativas. Estas teorías se combinarán con las de reivindicación racial y producirán sus propias teorizaciones. Nombres como Carol Smart, Carol Gilligan, Catharine Mackinnon y Minda, Derrick Bell, Richard Delgado y Patricia Williams son representantes de uno y otro movimiento.

Un tercer capítulo, “Los estudios sobre el razonamiento jurídico”, nos trae a exponer toda la edificación de la teoría del Derecho a partir de la argumentación. En este orden de ideas no es raro que se repitan alusiones a las obras de Robert Alexy, por ejemplo, quien para solventar sus razonamientos acude a la argumentación para suplir el problema de la subjetividad en la solución de problemas jurídicos. El profesor alemán utiliza las teorizaciones de Aarnio y Peczenik para su teoría de argumentación jurídica basada en el razonamiento práctico. Un argumento será válido si ha sido conducido respetando determinadas reglas racionalmente justificadas, dirá el profesor alemán.

No es más exclusiva de la argumentación, la lógica formal. Se recurrirá también a la dialéctica para dar validez a la argumentación jurídica. Esto lleva a concluir que existen procesos de interpretación no ortodoxos.

Adicional a estos planteamientos se muestra una forma de entender e interpretar el derecho: a partir de la literatura. Hay dos corrientes, por un lado, el “Derecho en la Literatura”; y, por otro, “Derecho como Literatura” o “Literatura en el Derecho”. En apariencia novedosa y hasta curiosa forma de llegar a la ciencia jurídica, pero en nuestro medio ya ha habido académicos con una metodología jurídica con influencia literaria. ¡Cómo no traer a colación a Ramiro Ávila y su Principito en la visibilización de los derechos fundamentales! Faralli menciona a Stanley Fish, Owen Fiss, Sanford Levinson y al propio Ronald Dworkin.

El cuarto capítulo, “Los estudios de lógica jurídica”, incluye nociones de interpretación del derecho a partir del estudio del lenguaje, con conceptos como el de “*completud*” y “coherencia”. Estamos frente al razonamiento jurídico pero desde una perspectiva de la lógica formal. Como exponentes mencionemos a otro latinoamericano, Carlos Cossio, quien a partir de traernos a Kelsen a América Latina, basó su trabajo en estas teorías; y a Carlos Alchourrón, Eugenio Bulygin, Genaro Carrió y Roberto Vernengo. Además está Arend Soeteman, y el ya mencionado Ota Weinberger.

Finalmente, con un sugestivo título, el capítulo quinto se constituye, desde mi criterio, en un aporte fundamental: *Nuevas fronteras para la filosofía del derecho*. La autora señala que en las últimas tres décadas la vida social se ha transformado dando lugar a nuevos planteamientos jurídicos. Para ella, el derecho debe enfrentar tres fronteras:

- a) Tecnologías informáticas (resulta interesante el planteamiento de la autora en este aspecto sobre la inteligencia artificial y su aplicación al derecho, no solo con programas aplicativos de tono práctico sino como verdaderos programas lógicos de solución de problemas jurídicos, y en la distinción entre informática jurídica y derecho de la informática);

- b) Bioética, que es, parafraseando a Van Renssealer Potter, “el tentativo de utilizar las ciencias biológicas para mejorar la calidad de la vida, y vincula su razón de ser a la necesidad de formular una nueva ética que esté en condiciones de garantizar la supervivencia de la humanidad a través de un estrecho diálogo entre ciencias biomédicas y ciencias humanas” (p. 108);
- c) Multiculturalismo, donde el planteamiento de Joseph Raz resulta hartamente pertinente en nuestro medio, sin descuidar que su sitio de producción teórica es Europa.

He tratado de señalar en líneas generales cómo la autora va recorriendo el pensamiento filosófico del Derecho contemporáneo, puntualizando las principales ideas que una primera lectura de la obra de la italiana me permite. Seguramente con relecturas necesarias se descubrirán nuevos aportes de la profesora italiana. Y es que eso tiene de valde su obra: permite no solo el acercamiento de nuevos estudiosos interesados en la materia sino que *La filosofía del derecho...* se convierte en una suerte de guía o mapa conceptual que llevaría al investigador ya formado a las profundidades del pensamiento iusfilosófico actual. A esto coadyuva la vastísima y completa bibliografía con la que corona el libro, que incluye todos los autores y las ideas señaladas en el recorrido en el que nos lleva Carla Faralli.

