

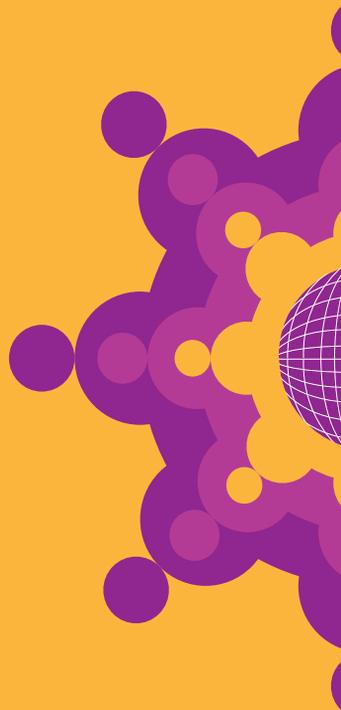


ESTUDIOS JURÍDICOS 35

ESTADO, DERECHO Y ECONOMÍA

*Agustín Grijalva,
María Elena Jara y
Dunia Martínez, editores*

Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador
Corporación Editora Nacional



ESTADO, DERECHO Y ECONOMÍA

SERIE
Estudios Jurídicos

35



**UNIVERSIDAD ANDINA
SIMÓN BOLÍVAR**
Ecuador

Toledo N22-80

Apartado postal: 17-12-569 • Quito, Ecuador

Teléfonos: (593 2) 322 8085, 299 3600 • Fax: (593 2) 322 8426

www.uasb.edu.ec • uasb@uasb.edu.ec

**Agustín Grijalva, María Elena Jara
y Dunia Martínez**
EDITORES

V. Uckmar, R. Asorey, C. Billardi, C. A. Simone, A. Grijalva,
R. Valpuesta, F. Oliva, A. Porras, H. Ocampo, M. E. Jara, P. Cerski,
A. Acosta, C. Storini y C. Montaña Galarza

ESTADO, DERECHO Y ECONOMÍA

**SERIE
ESTUDIOS JURÍDICOS
Volumen 35**



**CORPORACIÓN
EDITORIA NACIONAL**

QUITO, 2013

Primera edición:

ISBN Corporación Editora Nacional: 978-9978-84-667-4

Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador: 978-9978-19-577-2

Derechos de autor: 042159 • Depósito legal: 004965

Impreso en Ecuador, septiembre de 2013

© **Corporación Editora Nacional**, Roca E9-59 y Tamayo

Apartado postal: 17-12-886 • Quito, Ecuador

Teléfonos: (593 2) 255 4358, 255 4558, 255 4658 • Fax: ext. 12

www.cenlibrosecuador.org • cen@cenlibrosecuador.org

Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, Toledo N22-80

Apartado postal: 17-12-569 • Quito, Ecuador

Teléfonos: (593 2) 322 8085, 299 3600 • Fax: (593 2) 322 8426

www.uasb.edu.ec • uasb@uasb.edu.ec

Supervisión editorial y diagramación: Jorge Ortega • Corrección de textos: Fernando Balseca • Diseño de cubierta: Raúl Yépez • Impresión: Ediciones Fausto Reinoso, Av. Rumipamba E1-35 y 10 de Agosto, of. 203, Quito.

La versión original de texto que aparece en este libro fue sometida a un proceso de revisión de pares ciegos, conforme a las normas de publicación de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, y de esta editorial.

CONTENIDO

Presentación	9
I. POLÍTICA FISCAL	11
Equilibrio en la fiscalidad entre justo gasto y justo impuesto <i>Victor Uckmar</i>	13
Introducción a la política fiscal <i>Rubén O. Asorey</i>	21
Justo impuesto y fomento de la buena gobernanza en el ámbito fiscal <i>Cristian J. Billardi</i>	41
Política fiscal y redistribución del ingreso: una mirada desde el Derecho <i>Carmen Amalia Simone Lasso</i>	51
II. EMPRESA	75
La Constitución económica del Ecuador <i>Agustín Grijalva</i>	77
Nuevas visiones sobre la empresa: la responsabilidad social corporativa. La experiencia europea <i>Rosario Valpuesta Fernández</i>	101

A vueltas con el concepto de empresa: la empresa comunitaria y la empresa pública	121
<i>Francisco Oliva Blázquez</i>	
Constitución económica y responsabilidad social de las empresas	159
<i>Angélica Porras Velasco</i>	
Mercado empresarial, instituciones y costos de transacción: un análisis del caso ecuatoriano	173
<i>Heidy Paola Ocampo Meneses</i>	
Fundamentos constitucionales de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado	197
<i>María Elena Jara</i>	
III. AMBIENTE	229
Cambio climático e iniciativas institucionales en los países amazónicos	231
<i>Paula Cerski Lavratti</i>	
Los derechos de la naturaleza: una lectura sobre el derecho a la existencia	255
<i>Alberto Acosta</i>	
IV. INTEGRACIÓN	283
Integración y constituciones nacionales	285
<i>Claudia Storini</i>	
Constitución económica ecuatoriana, integración y libre comercio	309
<i>César Montaña Galarza</i>	
Los autores	335

*A la memoria de
Rosario Valpuesta Fernández.*

PRESENTACIÓN

La actual crisis económica global conlleva, sin duda, profundas transformaciones institucionales a nivel internacional y nacional. La Constitución ecuatoriana de 2008 y las políticas económicas del actual gobierno plantean importantes cuestionamientos sobre los nuevos roles del Estado y el Derecho en la economía. En este contexto, la Universidad Andina presenta esta obra, que recoge la mayor parte de los ensayos cruciales presentados durante la IV Conferencia Internacional de Derecho Económico, llevada a cabo en esta universidad.

Desde hace más de una década, la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, ha venido organizando conferencias internacionales de Derecho Económico, las cuales en cada ocasión han generado un espacio de debate académico de alto nivel sobre problemas jurídicos y económicos de gran actualidad como el papel del Estado, de la empresa, el comercio internacional y la tecnología.

La presente obra recoge temas clave cuya discusión académica resulta urgente y de especial trascendencia para el presente y futuro del país. Estos temas se refieren a la política fiscal, la responsabilidad social de la empresa, la crisis ambiental y los desafíos de la integración.

En materia fiscal, el énfasis en el desarrollo de la producción nacional y el mercado interno presentan el desafío de orientar el ingreso y el gasto público de forma coherente, de manera que se compatibilicen la redistribución del ingreso y el fomento a la inversión productiva. Estas políticas, rebasan por tanto una concepción limitada al aumento de la recaudación, en tanto afectan directamente variables clave del sistema económico, condicionando las perspectivas de desarrollo del país.

En cuanto a la empresa en sus modalidades privada, pública y comunitaria es necesario dilucidar cómo esta responde a su responsabilidad social. La empresa, como organización necesaria para cualquier proceso productivo, constituye una institución cuyas complejidades jurídico-económicas y cuyas relaciones con el Estado resulta indispensable discutir a efectos de entender y desarrollar la dimensión social de la misma, superando prejuicios y asumiendo responsabilidades.

La problemática ambiental integró el tercer eje de la Conferencia. El ambiente es una variable inherente a los procesos económicos. El calentamiento global, en particular, implica graves riesgos que pueden alterar drásticamente la actividad económica. Es indispensable entonces discutir la institucionalidad que pueda responder a esta situación. La transición de la Conferencia de Kyoto a la de Copenhague, en particular, presenta un marco adecuado para este análisis.

Finalmente, en un contexto de globalización económica, los procesos de integración adquieren especial relevancia. El resurgimiento del concepto de soberanía en las políticas económicas debe llevar a reflexionar sobre sus relaciones con la naturaleza supranacional propia del cualquier proceso de integración, así como sobre las necesidades objetivas de participación competitiva del Ecuador en la economía mundial.

Agustín Grijalva
Secretario general de la Cuarta Conferencia Internacional
de Derecho Económico

I

POLÍTICA FISCAL

EQUILIBRIO EN LA FISCALIDAD ENTRE JUSTO GASTO Y JUSTO IMPUESTO

Victor Uckmar¹

1. Puede decirse que las Constituciones de los estados democráticos establecen como fundamento de los ordenamientos tributarios los siguientes principios:

- a) Los tributos pueden ser aplicados solamente en virtud de una ley. En varios estados, esta ley debe emanar según un procedimiento particular y debe renovarse anualmente (principio de legalidad);
- b) Frente a las cargas fiscales, todos los contribuyentes deben estar en un plano de igualdad (principio de la igualdad), entendida como:
 - generalidad de uniformidad de la imposición,
 - abolición de todo privilegio y discriminación (igualdad jurídica),
 - repartición de las imposiciones basada en la capacidad económica de los contribuyentes, con tendencia a introducir en los sistemas fiscales imposiciones personales con alícuota progresiva;
- c) En los estados donde existe una autonomía tributaria de los entes locales, estos deben ejercer su potestad tributaria dentro de los límites de la Constitución, sin obstaculizar el libre comercio interno o externo (principio de competencia).

Resulta importante evidenciar –debido en gran parte al fenómeno de “la trans migración del derecho”– cómo se ha dado una coincidencia histórica en el acogimiento de algunos de estos principios antes enunciados. En primer lugar, con origen –o al menos con plena aplicación– en Inglaterra, se condicionó la introducción de los tributos al consenso de los órganos representativos de los contribuyentes. Con la Revolución francesa se proclamó la abolición de todo privilegio de clase, raza y religión, también en el campo tributario. Con posterioridad, debido a las nuevas exigencias sociales, se afirmó la necesidad de que las cargas tributarias se correspondan a la capacidad económica de los particulares.

1. Director del Centro Ricerche Tributarie dell'Impresa (CERTI - Bocconi de Milano).

Como bien señala García Novoa,² ha sido la dogmática alemana la que con mayor claridad ha vinculado el principio de seguridad jurídica a la idea de Estado de Derecho y a las notas definitorias de la regla del Rechtsstaat. Esta regla o principio se edificó en la Ley Fundamental de Bonn de 1949 sobre sólidos fundamentos éticos, con la pretensión de conjurar definitivamente los peligros a los que el exceso de positivismo constitucional había conducido en la reciente historia alemana. Tal fue así, que Kern entendió que la vigente Constitución alemana supuso un cambio de un Estado puramente legal a un Estado de Derecho material, donde, frente al mero positivismo, prevalecerían los valores superiores del ordenamiento.

El principal punto de apoyo de esta evolución del Estado alemán de Derecho se basa en la cláusula constitucional del artículo 20.3 de la Grundgesetz, según el cual “el poder legislativo estará vinculado al orden constitucional y el poder ejecutivo y el poder judicial estarán sujetos a la ley y al Derecho”.³ Este precepto resume las pretensiones de la Constitución alemana de establecer un orden jurídico donde el poder no solo se organice a través de medios jurídicos regidos por el principio de primacía de la ley –sujeción al orden constitucional y a la ley de todos los poderes–, sino que, en palabras de Weber-Fas, a través de la Constitución, se proclame la primacía del Derecho. Se trataría, en suma, de sustancializar la legalidad a través del llamado Wertgewicht, o poder de los valores, y con base en esta sustancialización, poder definir una regla de constitucionalidad de la legalidad ordinaria.

La seguridad jurídica, frente al poder legislativo y a la administración pública, y la tutela jurisdiccional están en la base de un ordenamiento tributario democrático y son, a su vez, condición necesaria para el desarrollo económico respecto de las inversiones extranjeras: para este fin deben ser adoptadas disposiciones aptas, como la *tax competition*, que pueden aplicarse incluso por medio de la estipulación de convenciones que tienen por objeto evitar la doble imposición y el fraude fiscal.

Solo en estos últimos años se ha reactivado la estipulación de dichas convenciones por parte de algunos estados latinoamericanos. Colombia, Perú y Costa Rica han encaminado tratativas con los Estados Unidos y con España, en parte sobre la base del modelo OCDE: es el primer paso para hacer comprender que un país es favorable a las inversiones extranjeras.

Desde hace tiempo están en curso tratativas entre Brasil con los Estados Unidos y Alemania, pero la conclusión está condicionada por la inclusión del *sparing clause*, que ha sido siempre un anatema para los Estados Unidos.

Siempre refiriéndonos a América Latina, Italia ha suscrito convenciones para evitar la doble imposición solo con México, Argentina y Brasil. Aunque estas dos

2. César García Novoa, *El principio de seguridad jurídica en materia tributaria*, Madrid, Marcial Pons, 2000, p. 29.
3. Artículo 20.3 GG: “Die Gesetzgebung ist an die verfassungsmässige Ordnung, die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung sind an Gesetz und Recht gebunden”.

últimas no forman parte de la OCDE, se ha adoptado de todas formas su modelo como base.