Agradable resultó abordar ideas por fuera de la concepción tradicional de que el derecho se fundamenta únicamente en Hans Kelsen y su pirámide normativa, que, por otro lado, ni es de Kelsen ni es pirámide. Estas ideas sin duda abrirán la perspectiva de enfrentar nuestra ciencia para poder cimentar su aplicación práctica en la vida social.

Addy Mazz y Pasquale Pistone, coord., *Reflexiones en torno a un Modelo Latinoamericano de Convenio de Doble Imposición*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2010, 311 pp.

por Pablo Villegas
Landázuri*

Sostiene Mauricio Plazas Vega, en la presentación del libro, que el jurista de hoy afronta el complejo y difícil reto de aproximarse al Derecho a partir del mundo y no desde el limitado espacio de su país. En el campo tributario, la biografía del espíritu del mundo impone el deber de adentrarse en el Derecho internacional y en el Derecho comunitario como parte fundamental de nuestras disquisiciones y reflexiones. Enfatiza que: “Ya no es posible pensar en el impuesto sobre la renta ni en el impuesto sobre el valor agregado (i.v.a.), los dos tributos tradicionalmente

más importantes en los países, desde la simple óptica de la ley nacional”.¹

La necesidad de adoptar criterios comunes en materia de fiscalidad internacional ha sido motivo importante de estudio para el Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario (ILADT), desde las Primeras Jornadas Latinoamericanas (Montevideo, 1956) hasta las VII Jornadas (Caracas, 1975). En este sentido, en las XXIII Jornadas Latinoamericanas del ILADT (Córdoba, Argentina, 2006) el Consejo Directivo presentó un proyecto para elaborar un modelo de convenio multilateral contra la doble imposición para Latinoamérica.

Dicho proyecto contemplaba dos fases; en la primera, la comisión de trabajo, integrada por Antonio Hugo Figueroa (Argentina), Jacques Malherbe (Bélgica), Pasquale Pistone (Italia) y Heleno Taveira Torres (Brasil), se encargó de redactar y presentar un modelo de convenio en las XXV Jornadas Latinoamericanas (Cartagena de Indias, 2010); en la segunda, tiene el objetivo de transponer las cláusulas del modelo latinoamericano en los convenios para evitar la doble imposición (CDIs) de los países latinoamericanos con el resto de países del mundo, durante las XXVI Jornadas Latinoamericanas² que se celebrarán en el mes de septiembre del presente año en Santiago de Compostela.

* Experto jurídico en temas de fiscalidad internacional, funcionario de la Dirección Nacional de Gestión Tributaria del Servicio de Rentas Internas del Ecuador.

1. Addy Mazz y Pasquale Pistone, coords., *Reflexiones en torno a un Modelo Latinoamericano de Convenio de Doble Imposición*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2010, p. 6.
2. ILADT, “Prolegómenos al Comentario del Modelo de Convenio para América Latina”, en Natalia Quiñones Cruz, coord., *Modelo ILADT de Convenio para evitar la doble imposición en América Latina. Modelo multilateral*, Bogotá, ICDT, ILADT, 2010, p. 14.

En forma adicional a las reuniones periódicas, la comisión de trabajo tuvo la oportunidad de presentar sus avances en un seminario organizado por Addy Mazz en Montevideo, el 11 y 12 de mayo de 2009, en las instalaciones de la Universidad de la República del Uruguay. El libro objeto de la presente recensión contiene las actas del seminario, además de opiniones de expertos sobre temas de fiscalidad internacional planteados allí en la línea del proyecto de modelo.

Varias son las razones que pueden mencionarse para destacar la importancia de este libro, empezando por el nivel de conocimiento sobre la temática tributaria internacional y la calidad de pensamiento jurídico que tienen los autores de los diversos artículos. Pero se debe destacar también que, al contener los estudios preliminares del modelo de tributación latinoamericano propuesto por el ILADT, es y será fuente de referencia obligatoria para quien pretenda emprender una investigación seria del citado prototipo. Pero existe otra razón adicional, y es que el texto constituye un interesante diagnóstico contemporáneo respecto a la implementación, aplicación y vigencia de los CDI en los países de América Latina.