La laguna que comporta la falta de convenciones con otros países de la región tiene graves obstáculos para el desarrollo de las relaciones económicas, particularmente con Italia, dado que en virtud del No. 10, artículo 110, texto único de los impuestos directos, la administración financiera italiana puede desconocer la deducción de gastos soportados por las empresas residentes en Italia para la adquisición de bienes o de servicios provistos por empresas establecidas en países con los cuales no se encuentra vigente un contrato que prevea el intercambio de informaciones (como es el caso de Ecuador).

2. En los últimos cincuenta años, los efectos de la globalización han determinado grandes desarrollos económicos para algunos países (piénsese en China, India y Rusia); para otros, en cambio, han implicado graves consecuencias negativas, particularmente en aquellos países que no son competitivos por sus precios o por la fuga de actividades productivas, con costos, especialmente altos para la mano de obra, lo que ha llevado a mayores intervenciones por parte del Estado para afrontar el aumento de la desocupación y las mayores necesidades de asistencia social.

Asimismo se han incrementado los sectores de intervenciones públicas. Por ejemplo, en Italia, en donde la Constitución, además de las normas estrictamente relacionadas con el ordenamiento tributario (artículos 3, 23 y 53), incluye otras que tutelan a la familia, el trabajo, la salud, la educación, el ambiente y el ahorro. En todos estos el Estado debe intervenir recurriendo a las finanzas públicas.

Entre las inversiones que se realizan para intentar satisfacer las necesidades primarias de la población de los países en vías de desarrollo –entiendo que también esta situación se verifica en Ecuador– pueden enumerarse principalmente aquellas que tienen por objeto las familias sin vivienda y las que tienden a coadyuvar la reactivación de las actividades, especialmente de las pequeñas y medianas empresas. Para los primeros, evidentemente, es prioritaria la construcción de viviendas económicas que puedan ser asignadas en propiedad mediante una modesta contraprestación. Para la reactivación económica resultan fundamentales las intervenciones que puedan realizarse en el acceso al financiamiento, tal como la constitución de fondos mutuos como cobertura del riesgo de incumplimiento en el reembolso de préstamos con tasas de interés inferiores a aquellas normalmente aplicadas.

Mientras tanto, en todo el mundo se evidencia la necesidad de medidas tendientes a la protección del ambiente. Entre estas medidas generalmente se comprenden:

- la promoción de la eficiencia energética en todos los sectores;
- el desarrollo de las fuentes renovables para la producción de energía y de las tecnologías innovadoras para la reducción de las emisiones;

- la protección y extensión forestal para la absorción de las emisiones de carbono;
- la promoción de la agricultura sostenible;
- la limitación y reducción de las emisiones de metano de las descargas de desechos y de los otros sectores energéticos;
- la reducción de las emisiones de los otros gases para usos industriales y comerciales;
- las medidas fiscales apropiadas para desfavorecer la emisión de gases contaminantes.

A estas medidas se agregan los conocidos *mecanismos de flexibilidad*, el más utilizado de los cuales es el *emission trading* en cuanto permite la sustitución parcial de las medidas nacionales de reducción con la compra de emisiones potenciales en otros países.

Dentro de los instrumentos de política económica útiles para regular las elecciones en el futuro, pueden enumerarse las medidas fiscales tendientes a alcanzar los objetivos de política energética y ambiental. Dichas medidas han sido claramente indicadas entre las líneas-guía para el desarrollo del siglo XXI. Consecuentemente, en los compromisos adquiridos por países europeos se enumeran, entre otros, las “medidas fiscales para incentivar las energías renovables y las fuentes de bajas emisiones”, y en los compromisos nacionales italianos se establece que “las tarifas y las medidas fiscales deben priorizar la eficiencia y no estimular los consumos superfluos” y que “los usos energéticos de las biomásas, los carburantes y de los biocombustibles deben ser facilitados”.

Es evidente que las medidas fiscales de incentivo o de favorecimiento son inmediatamente recibidas por el mundo productivo y fácilmente “metabolizadas” por los sectores industriales interesados, conforme a los mecanismos de proyección y de realización de las distintas iniciativas.

La teoría de la imposición ambiental prevé, asimismo, según la elaboración “pigouviana”, ciertos mecanismos de penalización del impacto ambiental que sirven para afrontar los “costos sociales” de las actividades contaminantes, redimensionando así los costos globales de una actividad a los “verdaderos” costos que son sostenidos por el empresario y por la sociedad. Esta aproximación posee una influencia relevante sobre las cantidades producidas y consumidas y sobre el precio de venta. La teoría de Pigou, aplicada a la contaminación atmosférica, llevaría a prever una imposición de las emisiones contaminantes.

En este punto resulta necesario considerar que los productos energéticos son ya objeto de una fuerte imposición energética, a título de “accisa” en todos los países de la Unión Europea y en muchos otros. Tal imposición arriba a alícuotas específicas muy altas que oscilan entre el 200 y el 300% del costo industrial de las mercaderías. En este marco, ¿qué significado tendría una “relativamente pequeña” tasación ambiental, con valores equivalentes –por ejemplo– a un 20% de la impo-

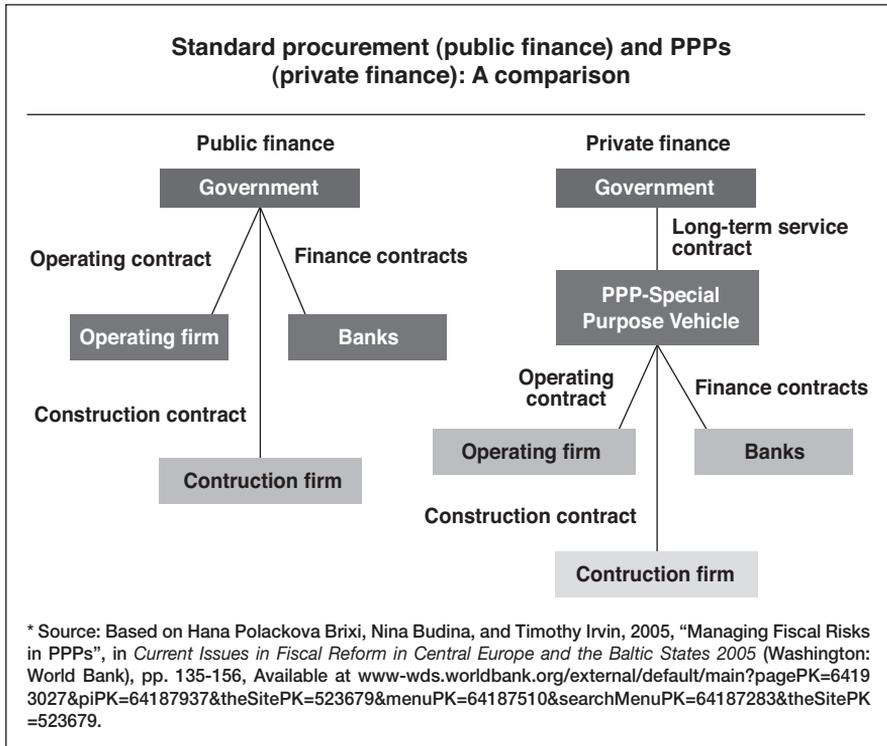
sición energética ya vigente? Si la finalidad fuese exclusivamente la de obtener ingresos específicos para destinarlos al financiamiento de acciones que premien o incentiven actividades ambientalmente válidas, se evidenciaría lo inoportuno de introducir un nuevo sistema impositivo, por lo que para dicho financiamiento debería recurrirse a una parte de la recaudación ya obtenida por los tributos energéticos.

En Italia, con la adopción de las leyes presupuestarias para los años 1998 y 1999, y sus respectivas normas reglamentarias, se ha adoptado el criterio de emplear la imposición también con la finalidad de proteger el ambiente contra agentes contaminantes específicos. Sobre la base del principio “quien consume paga”, inicialmente se ha tasado la contaminación derivada de las emisiones de CO₂ o de NOx y, por el mismo principio, se ha advertido la exigencia que viniesen tasadas también las emisiones de CO₂ derivadas de las fuentes energéticas contaminantes. En efecto, para la realización de tal proyecto existían dos posibles soluciones: introducir un adicional sobre la renta calculada sobre emisiones de CO₂, como ha sucedido para las otras emisiones responsables del fenómeno conocido como “lluvias ácidas”, o bien reacomodar las alícuotas de las accisas sobre los aceites minerales. Adhiriéndose a esta última posición, el artículo 8 de la ley 448 del 23 de diciembre de 1998 dispuso la reforma de las alícuotas de las accisas, considerando además a las emisiones de anhídrido carbónico causadas por cualquier fuente de emisión. No se trata de un tributo propiamente dicho, como podría ser por ejemplo un adicional ambiental o una tasación sobre las emisiones, sino más bien de reajustar las alícuotas ya existentes de las accisas sobre los productos energéticos, que se basan también sobre consideraciones de impacto ambiental derivado del efecto invernadero. No obstante, al menos en este período inicial, el balance es siempre deficitario por lo que resulta necesaria la intervención coadyuvante de las finanzas públicas.⁴

3. B. Akitoby, R. Hemming y G. Schwartz⁵ relevan que tradicionalmente las administraciones públicas han construido y mantenido las estructuras físicas, tales como calles, puertos y aeropuertos y redes de telecomunicaciones y de energía eléctrica. Sin la existencia de esta infraestructura, hubiese sido imposible el crecimiento de gran parte de la actividad económica. De hecho, el gasto por inversión en infraestructura ha sido una de las principales actividades de los gobiernos. Cabe asimismo señalar que en los últimos años el gasto público en infraestructura ha

4. La atención sobre los problemas climáticos, incluso de naturaleza fiscal, que debe afrontar América Latina, ha sido abordada con profundidad y amplitud por Nora Beatriz Lifschitz, “El derecho tributario ambiental y los principios constitucionales a la luz de constitucionalismo latinoamericano”, en *Las lecciones de derecho tributario inspirados por un maestro (E. González García)*, Bogotá, Universidad del Rosario / ICDT, 2010.
5. Bernardin Akitoby, Richard Hemming y Gerd Schwartz, “Public Investment and Public-Private Partnership”, en *Economic Issues*, vol. 40, Washington, International Monetary Fund. Disponible en: [<http://www.ebrd.com/downloads/legal/concessions/pppimf.pdf>], (acceso: 13-VIII-2012).

sufrido una disminución en todo el mundo respecto de su participación en el producto bruto interno (PBI) de cada país. Esta disminución se ha debido a numerosas razones, entre las que pueden destacarse la reducción de recursos, muchos de los cuales van destinados a la asistencia social y a la desocupación, y las mayores intervenciones privadas, especialmente en el sector de servicios. La reactivación podría llevarse a cabo también a través de *partnerships* entre los sectores público y privado según el siguiente esquema:



Sin embargo, para atraer a los privados, y especialmente interesar a las multinacionales en estas inversiones, no solo es necesario asegurar un sistema de derecho, sino también una seguridad *de hecho* para los inversores, y esto claramente interesa también a los aspectos fiscales.

Políticos con autoridad (como el profesor Giulio Tremonti, exministro de Economía italiano) sostienen que para impulsar el desarrollo es necesario agregar dinero público adicional, que se debe volcar en inversiones públicas en energía, ambiente e infraestructura. Las inversiones en estos sectores no pueden ser ope-

radas solo por el mercado, pero, para llevarlas a cabo, no siempre es necesario echar mano a los recursos públicos. En efecto, se puede operar también con capitales privados, pero es fundamental una sana gestión pública, la que a menudo evidencia cierta incertidumbre y contradicción cuando se refiere a la recaudación tributaria. Así, por ejemplo, ¿deben aumentarse los impuestos para crear mayores disponibilidades de gasto con la consecuente disminución de recursos destinados a la economía privada?, o bien, ¿debe operarse en sentido inverso? Examinando las direcciones tomadas por los países desarrollados, desde Estados Unidos a Inglaterra, Francia, Alemania, Italia y España, se constata que estas elecciones se alternan: es muy lejana la posibilidad de establecer una visión común.⁶ Pero no obstante esta constatación, al final siempre debe atenderse al control del equilibrio financiero entre justo gasto y justo impuesto.

BIBLIOGRAFÍA

- Akitoby, Bernardin, Richard Hemming y Gerd Schwartz,
“Public Investment and Public-Private Partnership”, en *Economic Issues*, vol. 40,
Washington, International Monetary Fund. Disponible en: [[http://www.ebrd.com/
downloads/legal/concessions/pppimf.pdf](http://www.ebrd.com/downloads/legal/concessions/pppimf.pdf)].
- Artículo 20.3 GG: “Die Gesetzgebung ist an die verfassungsmässige Ordnung, die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung sind an Gesetz und Recht gebunden”.
- García Noboa, César,
2000 *El principio de seguridad jurídica en materia tributaria*, Madrid, Marcial Pons.
- Lisfschitz, Nora Beatriz,
2010 “El derecho tributario ambiental y los principios constitucionales a la luz de constitucionalismo latinoamericano”, en *Las lecciones de derecho tributario inspirados por un maestro (E. González García)*, Bogotá, Universidad del Rosario / ICDT.
- “Sharing the pain”,
2010 en *Economist*, No. 71, marzo.