El libro se compone de seis secciones:

SECCIÓN PRIMERA: PLANTEAMIENTO Y CUESTIONES GENERALES

Antonio Figueroa (Argentina), con su trabajo “La historia de los convenios de doble imposición internacional”, realiza un breve repaso de la evolución de los distintos modelos de CDI usados en el mundo y a lo largo del tiempo. El expresidente del Grupo de Expertos del Comité Fiscal de las Naciones Unidas comenta la dificultad que entrañaba, y que podríamos afirmar persiste, adecuar el modelo propuesto por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), formulado para países de flujos bilaterales de renta, a las relaciones de países desarrollados con subdesarrollados. Propone la unión entre países de la región, como estrategia imprescindible que permita defender los legítimos intereses de los países importadores de capital e impida la erosión continua de sus bases de imposición.

En “Rasgos fundamentales del Proyecto de Modelo de Convenio para América Latina”, Addy Mazz (Uruguay) realiza un análisis sobre los principios de atribución de potestad tributaria en materia de imposición a la renta, confronta argumentos a favor y en contra de la fuente y de la residencia, para enfatizar en la creciente importancia del intercambio de información entre administraciones tributarias hasta llegar a afirmar que el intercambio de información es el “único medio por el cual se

puede hacer efectivo el criterio de renta mundial”.³ Además propone que, en la actualidad, la competencia para atraer capitales, junto a las resoluciones de organismos internacionales como la OCDE, ha originado un aumento de los CDI, no tanto para evitar la doble imposición, que se la puede resolver vía mecanismos unilaterales previstos en la respectiva legislación interna, sino a fin de evitar sanciones de los países de donde provienen los capitales, de acuerdo a las exigencias de la OCDE.

La autora también hace un repaso de la cantidad de CDI celebrados por países de América Latina hasta el año 2007, en donde se desliza una inexactitud, pues afirma que Ecuador, hasta el año 2007, tiene celebrados apenas dos CDI, cuando la realidad evidencia que, hasta la fecha mencionada, el Ecuador tenía celebrados y vigentes CDI con once países (Alemania, Brasil, Italia, Francia, España, Rumania, Suiza, Canadá, México, Bélgica y Chile), además de la normativa comunitaria contenida en la Decisión 578,⁴ aplicable a los países que conforman la Comunidad Andina.

Vale rescatar la afirmación respecto a que “la efectividad del principio de renta mundial en los impuestos sobre la renta a las personas físicas y a las sociedades, así como la transparencia fiscal internacional, en esta concepción impositiva, la lucha contra el fraude y la evasión internacional y la normativa anti subcapitalización, requieren del intercambio de información”.⁵

Con el artículo “Rasgos fundamentales del Proyecto de Modelo de Convenio para América Latina”, Pasquale Pistone (Italia) compara el progresivo debilitamiento del papel de la ONU en temas de fiscalidad internacional con el progresivo fortalecimiento del rol que cumple la OCDE en este mismo contexto. Esta es la razón para “desarrollar un modelo que refleje la tradición latinoamericana del derecho tributario y se adapte al nuevo contexto mundial. No tendría sentido defender la tributación en la fuente en la teoría, al tiempo que se renuncia a la misma en la casi totalidad de los convenios bilaterales por efecto de la menor fuerza de negociación”.⁶ Defiende la idea de que un convenio multilateral es el instrumento más apropiado para solucionar los problemas de imposición de la renta transfronteriza en América Latina. Realiza un análisis global sobre la estructura y objetivos del modelo, plantea algunas situaciones críticas en la repartición del poder de imposición e identificación de la fuente de la renta y se refiere a las reglas procedimentales.

3. Addy Mazz y Pasquale Pistone, coords., *Reflexiones en torno a un Modelo Latinoamericano de Convenio de Doble Imposición*, p. 36.

4. Publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena No. 1063, de 5 de mayo de 2004.

5. Addy Mazz y Pasquale Pistone, coords., *Reflexiones en torno a un Modelo Latinoamericano de Convenio de Doble Imposición*, p. 50.

6. *Ibid.*, p. 60.