6. Increasing budget deficits and rising government debts are likely to entail fierce political battles— not least between taxpayers and public sector workers, se puede ver en “Sharing the pain”, en *Economist*, No. 71, marzo 2010.

INTRODUCCIÓN A LA POLÍTICA FISCAL

Rubén O. Asorey¹

EL CONCEPTO DE POLÍTICA FISCAL

No podemos iniciar el tratamiento del tema sin precisar, o al menos delimitar, el concepto de política fiscal. Debemos diferenciar tal concepto y su ubicación científica de su contenido que está marcado por las variaciones de la economía mundial y los cambios de las herramientas que se utilizan para accionar sobre aquella.

En general, se ha entendido a la política fiscal como la disciplina que estudia la determinación del plan, el tiempo y el procedimiento a seguir en la realización de los gastos públicos y en la obtención de los ingresos públicos.²

García Belsunce, cuando se refiere a la política fiscal, expresa que “tiene por objeto determinar los gastos públicos a realizarse y de los recursos a obtener para sufragar a aquellos, en circunstancias de tiempo y lugar determinados”.³

El primer aspecto que debemos precisar es que no nos referiremos a los distintos recursos del Estado sino, únicamente, a los ingresos tributarios. Desde esta óptica merece recordarse la definición de Reig para quien la política fiscal es “el conjunto de medidas para el ejercicio del poder del Estado en el logro de objetivos económicos mediante el uso adecuado de la tributación, en sus funciones de maximización del bienestar general de la población”.⁴

Cabe señalar finalmente que, desde el sistema tributario y de su administración, se debe considerar la política fiscal como un elemento del propio sistema tributario conjuntamente con el derecho tributario, la administración tributaria, y el

1. Profesor de Derecho Tributario de la Universidad Católica de Argentina.
2. Richard W. Lindholm, *Introducción a la política fiscal*, Biblioteca de la Ciencia Económica, vol. XIII, Madrid, Revista de Occidente, 1958, p. 1.
3. Horacio Garéa Belsunce, *Estudios financieros*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1966, p. 58.
4. Enrique Reig, *Sistema tributario y política fiscal*, Buenos Aires, Academia Nacional de Ciencias Económicas, 1975, p. 25.

comportamiento del contribuyente,⁵ ubicándola dentro de la política económica y atribuyéndole las funciones de determinar el monto del impuesto que se pretende recaudar, sobre qué sectores, de qué manera y con qué tributos. En síntesis, la política tributaria se expresa a través del sistema tributario.⁶

Recuerda Reig que la terminología francesa utilizada por Lauré o Barrere circunscribe el uso de la expresión fiscal a lo que se refiere a los impuestos, diferenciando Lauré la política fiscal de la política presupuestaria.⁷

En Argentina, la influencia francesa ha originado que la acepción de política fiscal se refiera al aspecto tributario, dejando la expresión política financiera cuando se incluyen los demás aspectos de las finanzas públicas.⁸ Ello no implica el reconocimiento natural a la interrelación que debe existir entre la política fiscal, presupuestaria y monetaria.

Desde los autores clásicos que se ocuparon del tema, fundamentalmente Hansen,⁹ hasta los más contemporáneos, muchas indagaciones se han efectuado, tanto por su contenido como por su ubicación en los estudios económicos y hacendísticos.

Así, a pesar de considerarse que la locución política fiscal es obvia en cuanto a su significado, un brillante autor argentino indaga el tema desde la óptica de la política en general, considerando que el concepto de política fiscal está determinado a su vez por el que se adopte de política en general. A través de tal camino epistemológico el referido estudioso demuestra los distintos enfoques que el análisis puede recibir, según el concepto de política que se tenga.¹⁰

La influencia de la política en la política fiscal fue también señalada por la OCDE, destacando que:

Las decisiones en materia fiscal no se toman en el vacío y están sujetas a restricciones determinadas políticamente. La política es importante porque la fiscalidad está inextricablemente unida a la naturaleza del Estado del bienestar, cuya configuración es un proceso fundamentalmente político. En definitiva, la economía política importa y, por ello, será necesario incluir la consideración de las restricciones políticas en el

5. Ángel Rubén Toninelli, *Tratado de tributación*, t. II, parte V, Buenos Aires, Administración Tributaria, 2004, p. 329.
6. Alfredo Lamagrande, *Tratado de tributación, política y economía tributaria*, t. II, Buenos Aires, Astrea, 2004, p. 379.
7. Enrique Reig, *Sistema tributario y política fiscal*, p. 24. Ver también Maurice Lauré, *Tratado de política fiscal*, Madrid, Ed. de Derecho Financiero, versión de *Traité de Politique Fiscale*, Presses Universitaires de France, 1960.
8. Enrique Reig, *Sistema tributario y política fiscal*, p. 25.
9. Alvin H. Hansen, *Política fiscal y ciclo económico*, México, Fondo de Cultura Económica, 1945.
10. Horacio G. Corti, *Derecho financiero*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1997, p. 397.

diseño técnico de los sistemas fiscales, con miras a sembrar expectativas de reformas duraderas en la región.¹¹

El contenido de la política fiscal ha sufrido las variaciones y contracción de la actuación estatal sobre la economía de la comunidad. Prueba de ello, como se ha señalado, ya se presentó en los siglos XVII y XVIII en los principados germánicos, donde tuvo singular importancia en la determinación de la productividad privada.¹²

Por cierto que tal amplitud fue rechazada por la concepción del Estado de las escuelas posteriores. En efecto, durante la vigencia de las escuelas clásicas de las finanzas públicas el papel de dichas finanzas era limitado.¹³

Dentro de tales escuelas se suele incluir a Ricardo y a sus predecesores como Stuart Mill y Marshall; prueba de ello es que en el campo de las finanzas públicas Einaudi y Griziotti omiten todo lo referente al gasto público, llegando ambos a calificar a la deuda pública como un recurso extraordinario de los gastos públicos.¹⁴

El estudio casi exclusivo de los impuestos, la proclamación de la neutralidad de la actividad financiera pública en las actividades económicas privadas y el equilibrio del presupuesto dejaban poco margen a la existencia de una política fiscal.¹⁵

Con el aporte keynesiano se revaloriza el papel de la política fiscal y surge su coordinación con la política monetaria.¹⁶

En efecto, con posterioridad a la depresión de los años treinta del siglo pasado, con la aparición de las ideas de John M. Keynes quedan consolidadas las oportunidades que “la economía ofrece a la acción del gobierno para restablecer el pleno empleo cuando este se quiebra, mediante medidas que denomina de política fiscal, relacionadas tanto con los gastos públicos como los impuestos”.¹⁷

Si bien en años posteriores se efectuaron importantes cuestionamientos a las ideas keynesianas a través de la Escuela de Chicago, llegándose al extremo del profesor Fridman de negar validez a la política fiscal y enfatizar el uso de la política

11. OECD, *Política fiscal y desarrollo en América Latina: en busca del vínculo. Resumen ejecutivo*, 2008.

12. Manuel de Juano, *Curso de finanzas y Derecho tributario*, t. III, Rosario, Molachino, 1964, p. 29.

13. Ver el desarrollo de esta evolución en Giuliani Fonrouge, *Derecho financiero*, actualizado por Susana C. Navarri y Rubén O. Asorey, t. I, Depalma, 2001, 9a. ed., pp. 13 y ss.; Mauricio Plazas Vega, *Derecho de la hacienda pública y Derecho tributario*, t. I, Bogotá, Temis, 2006, 2a. ed., pp. 10 y ss.

14. Luigi Einaudi, *Principios de hacienda pública*, Madrid, Aguilar, 1955, pp. 3 y ss.; Benvenuto Griziotti, *Principios de ciencias de las finanzas*, cap. II, Buenos Aires, Roque Depalma, 1959, pp. 53-70.

15. Sabatino A. Forino, *El desarrollo económico y la política fiscal*, Buenos Aires, Macchi, 1966, p. 7.

16. Ver la relación de la política fiscal con la monetaria y su separación en José Luis Raymond Bara, *Política fiscal y estabilidad económica en España*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales / Ministerio de Hacienda, 1973.

17. Enrique Reig, *Sistema tributario y política fiscal*, p. 22.

monetaria; la grave crisis que sufrió recientemente la economía mundial ha restablecido la vigencia de tales ideas.

La crisis mundial financiera del año 2008 no solo hizo resurgir las ideas keynesianas, sino que puso de moda ciertas ideas revisionistas keynesianas, como la de Hyman Minsky.

Sin duda que tales cambios, al igual que aquellas influencias que se produzcan en el futuro en las teorías económicas dominantes, como por ejemplo la denominada economía del comportamiento (corriente behavioral), propondrán nuevos contenidos a la política fiscal.

UBICACIÓN CIENTÍFICA DE LA POLÍTICA FISCAL

Para precisar las relaciones de la política fiscal con el Derecho tributario es conveniente indagar sobre su ubicación científica.

Como hemos señalado al referirnos a la política fiscal, nos estamos limitando al aspecto tributario dentro del más amplio espectro de la política financiera que incluye, entre otras facetas de las finanzas públicas: los gastos públicos, las deudas públicas y la política presupuestaria. A su vez, tal política financiera forma parte de la política económica.

Como reconoce Sainz de Bujanda, el encuadramiento de la política financiera, y por consiguiente de la política fiscal, dentro de la política económica inspira todo el pensamiento financiero contemporáneo.¹⁸

De manera que debemos ubicar la política fiscal, que se ocupa de las medidas tributarias adecuadas para el logro de los fines de la política económica general, como parte de la política financiera, y, a su vez esta última, dentro de la política económica.

Por otra parte es necesario conocer la relación de la política económica y por consiguiente de la política financiera y de la fiscal, con la economía política.

Sainz de Bujanda ha desarrollado el tema:

Conocidos los efectos que los gastos y los ingresos públicos provocan, cabe que «se interrogue» a la realidad financiera para conocer de ella otro aspecto, a saber: cómo deben configurarse los gastos y los ingresos para que sus efectos sean acordes con un repertorio de fines que se reputan convenientes... El conocimiento que así se adquiere ofrece un perfil distinto al que brinda la rama positiva –Economía financiera– a que antes nos hemos referido. Efectivamente, el objeto inmediato de conocimiento no son ya los efectos que la actividad financiera produce cuando se inserta en supuestos económicos de tipo general y abstracto, sino las medidas que en el manejo de los instru-

18. Fernando Sainz de Bujanda, *Sistema de Derecho financiero*, vol. I, Madrid, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1977, p. 297, nota 29.

mentos financieros deben adoptarse para que estos provoquen precisamente el tipo de efectos que se reputan deseables, en función de ciertas metas previamente elegidas... De este planteamiento derivan consecuencias trascendentales que sirven para caracterizar a la rama que ahora nos ocupa, distinguiéndola de la que antes examinamos. He aquí las más importantes:

1. La rama normativa no se plantea el problema de los efectos económicos de los gastos y los ingresos públicos en hipótesis rigurosamente abstractas, sino en supuestos definidos por la presencia de factores de índole social, política, psicológica, técnica y de otros mil tipos, que configuran, en concreto, situaciones históricas determinadas, sin cuya presencia los criterios operacionales no son susceptibles de determinarse.
2. El repertorio de criterios, inspiradores de las decisiones que hayan de adoptarse, se aglutina en torno al fin o fines que se persigan, lo que impide que aquellos puedan postularse como científicamente válidos para el logro de metas distintas.
3. Los fines que se persiguen –respecto a los cuales la política financiera señala los medios más idóneos– se determinan merced a juicios de valor realizados por los órganos a los que incumbe orientar y encauzar la actividad financiera.¹⁹

Por su parte el profesor Ferreiro Lapatza partiendo del análisis de las ciencias económicas identifica la ubicación de la política financiera expresando:

La ciencia económica puede dividirse en dos ramas, una positiva, a la que llamamos Economía política, y otra normativa, que conocemos con el nombre de Política económica.

Del mismo modo, la ciencia económica financiera, como parte de la ciencia económica general, puede ser abordada de dos modos. Primero «intentamos exponer –son palabras de Musgrave– las reglas y principios que sirven para una gestión eficiente de la economía pública. En otras palabras, determinamos el plan presupuestario óptimo sobre la base de las condiciones inicialmente definidas y vemos cómo puede ser llevado a cabo. A esto lo llamamos una teoría normativa de la economía pública” o, utilizando una expresión más frecuente entre nosotros, añadimos, Política financiera. La Política financiera es, pues, una ciencia normativa, una ciencia del “deber ser” económico financiero. Es, por tanto, una parte de la Política económica, rama normativa de la ciencia económica general. Y, así, podemos reservar el nombre de Economía financiera, en su estricto sentido, para la rama positiva de la ciencia económica financiera. La Economía financiera es una ciencia positiva, una ciencia que se preocupa de lo que es, no de lo que «debe ser»; una parte, en fin, de la Economía política como rama positiva de la ciencia económica general.²⁰

19. *Ibíd.*, pp. 173 y ss.