SECCIÓN SEGUNDA: ÁMBITO, DEFINICIONES E INTERPRETACIÓN

Los profesores Jacques Malherbe (Bélgica) y Edoardo Traversa (Bélgica/Italia), en su artículo “Hacia un Modelo de Convenio para América Latina. El ámbito de aplicación”, se centran en el análisis del ámbito de aplicación personal del modelo latinoamericano, examinando los dos criterios de aplicación más usados en los CDI: residencia y nacionalidad. Consideran que, además de incluir en el ámbito de aplicación personal del modelo a todos los residentes, se debe tomar en cuenta personas que en relación a su situación personal y familiar se encuentren en situaciones comparables.

Cristiane Coelho (Brasil), en “Interpretação dos Tratados Internacionais em Matéria Tributária: Doutrina e prática na América Latina”, considera que el modelo ILADT, al igual que el modelo OCDE y el modelo ONU, debe contar con una cláusula dedicada a dirimir conflictos interpretativos, que permita convergencia a nivel latinoamericano en la comprensión de sus términos. En vista de que el uso de los Comentarios al Modelo OCDE como elemento de interpretación muchas veces es visto con desconfianza, el Modelo ILADT podría suplir dicha laguna, además de que debe ser objetivo del prototipo esmerarse en la confección de definiciones, a fin de dejar como último recurso el reenvío al Derecho interno como forma de interpretación.

En el artículo “La función complementaria de la legislación interna en el proceso de aplicación de un convenio para evitar la doble imposición internacional”, Cecilia Delgado Ratto (Perú) usa el caso del establecimiento permanente para analizar los problemas de interpretación derivados de la coexistencia del derecho internacional y el derecho interno, en especial: conflictos derivados de a) términos y expresiones definidos solo en los CDI, b) términos y expresiones definidos solo en la legislación interna, y c) términos y expresiones definidos tanto en los CDI como en la legislación interna pero de forma diversa.

SECCIÓN TERCERA: LAS CLÁUSULAS DE DISTRIBUCIÓN DE POTESTAD TRIBUTARIA

Natalia Quiñones (Colombia) escribe sobre “Establecimiento permanente e imposición exclusiva de la empresa en el Estado de la fuente”. En su artículo menciona la necesidad de estructurar una noción de establecimiento permanente que permita el empleo eficiente y equitativo de la potestad tributaria del país frente a

las rentas empresariales. Señala que la propuesta del Modelo ILADT busca fortalecer la tributación en la fuente a través de la figura del establecimiento permanente. A más de ampliar su definición, se debe clarificar las reglas, en lo que se refiere a determinar la existencia de un establecimiento permanente, como en las pautas de determinación de utilidades a dicho establecimiento. Menciona la conveniencia de adoptar el estándar *arm's length*⁷ para determinar utilidades a subsidiarias y establecimientos permanentes, manteniendo la analogía de precios de transferencia al momento de evaluar los ingresos atribuibles a tal emplazamiento.⁸

En el artículo “Neutralidad e imposición de las rentas pasivas”, Mario Tenore (Italia) analiza los distintos tipos de rentas pasivas (dividendos, intereses, cánones y ganancias de capital) y su tratamiento en los modelos OCDE y ONU, y se pregunta si existen razones válidas que permitan mantener tal grado de especificidad o unificar el régimen de tales rentas. Como propuesta, considera la posibilidad de prever dos disposiciones: una que contemple los dividendos y ganancias de participaciones sociales, y otra que se refiera a intereses y cánones, dentro de un sistema de tributación compartida, que sea atemperado en casos concretos.

Luciana Gambi (Brasil) trabaja la posible “Abolición del Impuesto de Renta retenido en la Fuente bajo una perspectiva latinoamericana” sobre transferencias internacionales de intereses, así como la adopción de un sistema automático y obligatorio de intercambio de información entre los países involucrados, idea tomada de la Directiva de la Unión Europea sobre tributación de los rendimientos provenientes de ahorros bajo la forma de intereses.⁹ Concluye que las dos propuestas deben marchar de manera conjunta para una implantación efectiva, y que el sistema de intercambio de información contendrá posibles casos de evasión fiscal en la región.

En “Imposición internacional a las rentas por dividendos, intereses y similares”, Andrés Blanco (Uruguay) comenta que el tratamiento innovador de las rentas pasivas en el Modelo multilateral ILADT. Afirma que “conservar la posibilidad de establecer impuestos a esas rentas en la fuente equivale a conservar una herramienta política para contrarrestar, siquiera en forma parcial, el efecto negativo de las balanzas de pago desfavorables”,¹⁰ y considera que mantener el criterio de la fuente

7. “para fines tributarios, las transacciones entre sujetos vinculados deben recibir el mismo tratamiento que hubiesen tenido de haber sido pactadas como entre partes independientes (principio de libre mercado, de libre competencia, de libre concurrencia o “arm's length”)", Centro Interamericano de Administraciones Tributarias, *Curso sobre precios de transferencia*, módulo I, Aspectos teóricos, (Panamá), CIAT, s.f., p. 5.

8. Addy Mazz y Pasquale Pistone, coords., *Reflexiones en torno a un Modelo Latinoamericano de Convenio de Doble Imposición*, p. 124.

9. Directiva del Consejo 2003/48/EC de 3 de junio de 2003 citada por la autora del artículo.

10. Addy Mazz y Pasquale Pistone, coords., *Reflexiones en torno a un Modelo Latinoamericano de Convenio de Doble Imposición*, p. 152.

al tratamiento de estas rentas a nivel internacional es la única solución compatible con los intereses de los países de América Latina.

Sobre las “Rentas del trabajo dependiente, pensiones y rentas de la actividad artística y deportiva en el Modelo Latino-Americano”, Mario Tenore (Italia) considera que el modelo latinoamericano debería prever un único régimen para el tratamiento de dichos tipos de rentas. En el primer caso, se podría prever la tributación exclusiva en el Estado de la actividad, salvo las rentas derivadas de la actividad laboral de corta duración. En el segundo caso, el tratamiento será similar al previsto para rentas análogas en el modelo OCDE, tomando en cuenta ciertos problemas especiales. Para el caso de rentas provenientes de actividades artísticas y deportivas, opta por un reparto de la potestad impositiva análogo al de rentas del trabajo dependiente, en donde la tributación en el Estado de la fuente sería admitida sin que se requiera una duración mínima de exhibición.

SECCIÓN CUARTA: MECANISMOS CONTRA LA DOBLE IMPOSICIÓN Y CLÁUSULAS PROCEDIMENTALES

Por medio del trabajo conjunto denominado “La prevención en América Latina de la doble imposición internacional en la perspectiva de la redacción de un tratado modelado”, Jacques Malherbe, Edoardo Traversa, Isabelle Richelle y Carolina Cañón Bohórquez (Bélgica/Italia/Colombia) se refieren a las ventajas y desventajas de los métodos para evitar la doble imposición (exención y crédito) aplicados en los países de América Latina. Abordan la importancia del principio de territorialidad contenido en la Decisión 578 de la Comunidad Andina y analizan las tendencias actuales de los países latinoamericanos, entre los cuales dedican una parte a los CDI celebrados por el Ecuador.¹¹

Álvaro Villegas Aldazosa (Bolivia), en “Consideraciones sobre el Tax Sparring”, tomando en cuenta la importancia del *tax sparing*¹² en América Latina, analiza las razones por las cuales algunos países han logrado incluir una cláusula de *tax sparing* en sus CDI y otros países no lo han hecho. Comenta que las cláusulas de *tax sparing*

11. *Ibid.*, pp. 174-175.

12. La cláusula *tax sparing* permite que el contribuyente se deduzca no solo los impuestos efectivamente pagados en el país receptor de la inversión sino, también, el impuesto que debió pagar y no pagó, sea por medidas de política económica o por la exención o reducción que el país subdesarrollado establece con la finalidad de promover la inversión extranjera. Véase al respecto, César Montaña Galarza, *Manual de Derecho tributario internacional*, Quito, Corporación Editora Nacional/UASB, 2006, p. 150.

o *matching credit*¹³ deberían reconocerse como importantes instrumentos de política fiscal, y que deben ser incluidas en el modelo de convenio latinoamericano.

Mediante el trabajo titulado “La realización de un eficiente sistema de intercambio de informaciones y asistencia en la recaudación de los impuestos”, Natalia Quiñones (Colombia) resalta la importancia del intercambio de información en el Derecho tributario internacional actual, con la finalidad de conseguir transparencia en las transacciones internacionales, cooperación internacional en el recaudo y también, control de la evasión para el país de residencia de los beneficiarios de dividendos, intereses y regalías. Comenta sobre el aumento vertiginoso de acuerdos de intercambio de información entre administraciones tributarias (TIEA) celebrados en los últimos años, los estándares establecidos por la OCDE para el intercambio de información y el objetivo de implementar procesos eficientes de intercambio entre las administraciones tributarias.