20. José Juan Ferreiro Lapatza, *Curso de Derecho financiero español*, Madrid, Marcial Pons, 1992, p. 29.

RELACIÓN DE LA POLÍTICA FISCAL CON EL DERECHO TRIBUTARIO

La política fiscal y la constitucionalización de las finanzas públicas

Al ser la política fiscal una rama normativa de la ciencia económica general, su relación con el elemento jurídico es parte de la natural integración de lo financiero dentro del mundo jurídico en general. En tal aspecto hace ya varias décadas que la doctrina viene pregonando la necesidad de la revitalización de la fundamentación constitucional, como premisa esencial para la comprensión del Derecho financiero y tributario.

Basta recordar los claros y ya históricos conceptos de Perfecto Yebra Martul Ortega en el prólogo a la edición española de la obra de Heinrich W. Kruse en el lejano 1978²¹ sobre la revitalización del Derecho financiero constitucional y su vaticinio en cuanto a que en el futuro cualquier evolución de la ciencia del Derecho financiero estaría muy vinculada al Derecho financiero constitucional.

Es suficiente ver los autores recordados por Martul Ortega, que destacan las vinculaciones constitucionales no solo de docentes de Derecho financiero, sino juristas en general, como Konrad, Myrbach-Rheninfeld, Mayer, Wacke, Kruse, Tipke y Vogel y la del propio Hensel, representantes de la irradiación en el pensamiento jurídico alemán de la vinculación y revitalización de la teoría financiera constitucional llevada a cabo en ese país, al igual que la corriente doctrinal dirigida a revitalizar el papel desempeñado por la preceptiva financiera constitucional que ya se había constatado en Italia, Portugal o España, en ese momento, con Uckmar, Liccardo, Braz Teixeira o Sainz de Bujanda.²²

En tal línea de pensamiento coincidimos con el citado prologuista, en cuanto a que, en una democracia delimitada constitucionalmente, el legislador, representante del pueblo y de la voluntad popular, no es absoluto y todopoderoso, “sino que está vinculado al ordenamiento constitucional y con ello al Derecho y a la Justicia, como elementos fundamentales aportados al Estado social de derecho”.²³ De forma tal que toda política fiscal se debe concretar dentro de la perspectiva financiera constitucional.

Como recientemente ha señalado César García Novoa, la profundización en el Estado democrático, y la consiguiente consagración de las normas constituciona-

21. Heinrich Wilhelm Kruse, *Derecho tributario. Parte general*, Madrid, Editorial de Derecho Financiero, 1978, 3a. ed., pp. 9 y ss.

22. *Ibíd.*, p. 19.

23. *Ibíd.*

les con “fuerza normativa”, ha propiciado la constitucionalización de la actividad financiera.

Recuerda el profesor español que “frente a esta idea de Constitución Financiera se erige otra con un sentido sustancial, legítima de un análisis constitucional del Derecho Financiero y que constituiría la base de lo que se ha denominado una cimentación constitucional del Derecho Financiero; un “fenómeno financiero constitucional”.²⁴

Estas normas a veces integran un segmento de la codificación constitucional dedicado específicamente a la materia económica financiera y otras veces se encuentran dispersas a través de la Constitución.

Para Andrés Gil Domínguez la secuencia lógica e histórica de las finanzas públicas está compuesta por tres etapas:

La primera consiste en la *juridización* de las finanzas públicas, o sea que la actividad financiera pública ya no puede hacerse más de cualquier manera, no se recauda ni se gasta de cualquier manera, sino que existen criterios jurídicos para determinar ingresos y erogaciones. La segunda etapa consiste en la *legalización* de la actividad financiera, es el Poder Legislativo dentro de la zona de reserva de ley, el que está exclusivamente habilitado para generar normas, pautas y criterios básicos a los que deben sujetarse los comportamientos erogatorios y recaudatorios. La última etapa consiste en la *constitucionalización* de la actividad financiera, esto significa que la actividad de generación jurídica que realice el órgano legislativo deberá hacerse dentro del marco supremo que postule la Constitución.²⁵

Cuando descendemos del amplio ámbito del derecho financiero al tributario no existe cambio alguno en relación a la constitucionalización que nos ocupa, siendo aplicables estos postulados en relación al tributo.

La política fiscal y la Constitución

Al seleccionar los fines la política fiscal deberá tener en consideración los valores del programa constitucional y los criterios operacionales deberán concretarse ajustados a los principios tributarios establecidos en la propia Constitución. Eso implica que la política fiscal se realizará a través del programa constitucional y no es factible concebir política fiscal alguna que desconozca los valores constitucionales, y los principios constitucionales aplicables a la materia.

24. César García Novoa, *El concepto de tributo*, Lima, Tax Editor, 2009, p. 97.

25. Andrés Gil Domínguez, *Constitución económica y derechos económicos, sociales y culturales*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2009, p. 108. Ver también Horacio G. Corti, “La actividad financiera desde la constitución”, en *Derecho financiero*, Buenos Aires, La Ley, 1995.

Partiendo de esta visión de la política fiscal, que ha sido denominada “hipótesis constitucionalista”²⁶ se deben tener en cuenta las normas, principios y valores constitucionales que son aplicables a las finanzas y la hacienda pública.²⁷

Hemos visto que se ha destacado la imposibilidad de considerar científicamente válidos los criterios que adopte la política fiscal, en razón que su selección se funda en juicios de valor que depende de los fines que se persigan.

Sin embargo, tal selección de objetivos y herramientas tributarias se debe realizar a través de la Constitución. La política fiscal no solo debe respetar la Constitución, sino que debe contribuir a su realización.

Uno de los aspectos más significativos es la aparición de nuevos paradigmas constitucionales en la región que incluyen principios como desarrollo humano, nivel de vida adecuado, ordenamiento ambiental, reconocimiento de derecho a los pueblos originarios, etc.

Existe un nuevo constitucionalismo en América Latina que

se caracteriza por reconocer ciudadanías plurales con base en la constatación de la existencia de sociedades pluriculturales lo que ha llevado al reconocimiento de diversas formas de organización del Estado que reconoce circunscripciones electorales para los pueblos indígenas y formas de organización del Estado como las entidades territoriales indígenas tanto en Colombia como en Bolivia y Ecuador.²⁸

En efecto, las nuevas constituciones en Venezuela, Ecuador y Bolivia, con sus virtudes y sus defectos, consagran el valor de la diversidad, la pluralidad y la heterogeneidad social.

Sin negar la importancia entre el derecho y la economía, y que existen ramas del derecho en las cuales las decisiones económicas influyen significativamente, es hora de comenzar a destacar la necesidad de la influencia que en el Derecho financiero deben tener otros campos que hacen que las finanzas públicas sean ámbito fértil para interrelaciones con las ciencias políticas, sociológicas, etc.

En un reciente e interesante trabajo, denominado sugestivamente “El derecho presupuestario a ser feliz”, se llega a enfatizar la felicidad como un valor en el ámbito del Derecho financiero, expresándose que:

sin embargo, enfocar a las finanzas públicas solo en su aspecto económico sería desconocer que estas se desarrollan en un ámbito interdisciplinario, donde se entrecruzan

26. Horacio G. Corti, *Derecho Financiero*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1997, p. 424.

27. Germán Bidart Campos, *Tratado elemental de derecho constitucional*, t. I, Buenos Aires, Ediar, 2001, p. 13; Andrés Gil Domínguez, *Constitución económica y derechos económicos, sociales y culturales*, p. 20.

28. Pedro Santana Rodríguez, “El proyecto del centroizquierda en América Latina”, en *América Latina en Movimiento*, Bogotá, ALAI, 2009. Disponible en: [<http://alainet.org/active/29194&lang=es>].

la economía y el derecho, además de las ciencias políticas, las ciencias contables, la administración e incluso la sociología... Entonces, inspirados por estas ideas, podremos responder cómo se inserta la actividad financiera pública y la presupuestaria en la Constitución, qué intersección existe entre esta y nuestros derechos y porqué el presupuesto público –desde su formulación, su aprobación o su ejecución– no puede condicionarlos.²⁹

Este análisis conceptual desde la óptica del Derecho financiero coincide con las evaluaciones sociológicas efectuadas a través del World Database of Happiness³⁰ o del New Economics Foundation³¹ donde se mide a los países a través de pautas como educación, desempeño ambiental, etc. Esto ha originado que ciertos países latinos, como Costa Rica, hayan sido ubicados en un nivel más alto que Estados Unidos en cuanto al valor felicidad y que se hayan convertido en países inmigrantes de grandes comunidades de angloparlantes jubilados.

Sin duda, todos estos aspectos deben ser receptados a los efectos de la aplicación de cualquier política fiscal contemporánea en relación a la determinación de la tributación a seleccionar o de los gastos públicos a realizar.

La política fiscal y el derecho tributario

Así como hemos visto que la política fiscal debe enmarcarse en la Constitución, es el derecho, y en particular el Derecho tributario, el que le permite cumplir con sus objetivos, a través del sistema tributario. En efecto, las herramientas del Derecho tributario facilitan la concreción de los fines seleccionados. Los instrumentos con que cuenta para tales efectos son los beneficios fiscales y los tributos. La utilización de estos instrumentos por parte del derecho tributario para realizar la política fiscal origina el siempre presente debate de la relación y presencia del principio de la capacidad contributiva en aquellos instrumentos que no tienen finalidad recaudatoria.

Bien se ha señalado que:

el problema reside en que el tributo, columna vertebral del Derecho Tributario, en su función esencial de aportar los medios necesarios para el cumplimiento de los fines del Estado, se basa en la capacidad contributiva de las personas llamadas a satisfacerlos (fin fiscal), en tanto que las medidas de promoción o incentivo constitucionalmente previstas, tanto si alientan como si desalientan, poco tienen que ver con la capacidad contributiva de las personas a quienes van dirigidas, pues se puede tener mucha

29. Elvira Hebe Balbo, “El derecho presupuestario a ser feliz”, en *Periódico Económico Tributario*, No. 434, 15 de enero de 2010, pp. 8 y ss.

30. Ver en: [<http://worlddatabaseofhappiness.eur.nl/>].

31. Ver en: [<http://www.neweconomics.org/>].

capacidad económica y estar muy incentivado por los beneficios fiscales ofrecidos por el Estado, y viceversa.³²

Por ello al estudiarse la utilización de los instrumentos tributarios para fines extrarrecaudatorios se debate sobre el concepto de tributos; los elementos que los diferencian, las características de los llamados “impuestos financieros o fiscales”, cuya finalidad principal es la de obtener recursos para la obtención y cobertura de los gastos públicos y de los llamados impuestos de ordenamiento económico o impuestos con fines no fiscales.³³

La presencia de esta problemática originó el análisis de diferentes cuestiones, como si era adecuado diferenciar a estos instrumentos en función de sus fines cuando ambos fines pueden encontrarse presente en un solo instrumento, si aquellos que no califican como recaudatorios deben denominarse tributos, cuál es el grado de presencia del principio de capacidad contributiva en los no recaudatorios, cuál es el fundamento y medida de la imposición cuando la finalidad no es recaudatoria, si deben denominarse tributos, cuál es el grado de presencia del principio de capacidad contributiva en los no recaudatorios, si debe existir en la legislación preceptos que le otorgue carácter secundario o esencial a la finalidad recaudatoria.

Estos aspectos, además de recibir un exhaustivo tratamiento doctrinario en Europa y Latinoamérica, fueron objeto de pronunciamiento en las XX Jornadas del ILADT celebradas en Génova en 2002,³⁴ donde se concluyó:

1. Que todo tributo cumple preferentemente fines fiscales y, en su caso, extrafiscales, no siempre fácilmente delimitables, por lo que cualquier conclusión sobre esta materia debe huir de rigideces o apriorismos, ya que estamos ante valoraciones que se mueven en el ámbito de las “cuestiones de grado”, tan difíciles de resolver en Derecho.
2. Que los beneficios fiscales son minoraciones incentivadoras basadas en razones ajenas al fundamento del tributo, que producen una dispensa total o parcial de la obligación tributaria. El empleo de beneficios fiscales se fundamenta en la causa final del Estado, es decir, en el bien común, entendido este como el conjunto de condiciones que favorecen el desarrollo de las personas en sociedad. Por lo tanto los beneficios fiscales no significan agravio consti-

32. Eusebio González García, *XXI Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario*, vol. I, parte I, Barcelona, 2002.

33. Eusebio González, “La utilización de los instrumentos tributarios para fines de política económica”, en *Derecho tributario*, t. V, Buenos Aires, 1992, p. 333. Ver sobre el tema, Lucy Cruz de Quiñones, dir., *Lecciones de Derecho tributario inspiradas por un maestro*, t. I, Bogotá, Universidad del Rosario, 2010; Juan Enrique Varona Alabern, *Extrafiscalidad y justicia tributaria*, Madrid / Barcelona / Buenos Aires, Marcial Pons, 2009, p. 181.

34. Ver en: [<http://www.iladt.org/>].

tucional, siempre que estén fundados en otros principios o derechos de igual rango jurídico.

3. Que el respeto al principio de capacidad contributiva constituye un elemento esencial en la relación jurídica tributaria y opera como límite al poder del Estado, en tanto plasma el principio de igualdad en el campo del derecho tributario, de manera que no constituye violación de dicho principio el que se establezcan normas que otorguen un tratamiento diferente o más beneficioso a determinados sectores o personas, siempre que ello encuentre fundamento en la normativa constitucional y responda a criterios de justicia.
4. Que la utilización de los beneficios fiscales como instrumentos de desarrollo económico está prevista en algunas constituciones latinoamericanas y en todos los ordenamientos jurídicos contemplados, de suerte que formando parte el ordenamiento tributario del universo jurídico, es imposible excluir este ordenamiento del cumplimiento de los fines del Estado constitucionalmente previstos. Sin embargo, se ha observado, a través de trabajos realizados en los últimos quince años, que los beneficios tributarios incentivos no han sido el camino más idóneo para incidir significativamente en el proceso de desarrollo sostenido.
5. Que en la configuración y aplicación de los beneficios fiscales pueden cometerse excesos y arbitrariedades, que suponen no solo un abuso en la utilización de esos instrumentos jurídicos, sino el quebranto de los principios de generalidad, igualdad, capacidad contributiva y suficiencia financiera, que en ocasiones han dado lugar a la evasión y fraude fiscales.
6. Que sea cual fuese la opinión que se tenga sobre la bondad y eficiencia de los beneficios fiscales como instrumentos al servicio del desarrollo económico, ello en nada puede disminuir los esfuerzos dirigidos a mejorar la estructura interna de los distintos sistemas tributarios, así como la armonía y no discriminación de trato exigibles en los ámbitos supranacionales.

Como consecuencia, de lo precedente se recomendó:

1. Que la finalidad esencial del tributo es la recaudatoria, sin perjuicio de que junto con ella puedan perseguirse otros fines que encuentran apoyo en el ordenamiento jurídico. Es indispensable, pero no suficiente, que el fin perseguido encuentre apoyo en el ordenamiento jurídico y que ese fin no perturbe el sentido de justicia presente en todo tributo.
2. Que en la medida en que los beneficios fiscales pretendan objetivos económico-sociales directamente relacionados con el desarrollo económico o una más equitativa redistribución de la renta, no pueden ser incompatibles con el principio de capacidad contributiva, pues aunque distribución de la renta y distribución de las cargas fiscales son operaciones sustancialmente distintas, una equitativa distribución de las cargas fiscales puede ser el camino utilizado por el legislador para favorecer la equitativa distribución de la riqueza.

3. Que el establecimiento de beneficios fiscales, que en principio debe hacerse por ley, responda a la consecución de fines extrafiscales, de carácter económico o social, con el propósito de incentivar la realización de determinados comportamientos considerados deseables por el legislador.
4. Que, admitido que el tributo puede tener fines fiscales y extrafiscales, la extrafiscalidad debe estar sujeta a los siguientes límites:
 - a) temporales, en el sentido de limitar su duración, que a su vez constituya una garantía de aplicación;
 - b) de selectividad rigurosa;
 - c) cuantitativos, a fin de contribuir a su necesaria presupuestación y transparencia;
 - d) mediante evaluación y control permanente, con publicación;
 - e) de coordinación entre los diversos niveles de gobierno.

Como puede observarse, estas recomendaciones tienen una fuerte impronta sobre la vigencia del principio de capacidad contributiva.

Sin embargo, debemos tener en consideración que este principio de capacidad contributiva que resulta primordial en la instrumentación y aplicación del tributo recaudatorio, no es excluyente de la aplicación de otros principios aun dentro de los llamados tributos financieros.

La política fiscal y la justicia tributaria

Se ha considerado que podría existir una justicia tributaria basada en la capacidad contributiva y dirigida a presidir el reparto de los gastos públicos y una justicia extrafiscal dirigida a presidir el reparto de los gastos fiscales.³⁵

La justicia tributaria –como ha señalado destacada doctrina– desde la antigüedad hasta nuestros días, dio lugar a innumerables debates a tal punto que un autor de la importancia de Kelsen dijo:

Ninguna otra cuestión se ha debatido tan apasionadamente, ninguna otra cuestión ha hecho derramar tanta sangre y tantas lágrimas, ninguna otra cuestión ha sido objeto de tanta reflexión para los pensadores más ilustres, de Platón a Kant. Y, sin embargo, la pregunta sigue sin respuesta. Parece una de esas cuestiones que la sabiduría se ha resignado a no poder contestar de modo definitivo y que solo pueden ser replanteadas.³⁶

En nuestra opinión la justicia tributaria debe ser entendida a la luz de los postulados constitucionales y por consiguiente debe entenderse como el cumplimiento

35. Eusebio González García, *XXI Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario*, p. 7.

36. Hans Kelsen, *Qué es la Justicia*, Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba / Dirección General de Publicaciones, 1966.

de los valores del paradigma constitucional, a través del respeto de los principios constitucionales.³⁷

En la estructuración del sistema fiscal, y en particular de los tributos, al igual que de su aplicación, el sistema tributario debe tener en consideración tanto el principio estelar de capacidad contributiva al igual que los restantes principios que permiten el cumplimiento de los fines constitucionales.

Tradicionalmente se entendía que aquellos tributos que no tenían finalidad recaudatoria solían tener fines de política económica. Sin embargo, el cambio de paradigma constitucional hace que tales tributos puedan tener los más diversos fines.

Las políticas fiscales en América Latina

Así como existieron desde antigua data estudios sobre política fiscal realizados en los países desarrollados, cabe recordar en América Latina el Programa Conjunto de Tributación para América Latina inicialmente dirigido por la OEA, el BID y la CEPAL y luego por la OEA y BID, bajo la denominación de Programa de Finanzas Públicas de la OEA.

Asimismo, se produjeron estudios específicos referidos a los distintos países, como el Shoup para Venezuela y Colombia, el de Taylor para Panamá y Perú, y el de Surray y Oldman para Argentina.

En la década de 1970 los estudiosos de la materia ya señalaban la particular circunstancia de que estos estudios efectuados en el plano de la política fiscal se basaban en los problemas suscitados en países altamente desarrollados de los que no eran nacionales o donde no residían los estudiosos que los analizaban y que las características particulares de los países en proceso de desarrollo como los latinoamericanos requerían en muchos casos soluciones particulares.³⁸

Se ha señalado que:

las reservas fiscales de los ochenta y los noventa han producido importantes avances y generando resultados positivos en América Latina, donde muchos de los gobiernos siguen intentando mejorar sus resultados a la hora de fortalecer la eficiencia fiscal y fomentar la equidad socioeconómica. Reformas exitosas en el fortalecimiento de las instituciones fiscales incluyen la introducción de nuevas reglas para controlar el déficit público, nuevas leyes de responsabilidad fiscal y medidas para mejorar la transparencia.³⁹

37. Ver sobre el tema Rubén O. Asorey, “Justicia constitucional y tributación: ‘Parrhesía fiscal’ ”, en *Foros y debates*, en base a la conferencia dada por el autor en Cartagena en febrero de 2010.

38. Ver antecedentes del tema en Enrique Reig, *Sistema tributario y política fiscal*, p. 42.

39. Ver en: [www.ocde.org].

Sin embargo, algunas de estas mejoras en materia de eficiencia fiscal y control del déficit público son productos y/o originan regímenes fiscales regresivos, según veremos en el punto siguiente.

Repensando la política fiscal.

En búsqueda de la democratización fiscal en Latinoamérica

Cualquier análisis de la política fiscal en Latinoamérica no puede omitir las características regresivas en cuanto a la tributación y la gran incidencia de los impuestos indirectos que afectan a los sectores más pobres y vulnerables de la sociedad.

Hemos identificado a la política fiscal como una ciencia normativa del deber ser.

Cuando Foucault analiza la indagación jurídica como forma de obtener la verdad, entiende que la indagación no es en absoluto un contenido, sino una forma de saber, situada en la conjunción de un tipo de poder y ciertos contenidos de conocimiento.⁴⁰ Si la indagación es una forma de “saber-poder”, el análisis de este tipo de formas es lo que nos conducirá al análisis más estricto de las relaciones que existen entre los conflictos de conocimiento y las determinaciones económicas-políticas.

Por ello debemos analizar las determinaciones económicas-políticas que pueden influir en la modificación de esta disciplina normativa.

Lo notable es que tales aspectos son señalados tanto por los economistas de la OCDE y del BID, al igual que por los representantes de la izquierda latinoamericana actual, quienes expresan que, si bien la región logró disminuir los niveles de pobreza, no ha avanzado frente a un asunto mucho más difícil que es la reducción en la desigualdad de los ingresos y oportunidades.

En efecto, Santiago Levy, economista del BID, señaló que si bien la región logró disminuir los niveles de pobreza, no ha hecho nada frente a un asunto mucho más difícil como la reducción en la desigualdad de ingresos y oportunidades.⁴¹

Igualmente, Javier Santiso, economista jefe de la OCDE, al señalar también las deficiencias redistributivas de la región, destacó que el hecho de que no se hubiera hecho frente a este problema de utilizar la política fiscal como una herramienta de desarrollo, podía tener que ver con el hecho de cambios radicales en algunos países latinoamericanos como el de Venezuela.⁴²

40. Michel Foucault, *La verdad y las formas jurídicas*, Barcelona, Gedisa, 2007, p. 92.

41. Santiago Levy, conferencia en el Centro de Estudios Diálogo Interamericano, Washington, 24 de marzo de 2009.

42. Javier Santiso, conferencia en el Centro de Estudios Diálogo Interamericano, Washington, 24 de marzo de 2009.

Desde la orientación ideológica de izquierda, destacando la apropiación de lo público estatal por parte de los sectores dominantes de los países de la región, se señala también que en Latinoamérica es donde se presentan los mayores niveles de desigualdad y de concentración del ingreso del mundo.⁴³ A pesar de las modificaciones constitucionales de algunos de los países sobre los cuales ya nos ocupamos,

no se han puesto en marcha políticas estructurales de reorganización de la tributación pública y se mantienen regímenes regresivos en materia de tributación que siempre paradójicamente han permitido que los principales beneficiarios de los gobiernos de centro izquierda sean los grandes conglomerados económicos y financieros. Dentro de esta concepción se propone una “agenda dura” con reformas tributarias redistributivas.⁴⁴

Es decir que, pese a las diferencias naturales entre los distintos países latinoamericanos, hay coincidencia que Latinoamérica necesita una política fiscal más redistributiva para reducir los índices de desigualdad.

Otro aspecto que se presenta en algunos países es la falta de transparencia, tanto en la recaudación como en el gasto público, y la existencia de regímenes tributarios concebidos con criterios recaudatorios y no técnicos.

En el caso de Argentina un reciente trabajo refleja la irracionalidad del sistema tributario. En efecto, Marcelo R. Lascano, al analizar los distintos tributos de nuestro sistema, destaca:

1. El denominado impuesto al cheque siempre fue desestimado por la comunidad técnica. No solo se lo impugna por sus intrínsecas debilidades, sino también porque, según las provincias, el gobierno nacional se ha ido apropiando de la recaudación en desmedro de sus intereses, y las condiciona y convierte en apéndices del Poder Ejecutivo nacional... puede estimular prácticas de pago al contado y multiplicar los sistemas financieros informales, además de pavimentar caminos para la evasión por la vía del ocultamiento de transacciones... Este oneroso tributo también disminuye la bancarización en la economía, limita la liquidez e impacta en las tasas de interés, como consecuencia de la reducción de la base crediticia del sistema, cuando no obliga a apelar al crédito externo, que frecuentemente crea distorsiones cambiarias y potenciales devaluaciones que no son ajenas a la tasa de inflación.
2. En relación al impuesto sobre los bienes personales “tiene efectos discriminatorios, paradójicamente contra la población de menores recursos. Ello es así porque bienes como la vivienda o el automotor son registrables y de fácil localización y valuación; como consecuencia, son difíciles de ocultar o de disimular sus valores. En cambio, los contribuyentes pudientes, cuya riqueza suele estar ampliamente diversificada y territorialmente dispersa, pueden sustraerse fácilmente a buena

43. Pedro Santana Rodríguez, “El proyecto del centroizquierda en América Latina”.

44. *Ibíd.*

parte de la contribución, como en el caso de propiedades en el exterior, activos protegidos en cajas de seguridad, obras de arte, joyas, títulos y valores, colecciones numismáticas, etc.⁴⁵

Situaciones como la mencionada en nuestro país afectan seriamente la política fiscal como instrumento para el desarrollo en América Latina. Como bien se ha expresado, la prueba final de la política fiscal como instrumento para el desarrollo radica en su capacidad para proporcionar resultados y consolidar el contrato social subyacente en toda sociedad.⁴⁶ Por ello se ha señalado que en muchos países de América Latina la legitimidad fiscal, que obviamente afecta al propio desempeño fiscal y a la legitimidad democrática, es baja. De acuerdo con encuestas llevadas a cabo por Latinobarómetro, a mediados de la década de 2000, entre la población local menos del 25% de los ciudadanos latinoamericanos confiaban en que sus impuestos se estén gastando adecuadamente.⁴⁷

Mientras no haya transparencia en la gestión de la propia recaudación y en la selección e implementación del gasto público, difícilmente se obtendrá la democratización fiscal necesaria.