Juan Manuel Albacete (Uruguay), en el artículo sobre “Intercambio de información entre administraciones tributarias (art. 26 del modelo OCDE)”, hace un análisis de la evolución del instituto del intercambio de información y su significado, sobre todo tomando en cuenta el punto de vista de Uruguay, que fue incluido en la lista de países que “no se han comprometido en la implementación de los estándares impositivos acordados internacionalmente”, contenida en el Reporte de la OCDE de 2 de abril de 2009.

SECCIÓN QUINTA: PERSPECTIVAS FUTURAS Y NUEVOS DESAFÍOS

En “Sobre un modelo de convenio de doble imposición para América Latina. Comentarios críticos”, Ana María Pita Grandal (España) se pregunta si tiene sentido que los países de América Latina celebren CDI en los que la cláusula de intercambio de información es el objetivo más importante, acojan, además, la residencia como criterio de sujeción. Piensa que para los países en vías de desarrollo la renta que obtienen sus residentes en el extranjero es muy poco relevante, y su localización es demasiado costosa. Señala que “si los países desarrollados pretenden obtener información que pueda ser útil para localizar la riqueza generada en su territorio y no declarada, deberían ser más generosos y admitir que en los tiempos actua-

13. “el país de residencia consigue un crédito fiscal por una cantidad alzada o por un porcentaje más alto que el tipo tributario efectivo que hubiera gravado la renta en el país de su origen o del tipo que el tratado de no doble imposición establezca como límite de gravamen”. Véase, César Montaña Galarza, *Manual de Derecho tributario internacional*, p. 154.

les carece de toda lógica pretender gravar una riqueza que se ha producido en un territorio extranjero”.¹⁴

Antonio Hugo Figueroa (Argentina), en su “Proyecto de Tratado tributario bilateral para evitar la doble imposición internacional”, presenta el proyecto de Modelo ILADT y realiza algunos comentarios sobre la manera como fue elaborado. Acompaña al documento aclaraciones y comentarios.

SECCIÓN SEXTA: ALGUNAS OPINIONES SOBRE TEMAS DE FISCALIDAD INTERNACIONAL

La sexta parte del libro contiene las opiniones de tres expertos internacionales de fiscalidad: Yariv Brauner (EE.UU.): “Perspectivas sobre el esfuerzo para concluir un tratado multilateral para América Latina”; Luís Eduardo Schoueri (Brasil) “Las limitaciones decurrentes de la tributación mundial de la renta y la adopción de la territorialidad”; Danil V. Vinnitskiy (Rusia): “The objectives of international fiscal policy of the states Net exporters of capital in the Russian conventions of double taxation”.

CONSIDERACIONES FINALES

Al ser un aporte a la doctrina tributaria internacional a nivel latinoamericano, me preocupa que las referencias a la situación del Ecuador en temas de fiscalidad internacional, en general, y los CDI de manera específica, sean mínimas en este libro, aunque considero que el análisis comparativo sobre CDI en los países latinoamericanos, que permita profundizar en sus similitudes y diferencias, se lo tratará en las próximas Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario a celebrarse en Santiago de Compostela, España, en septiembre de este año.

Finalmente, esta obra debería ser punto de partida para varios trabajos académicos que se propongan investigar el efecto del Modelo multilateral de convenio propuesto por el ILADT con relación al Ecuador, y sobre todo, a fin de analizar su relación con el actual Modelo de CDI ecuatoriano. Salvo honrosas excepciones, la fiscalidad internacional y sus principales temas son cuestiones relativamente nuevas (en cuanto a desarrollo normativo y aplicabilidad) a nivel nacional, que requieren del esfuerzo conjunto de académicos, funcionarios de la administración tributaria y tributaristas, que permita el acercamiento del ciudadano y del empresario a uno de los grandes campos problemáticos de nuestro tiempo.

14. Addy Mazz y Pasquale Pistone, coords., *Reflexiones en torno a un Modelo Latinoamericano de Convenio de Doble Imposición*, p. 234.