La utilización de los recursos por los gobernantes para consolidar su poder político es otra de las anomalías que se observa en algunos países de la región. Está acreditado que la expansión del gasto por razones políticas se produce en las distintas democracias de la región.

Se debe repensar la política fiscal en la región atendiendo las premisas ya señaladas sobre la necesidad de reducir la desigualdad de ingresos y oportunidades, disminuir los niveles de concentración de los ingresos, abandonar los regímenes regresivos en materia tributaria y garantizar los mecanismos que todo Estado de Derecho debe garantizar a los contribuyentes; para ello, la política fiscal requerirá también contar con una mejor y más transparente administración tributaria. El diseño de tal política fiscal deberá atarse a los nuevos paradigmas constitucionales ya referidos y en tal aspecto deberá existir una armonización de lo económico y lo social o, de no ser ello posible, una subordinación de lo económico a los derechos y garantías que consagran el texto constitucional.

En tal aspecto, no sería de extrañar que las futuras políticas fiscales se alejen de ciertos dogmatismos teñidos de ideologías, para implementar medidas necesarias aunque, en algunos casos, sorprendentes. En tal aspecto cabe señalar la renuente propuesta del gobierno chileno de conocida orientación de derecha de un

45. Marcelo R. Lascano, "Ajustes circunstanciales o modificación del sistema tributario nacional", en *Periódico Económico Tributario*, No. 441, 29 de abril de 2010.

46. OCDE, *La política fiscal como herramienta de desarrollo en América Latina. Síntesis*, octubre de 2008.

47. [www.ocde.org].

aumento de impuestos transitorios como medida principal para la reconstrucción del país, que no deja de sorprender a la oposición de centroizquierda.

Influencias exógenas

En un análisis reciente sobre la política fiscal en Latinoamérica frente a la crisis financiera internacional se verificó la evolución de los ingresos fiscales en algunos países, como Chile y Brasil, concluyendo que en tales países la tendencia fue a la reducción.⁴⁸

Es posible que se reflejen en nuestra región cambios que sean producto de la reacción política frente a los costos de la última crisis financiera internacional que costó 120 billones de dólares y la pérdida de siete millones de empleos y el 13% del producto interno bruto (PIB) de la Unión Europea⁴⁹ y originó una propuesta de ministros de Economía de la Unión Europea sobre la creación de un fondo constituido por aportaciones de los propios bancos para intervenir en futuras crisis, para que no sean los tesoros públicos y los contribuyentes los que tengan que hacer frente a las consecuencias generadas por la mala gestión y la falta de previsión de las entidades. En similar sentido, debe observarse la propuesta de Obama sobre una mayor regulación de los mercados financieros.

En fin, la influencia de extramuros en América Latina ya no será con la ortodoxia del pasado como lo demuestra el propio Fondo Monetario Internacional (FMI), donde sugestivamente cuenta entre su máximo ejecutivo a un socialista francés, el que propuso al G-20 (Grupo de los 20 países industrializados y emergentes) que los bancos paguen una tasa fija sobre el pasivo (básicamente solo los productos financieros que impliquen mayores riesgos), con el objeto de que los bancos contribuyan a financiar sus propios rescates, además de un impuesto sobre los beneficios.

En síntesis, puede existir influencia en la región de la política fiscal norteamericana y europea que se implemente en el futuro a través de una tributación que afecte a los responsables de las crisis y no al erario público en general. En tal aspecto, se está hablando de un nuevo capitalismo responsable. Sin embargo deberá tenerse en consideración que la mayor parte de las consecuencias a las que nos referimos se han originado en la eventual mala gestión o falta de previsión de entidades del exterior, que son las que crean tales productos financieros, razón por la cual se deberá extremar el análisis de esta cuestión para no caer en el error de implementar localmente medidas que pueden ser justas o apropiadas en los respectivos países de origen, pero no en otros mercados.

48. Nadin Argarañaz, "Política fiscal en América Latina", en diario *La Nación*, Buenos Aires, 2009.

49. Periódico *El País*, Madrid, 17 de abril de 2010.

Finalmente, el gran desafío, en algunos regímenes democráticos de Latinoamérica, será efectuar estos cambios estructurales y asimilar estas influencias exógenas, respetando los mecanismos democráticos.

BIBLIOGRAFÍA

- Argarañaz, Nadin,
2009 “Política fiscal en América Latina”, en diario *La Nación*, Buenos Aires.
- Asorey, Rubén O.,
2010 “Justicia constitucional y tributación: ‘Parrhesía fiscal’ ”, en *Foros y debates*, en base a la conferencia dada por el autor en Cartagena en febrero.
- Bidart Campos, Germán,
2001 *Tratado elemental de derecho constitucional*, t. I, Buenos Aires, Ediar.
- Corti, Horacio G.,
1995 “La actividad financiera desde la constitución”, en *Periódico Jurídico La Ley*.
1997 *Derecho financiero*, Buenos Aires, Abeledo Perrot.
- De Juano, Manuel,
1964 *Curso de finanzas y Derecho tributario*, t. III, Rosario, Molachino.
- De Quiñones Cruz, Lucy, dir.,
2010 *Lecciones de Derecho tributario inspiradas por un maestro*, t. I, Bogotá, Universidad del Rosario.
- Einaudi, Luigi,
1955 *Principios de hacienda pública*, Madrid, Aguilar.
- Ferreiro Lapatza, José Juan,
1992 *Curso de Derecho financiero español*, Madrid, Marcial Pons.
- Fonrouge, Giuliani,
2001 *Derecho financiero*, actualizado por Susana C. Navarrine y Rubén O. Asorey, t. I, Depalma, 9a. ed.
- Forino, Sabatino A.,
1966 *El desarrollo económico y la política fiscal*, Buenos Aires, Macchi.
- Foucault, Michel,
2007 *La verdad y las formas jurídicas*, Barcelona, Gedisa.
- García Belsunce, Horacio,
1966 *Estudios Financieros*, Buenos Aires, Abeledo Perrot.
- García Novoa, César,
2009 *El concepto de tributo*, Lima, Tax Editor.
- Gil Domínguez, Andrés,
2009 *Constitución económica y derechos económicos, sociales y culturales*, Buenos Aires, Ad-Hoc.
- González García, Eusebio,
1992 “La utilización de los instrumentos tributarios para fines de política económica”, en *Derecho tributario*, t. V, Buenos Aires. Revista electrónica [<http://bibliotecavirtual.unl.edu.ar:8180/publicaciones>].
- 2002 *XXI Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario*, vol. I, parte I, Barcelona.

- Griziotti, Benvenuto,
1959 *Principios de ciencias de las finanzas*, Buenos Aires, Roque Depalma.
- Hansen, Alvin H.,
1945 *Política fiscal y ciclo económico*, México, Fondo de Cultura Económica.
- Hebe Balbo, Elvira,
2010 “El derecho presupuestario a ser feliz”, en *Periódico Económico Tributario*, No. 434, 15 de enero.
- Kelsen, Hans,
1966 *Qué es la justicia*, Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba / Dirección General de Publicaciones.
- Lamagrande, Alfredo,
2004 *Tratado de tributación, política y economía tributaria*, t. II, Buenos Aires, Astrea.
- Lascano, Marcelo R.,
2010 “Ajustes circunstanciales o modificación del sistema tributario nacional”, en *Periódico Económico Tributario*, No. 441, 29 de abril.
- Lauré, Maurice,
1960 *Tratado de política fiscal*, Madrid, Ed. de Derecho Financiero, versión de *Traité de Politique Fiscale*, Presses Universitaires de France.
- Levy, Santiago,
2009 Conferencia en el Centro de Estudios Diálogo Interamericano, Washington, 24 de marzo.
- Lindholm, Richard W.,
1958 *Introducción a la política fiscal*, Biblioteca de la Ciencia Económica, vol. XIII, Madrid, Revista de Occidente.
- OCDE,
2008 *La política fiscal como herramienta de desarrollo en América Latina. Síntesis*, octubre. Disponible en: [<http://www.oecd.org/dev/41578326.pdf>].
- Plazas Vega, Mauricio,
2006 *Derecho de la hacienda pública y Derecho tributario*, t. I, Bogotá, Temis, 2a. ed.
- Raymond Bara, José Luis,
1973 *Política fiscal y estabilidad económica en España*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales / Ministerio de Hacienda.
- Reig, Enrique,
1975 *Sistema tributario y política fiscal*, Buenos Aires, Academia Nacional de Ciencias Económicas.
- Sainz de Bujanda, Fernando,
1977 *Sistema de Derecho Financiero*, vol. I, Madrid, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense.
- Santana Rodríguez, Pedro,
2009 “El proyecto del centroizquierda en América Latina”, en *ALAI, América Latina en movimiento*, Bogotá. Disponible en: [<http://alainet.org/active/29194&lang=es>].
- Santiso, Javier,
2009 Conferencia en el Centro de Estudios Diálogo Interamericano, Washington, 24 de marzo.
- Toninelli, Ángel Rubén,
2004 *Tratado de tributación*, t. II, parte V, Buenos Aires, Administración Tributaria.

Varona Alabern, Juan Enrique,
2009 *Extrafiscalidad y dogmática tributaria*, Madrid / Barcelona / Buenos Aires, Marcial Pons.

Wilhelm Kruse, Heinrich,
1978 *Derecho tributario. Parte general*, Madrid, Ed. de Derecho Financiero, 3a. ed.

Páginas web

[<http://worlddatabaseofhappiness.eur.nl/>].

[<http://www.neweconomics.org/>].

[<http://www.iladt.org/>][www.ocde.org].

JUSTO IMPUESTO Y FOMENTO DE LA BUENA GOBERNANZA EN EL ÁMBITO FISCAL

Cristian J. Billardi¹

INTRODUCCIÓN: LA POLÍTICA FISCAL (FUNCIONES Y HERRAMIENTAS)

Desde una perspectiva amplia, la política fiscal consiste en la utilización del presupuesto del sector público con el fin de influir sobre el nivel de actividad de una economía. Junto con la política monetaria, constituye una de las dos herramientas principales de la política de estabilización, dirigida a moderar las fluctuaciones del nivel de actividad. Pero, además de la función de estabilización, la política fiscal realiza otras dos funciones: a) la de asignación: dirigida a suministrar una provisión adecuada de bienes sociales (y aquí vendrá luego la cuestión sobre “qué” prestaciones debe realizar el Estado); b) la de distribución: dirigida a corregir la desigualdad de los niveles de renta entre personas o grupos.

En el desarrollo de estas funciones, la política fiscal hace uso de dos instrumentos fundamentales: el gasto público, que influye directamente sobre el nivel de actividad de la economía; y los impuestos y las transferencias: que influyen indirectamente a través de sus efectos sobre la actividad del sector privado (esto es, el consumo de las economías domésticas y la inversión de las empresas).

La política fiscal –como cualquier otra herramienta– puede coadyuvar activamente al desarrollo económico y social o, en cambio, obstaculizar el mismo.

EJES DE LA PONENCIA DEL PROFESOR VICTOR UCKMAR

Los puntos de ponencia del profesor Victor Uckmar en esta misma obra señalan tres aspectos fundamentales: 1. *la vigencia del principio de seguridad jurídica como requisito de la política de inversión*: aquí es indispensable considerar la política fiscal que adopta un determinado Estado frente a la inversión extranjera. Sobre

1. Consejero titular de la Cámara de Comercio Italiana en la República Argentina.

este tópico considero útil seguir las labores del Grupo ILADT² que analiza cómo las diversas posturas que asumen los países latinoamericanos frenan las convenciones celebradas para evitar la doble imposición (CDI), especialmente aquellas concluidas con países desarrollados exportadores de capital;³ 2. *los instrumentos fiscales adecuados para la consecución de una política protectora del medioambiente*; 3. *el equilibrio entre recaudación y gasto público, insistiendo en la necesidad de una sana gestión pública*.

En las próximas líneas me permitiré profundizar este último punto que afronta un tema fundamental de la materia fiscal, esto es: “el justo impuesto frente al justo gasto”.

JUSTO IMPUESTO Y JUSTO GASTO

Ya recordaba el maestro genovés, con oportunidad de habersele otorgado la Laurea Honoris Causa en la Universidad de Buenos Aires (UBA), que Luigi Vittorio Berliri destacaba que en este ámbito “no hay lugar para un problema de justicia tributaria”,⁴ queriendo con ello indicar el convencimiento de que la búsqueda del “justo” impuesto es una empresa imposible y al mismo tiempo inútil. Sin embargo, las crecientes necesidades públicas –sobre todo en época de crisis– han reactivado la discusión de la Academia (Miscali en Italia) sobre el *diritto alla giusta imposta*, tópico donde resultan principalmente involucrados los principios de capacidad contributiva y solidaridad en las cargas fiscales.

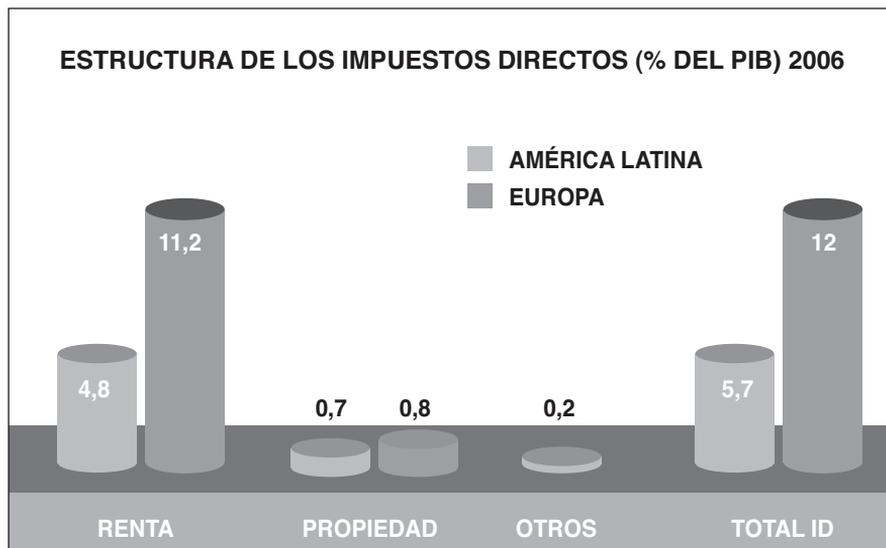
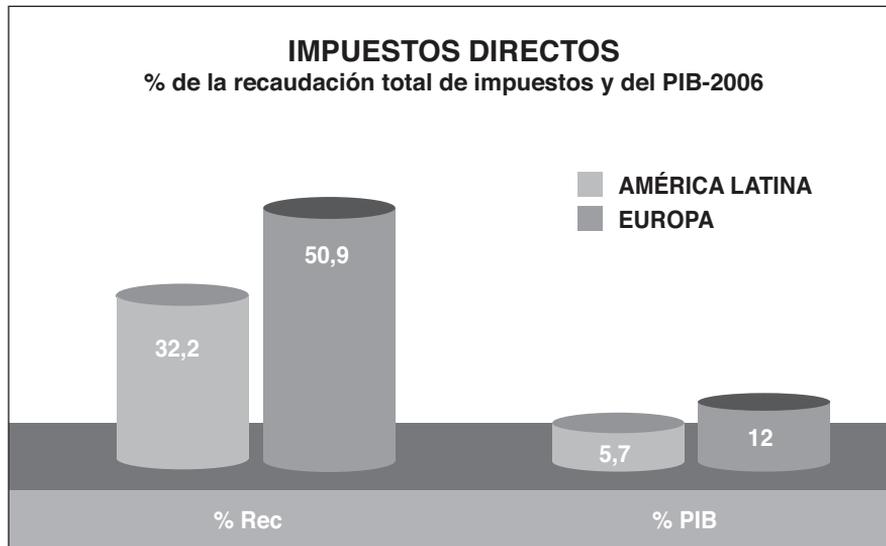
Como lo expresa Victor Uckmar, un parámetro del “justo impuesto” es precisamente “el justo gasto”, es decir, que el nivel de recaudación debe medirse basados en las necesidades financieras del ente público.

La estructura de los sistemas de recaudación

La reflexión del profesor Uckmar lleva a preguntarnos: ¿cómo se financian entonces nuestros entes públicos? Una veloz lectura de los datos de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) sobre la evolución de la es-

2. Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario (ILADT), coordinado por P. Pistone, J. Malherbe, A. Figueroa.
3. Así que, por ejemplo, cabe analizar por qué países que históricamente defienden el Principio de la Fuente luego concluyen sin mayores reservas CDI bajo el Modelo OCDE de convenciones. Asimismo, resulta indispensable cuantificar cuántos de los esfuerzos que realizan los estados importadores de capital en “beneficios fiscales” para atraer inversiones extranjeras culminan concretándose efectivamente o, en cambio, se traducen en transferencia de masa imponible a fiscos extranjeros.
4. Luigi Vittorio Berliri, *La giusta imposta*, Roma, s. e., 1940.

La estructura de los distintos sistemas tributarios evidencia que en los países de América Latina se da una baja participación del impuesto a la renta.



Se evidencia una marcada diferencia con los países europeos (con excepciones como Francia) que muestran una mayor participación del impuesto a la renta y, en cambio, una menor incidencia del IVA (o impuesto al consumo). Este tipo de

estructura del sistema tributario latinoamericano que la doctrina califica a priori como *regresiva*, necesariamente tendrá incidencia sobre el gasto, tal como veremos a continuación.

En un análisis sobre la evolución de las estructuras tributarias latinoamericanas, el profesor Claudino Pita (CIAT) ha señalado cómo, no obstante los cambios –algunas veces oscilantes– del sistema tributario en algunos países, “los desafíos de los sistemas siguen siendo el lograr la equidad y la suficiencia”.⁵

El justo gasto

Lo dicho nos lleva a retomar el debate acerca del justo gasto, es decir: ¿cuáles son –o debieran ser– las obligaciones del Estado?, ¿se reducen estos a la buena administración de las obligaciones fundamentales (seguridad, salud, justicia, educación), o se aceptan también las intervenciones directas no solo en la asistencia social, sino también en el campo de la economía y el mercado?

Ciertamente la respuesta debe provenir del ámbito político-económico, pero cualquiera que sea la respuesta que se dé al respecto, esta no podrá evitar afrontar la relación entre eficiente recaudación y eficiente gasto. En este sentido, debe llamarnos la atención la ya mencionada influencia de la regresividad del impuesto en función del gasto público.

Del informe de los estudiosos Clements, Faircloth y Verhoeven, se concluye que la distribución del gasto social en América Latina es regresiva: “Parecería que gran parte del gasto social de la región no ha sido adecuadamente focalizado, lo que ha limitado sus beneficios para los pobres. En promedio, ha sido regresivo y el 20% más pobre de la población ha recibido menos que la quinta parte del mismo”⁶ (ver cuadro de la página siguiente).

Aquí es gráfica la “paradoja neoliberal” que señala el profesor Claudino Pita frente a aquellos que históricamente han señalado que la regresividad del impuesto no es importante, por cuanto sus desigualdades bien pueden solucionarse a través del gasto público. Claro que esta posición debe ser revisada precisamente allí cuando la estructura del gasto sea también regresiva.⁷

5. Claudino Pita, “Equidad y tributación. El rol de la tributación directa en América Latina”, en *III Congreso Nacional Tributario Entorno Tributario Panameño: temas de actualidad*, Panamá, 2008.
6. Benedict Clements, Christopher Faircloth y Marijn Verhoeven, *Gasto público en América Latina: tendencias y cuestiones políticas clave*, Fondo Monetario Internacional (FMI), 2007. [<http://www.eclac.org/publicaciones/xml/0/37950>].
7. Recuérdese que muchos de los sostenedores de la regresividad del impuesto eran los mismos que afirmaban que el Estado –a priori– era ineficiente a tal fin.

**AMÉRICA LATINA:
DISTRIBUCIÓN DE LOS BENEFICIOS DEL GASTO SOCIAL**

	Quintil más pobre	Quintil más rico
Educación	20,20	20,40
Primaria	29,0	7,90
Secundaria	13,20	18,30
Terciaria	1,90	52,10
Salud	20,60	17,60
Protección social	5,60	51,20
Gasto social total	15,00	30,40
Memorando:		
Participación de los quintiles en el ingreso primario	3,60	56,40

Fuente: elaboración Clements, Faircloth y Verhoeven del FMI, sobre la base de CEPAL (2006).

El control jurídico del gasto público

Desde el punto de vista jurídico, cobran relevancia fundamental los mecanismos de control del gasto público. Creo que esta es una materia pendiente y donde no puede estar ausente la “juridicidad” del control de la gestión pública; control este que va más allá del mero control formal del acto administrativo o un control político parlamentario *ex post*. En efecto, la histórica y siempre renovada lucha para acotar la discrecionalidad del Estado en la exacción de tributos (ya desde la Carta Magna inglesa de 1215), no se ha visto reflejada en igual medida cuando se trata del control jurídico de la discrecionalidad en la utilización de los recursos públicos. Sin embargo, en estos últimos tiempos, se observa cómo parte de la doctrina (Rivosecchi en Italia, Horacio Corti en Argentina) ha retomado la preocupación por la juridicidad del gasto público y el control constitucional del presupuesto. Y esto es en mi opinión “indispensable” si no se quiere que los esfuerzos para mejorar la recaudación “caigan en saco roto”. En otras palabras, una visión sesgada que divorcia la recaudación de los gastos puede llevar a la paradoja de que, mientras más eficiente sea el órgano técnico que recauda, más ineficiente e irresponsable puede ser el órgano político que gasta.⁸

Se constatan en América Latina diversas experiencias que demuestran un movimiento tendiente a comprender técnica y jurídicamente estos dos instrumentos de la política fiscal. Un ejemplo que parece repetirse es el de vincular directamente un aumento de la recaudación con un gasto previamente determinado. Esta postura

8. Si a esto se agrega la problemática propia de los Estados Federales –o descentralizados– donde a menudo el orden de gobierno al cual pertenece el ente recaudador no suele ser el mismo que el encargado de realizar el gasto, la cuestión se vuelve más compleja aún.

pone en jaque el principio clásico de “universalidad” del presupuesto, pero aparece como eficaz –al menos desde el punto de vista comunicacional– por cuanto el contribuyente es informado del destino específico que se le dará a su mayor aporte.⁹ En cambio, sigue pendiente la previsión de vías jurídicas de control adecuadas.

Desde el ámbito doctrinario (Fantozzi) y jurisprudencial, se observa una creciente relevancia del principio de solidaridad fiscal y su necesaria coordinación con el principio de capacidad contributiva, especialmente en aquellos sistemas donde ambos poseen rango constitucional. Al respecto, recuerdo una doctrina peruana de Lazo Saponara quien, interpretando una reciente sentencia del Tribunal Constitucional peruano (2007), sostiene que “en otras palabras, la transformación de los fines del Estado determinará que se pase de un deber de contribuir, basado fundamentalmente en la capacidad contributiva, a un deber de contribuir basado en el *principio de solidaridad*”.¹⁰

Estimo que deben analizarse con precaución estas posiciones por cuanto en la práctica podrían llevar a posiciones extremas que obligue a los contribuyentes a contribuir “aún más allá” de su capacidad contributiva.

LA BUENA GOBERNANZA FISCAL EN LA POSICIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA

Quisiera aprovechar estos últimos minutos para señalar la Comunicación 163 de la Comisión Europea (dirigida al Parlamento, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo), emitida en abril de 2010 que afronta específicamente esta cuestión del “equilibrio entre justo impuesto y justo gasto”, aspecto sobre el cual la Unión Europea se encuentra particularmente avocada en este período, y que viene a refrendar cuanto hemos tratado anteriormente.

La Comunicación 163 sobre fomento de la *good tax governance* o buena gobernanza en el ámbito fiscal, considera a la tributación como un instrumento para la construcción del Estado y el fomento de la ciudadanía y un elemento clave de la reconstrucción de la economía mundial poscrisis. Esta necesidad de avanzar en un contrato social fiscal sólido es una responsabilidad que cada Estado debe asumir como tal y no puede “exportarse”. En palabras de la Comisión: “un gobierno res-

9. Un ejemplo de ello puede verse en la última elección presidencial chilena donde la propuesta de reforma tributaria avanzada por el candidato Enríquez-Ominami (que luego fuera parcialmente adoptada por el reciente gobierno electo) preveía aumentos a las regalías mineras a los fines de ser aplicadas exclusivamente al plan de gastos para construcción de un número determinado de hospitales.

10. Véase, Gustavo Lazo Saponara, DPTI 1/2008, secc. Nota a sentença.

ponsable debe satisfacer las necesidades básicas de sus ciudadanos o arriesgarse a perder legitimidad y apoyo público”.¹¹

El objetivo de la Comunicación, tal como ha indicado su informante L. Domenici, es “mejorar las sinergias entre política fiscal y desarrollo”¹² y esto no solo al interior de la Unión, sino también con los países en vías de desarrollo. Conforme la definición del Consejo ECOFIN (2008) debe entenderse por “buena gobernanza fiscal” a la concreción de los principios de transparencia, intercambio de información y competencia leal en materia fiscal.

En este orden, la Comunicación recomienda avanzar coordinadamente sobre:

- a) *Transparencia fiscal*: no solo a nivel recursos, sino también a nivel de gastos donde se prevén informes y auditorías de ejecución del presupuesto. Se evidencia de esta forma la doble dimensión recurso/gasto que venimos mencionando;
- b) *Competencia fiscal justa*: lo que excluye las jurisdicciones consideradas como “paraíso fiscal” que la Comisión calcula entre 5 y 7 billones de dólares estadounidenses. El ponente Domenici proponía incluso que se crease un impuesto especial para operaciones realizadas con paraísos fiscales y la prohibición que las entidades financieras de la UE tuviesen filiales o sucursales en dichas jurisdicciones no cooperantes;
- c) *Intercambio de información*: este es el punto donde mayor hincapié se ha hecho en estos últimos tiempos y al cual los diversos sistemas nacionales deberán adherir, ya sea por convicción o por no perjudicar sus inversiones extranjeras.

Esta expresión de cooperación internacional aspira a imponer como regla el intercambio de información automático y bilateral. Un ejemplo de esta amplitud puede encontrarse ya en la “Directiva sobre la fiscalidad en el ahorro” que prevé un intercambio automático incluyendo a jurisdicciones como Mónaco, Suiza, Lichtenstein, Andorra y San Marino.

La falta de intercambio puede acarrear la tacha de jurisdicción “no cooperadora” llegando a perjudicar la política de inversión extranjera del país receptor de la misma. Un ejemplo de esta situación puede tomarse de la normativa italiana donde la Administración tributaria puede desconocer la deducción de gastos si estos provienen de una jurisdicción con la cual no ha celebrado un convenio sobre intercambio de información. Este sería, por ejemplo, el caso de Ecuador¹³ con el cual Italia no ha celebrado una Convención de este tipo. Otro ejemplo particular,

11. Comisión Europea, *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo*, Comunicación 163, Bruselas, 2010. Disponible en: [<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0163:FIN:ES:PDF>].

12. Leonardo Domenici, *Informe sobre el fomento de la buena gobernanza en el ámbito fiscal*, documento de sesión del parlamento europeo A7-0007/2010.

13. No. 10, art. 110, texto único de los impuestos directos, la Administración financiera italiana puede desconocer la deducción de gastos soportados por las empresas residentes en Italia para la adquisición de bienes o de servicios proveídos por empresas colocadas en países con los cuales no se encuentra vigente un contrato que prevea el intercambio de informaciones.

siempre refiriéndonos a la normativa italiana, se ha dado respecto del denominado *scudo fiscale* (régimen de regularización y repatriación de capitales) donde la Administración italiana primero excluyó la posibilidad de regularizar –sin repatriar– a todos los países extra UE, para luego ampliarlo a solo aquellos que habían celebrado acuerdos específicos de intercambio de información, no siendo suficiente para ello –a juicio de la Administración– la existencia de CDI vigentes.

En los últimos meses se ha observado un gran movimiento de las jurisdicciones “grises” para alcanzar el número “mágico” de las 12 Convenciones de Intercambio de Información que a criterio de la OCDE, le permitan huir de la tacha de “paraíso fiscal”. Pero cabe sincerarse: de la firma de un Tratado a un real y efectivo intercambio de información definitivamente hay mucho camino por recorrer y, además, es necesaria mucha voluntad.

La Comunicación recomienda además: d) *Avanzar en el refuerzo de los sistemas fiscales y respaldo de la Administración tributaria*. Al respecto cabe recordar que la Comisión ya desembolsó 117 millones de euros y prevé destinar otros 49 millones adicionales; e) *Incrementar la lucha contra el fraude y a la evasión fiscal*: según estimaciones de la Comisión la evasión afecta aproximadamente el 2,5 PBI europeo (entre 200 y 300 millones de euros). Pero más allá de sus efectos económicos debe recordarse que este fenómeno es esencialmente inequitativo por cuanto, como bien señala el profesor Uckmar, “el incumplimiento de unos se traduce en una mayor carga fiscal para otros”, en particular sobre aquellos tipos de rentas que difícilmente pueden evitar la carga tributaria, por ejemplo, las rentas de asalariados.

Siendo un fenómeno de dimensión global, la respuesta no puede ser individual e implica necesariamente la participación de los países en desarrollo en el foro internacional correspondiente.

Esta mayor participación y necesaria colaboración entre las administraciones no solo se refiere a los países miembros UE (que ya cuentan con la Directiva sobre cooperación administrativa y la Directiva sobre asistencia mutua en la recuperación del crédito fiscal), sino especialmente a los países en vías de desarrollo. Deberá seguirse de cerca entonces este proceso colaborativo especialmente en cuanto se refiere a la posibilidad de que la jurisdicción requirente pueda recuperar su crédito fiscal a en el territorio –y a instancias– de la jurisdicción fiscal requerida.¹⁴ f) *Condicionar la política de subsidios*: respecto de la política de subsidios la Comisión hace hincapié en la necesidad de hacer más eficiente los instrumentos de asistencia y coherencia en la asignación de sus propios recursos (con lo que está reconociendo su propia necesidad de mejorar su gestión de gastos).

Asimismo, como bien ha expresado el profesor Pasquale Pistone, la *good tax governance* tiene como punto más novedoso el hecho de que la Comisión apoya

14. Esto resulta de vital interés para la UE por cuanto esta ha estimado que actualmente solo recupera el 5% de su crédito fiscal en el exterior.

el desarrollo económico mediante subsidios financieros, otorgándoles a condición que las administraciones financieras se comprometan a respetar objetivos de buena política fiscal. En efecto, estas ayudas prevén incluso una asignación adicional diferente según la calidad del compromiso asumido por el país destinatario de la asistencia financiera.

Por último, cabe recordar que la Cumbre de Ministros de Economía de la UE, celebrada el 2 de diciembre 2009, aprobó el calendario para la corrección del déficit excesivo en el marco del *Pacto de Estabilidad y Crecimiento*. Este calendario establece una estrategia de salida de la política fiscal que permita cumplir con los objetivos del Pacto a mediano plazo (2013/14), a partir de una estrategia coordinada, estabilizadora y sostenible en el tiempo.

Esta evolución de la postura de la UE —y teniendo en cuenta además la reciente crisis griega— ha llevado a que muchos hayan hecho eco de la prédica del economista norteamericano Paul Krugman que desde hace tiempo viene sosteniendo que “Europa necesita ya no solo una política monetaria común, sino también una política fiscal común”.¹⁵

COROLARIO

Culmino subrayando cuanto refiere la lúcida convocatoria a esta IV Conferencia: *La existencia de una política fiscal excede una concepción limitada al solo aumento de la recaudación*. En efecto, una política fiscal presupone un “sistema” fiscal racional, y por ende opuesto a una mera superposición de impuestos creados por mera urgencia recaudatoria, y requiere además una administración tributaria (que va mas allá de una mera “gestión de caja”), por cuanto esta debe ser eficaz, *aggiornada* y capaz de dialogar con sus pares internacionales y, por sobre todo, se requiere una administración conocedora y respetuosa de los derechos de los contribuyentes.

Y me permito agregar que todos estos esfuerzos en lograr una eficaz recaudación, no obstante, pueden resultar vanos si no se tiene en cuenta la eficiencia del gasto y la juridicidad de su control.

En otras palabras, es indispensable volver a unir las dos caras de una misma moneda, por cuanto “no puede haber justo impuesto sin justo gasto”.

15. Paul Krugman incluso añade la integración del mercado de trabajo, ver en Alex Rayón Jerez, *Política monetaria común sí, política fiscal común no*, 2010. Disponible en: [<http://alexrayon.wordpress.com/2010/02/17/politica-monetaria-comun-si-politica-fiscal-comun-no/>].

BIBLIOGRAFÍA

- Clements, Benedict, Christopher Faircloth y Marijn Verhoeven,
2007 *Gasto público en América Latina: tendencias y cuestiones políticas clave*, Fondo Monetario Internacional (FMI).
- Comisión Europea,
2010 *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo*, Comunicación 163, Bruselas. Disponible en: [<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0163:FIN:ES:PDF>].
- Domenici, Leonardo,
Informe sobre el fomento de la buena gobernanza en el ámbito fiscal, documento de sesión del parlamento europeo A7-0007/2010.
- Lazo Saponara, Gustavo,
DPTI 1/2008, secc. Nota a sentença.
- Pita, Claudino,
2008 “Equidad y tributación. El rol de la tributación directa en América Latina”, en *III Congreso Nacional Tributario Entorno Tributario Panameño: temas de actualidad*, Panamá.
- Rayón Jerez, Alex,
2010 *Política monetaria común sí, política fiscal común no*. Disponible en: [<http://alexrayon.wordpress.com/2010/02/17/politica-monetaria-comun-si-politica-fiscal-comun-no/>].
- Vittorio Berliri, Luigi,
1940 *La giusta imposta*, Roma, s. e.

POLÍTICA FISCAL Y REDISTRIBUCIÓN DEL INGRESO: UNA MIRADA DESDE EL DERECHO

Carmen Amalia Simone Lasso¹

INTRODUCCIÓN

El estudio se refiere a la relación entre política fiscal y redistribución del ingreso desde el punto de vista jurídico y parte de la afirmación de que las normas constituyen importantes herramientas para hacer política fiscal. En esta línea, se analiza el rol del derecho a lo largo de la implementación de la política fiscal, especialmente en dos momentos: durante su planificación y diseño; y, posteriormente, al tiempo de ejecutarla y controlar su cumplimiento. El estudio se refiere al diseño constitucional de la política fiscal en la Constitución de 2008 y en el Plan Nacional para el Buen Vivir. Refiere cuáles son las obligaciones jurídicas que el Estado ha adquirido por mandato de la Constitución y en virtud del Plan, y examina cuáles son los mecanismos igualmente jurídicos que tienen Estado y ciudadanos para hacer efectivas esas obligaciones.

LA NOCIÓN DE POLÍTICA FISCAL

Si admitimos que la política fiscal es aquel conjunto de medidas relativas a los ingresos públicos, al gasto público y al presupuesto público, que tienen por fin asegurar el cumplimiento de los objetivos o metas de asignación de los recursos en forma eficiente, la distribución del ingreso, la estabilización económica y la formación de capital,² debemos comprender que el análisis de la política fiscal se inscribe dentro de un capítulo más grande, cual es de la política económica. Por ello, el estudio del tema de esta disertación, política fiscal y redistribución del ingreso, ha sido y continúa siendo predominantemente económico. No en vano la Constitución

1. Docente de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

2. Enrique Low Murtra y Jorge Gómez Ricardo, *Política fiscal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1986, p. 1.

de la República del Ecuador de 2008 incluye la política fiscal dentro del capítulo IV, relativo a la soberanía económica.

Pese a ello, no podemos desconocer que el derecho es una importante herramienta para hacer política fiscal. Como lo sostuvo años atrás Dino Jarach, “puesto que a las finanzas públicas estudiadas desde el punto de vista económico o político-económico yuxtapone el estudio jurídico de los mismos fenómenos”,³ es innegable que las normas jurídicas desempeñan un rol muy importante a lo largo de toda la implementación de esta política, y especialmente en dos momentos: durante su planificación y diseño y, posteriormente, al tiempo de ejecutarla y controlar su cumplimiento.

EL DERECHO COMO HERRAMIENTA DE DISEÑO DE POLÍTICA FISCAL

Cuando del diseño de la política fiscal se trata, el más importante instrumento jurídico del que se sirve el Estado es, sin lugar a dudas, la Constitución. En el caso ecuatoriano, la Constitución de 2008 incorpora una sección relativa a la política fiscal que obra de los artículos 285 y siguientes. A diferencia de su antecesora de 1998, la Carta de Montecristi regula la política fiscal propiamente dicha, en una sección distinta a la de la política tributaria, distinción exitosa si se considera que la primera abarca otros ámbitos además del de creación y aplicación de los tributos.⁴ Así, en el nuevo esquema constitucional ecuatoriano, con toda razón el tributo es visto como un instrumento más a través del cual el Estado hace política fiscal.

Un punto para subrayar en la Constitución de 2008 es que el artículo 261, que forma parte del Régimen de Competencias, capítulo VI del título V sobre Organización Territorial, confiere al Estado central la competencia *exclusiva* sobre la política fiscal, atribución que, si bien guarda sindéresis con la historia constitucional ecuatoriana, merece algunos comentarios.

3. Dino Jarach, *Finanzas públicas y Derecho tributario*, Buenos Aires, Cangallo, 1985, p. 72.
4. En nuestro país se ha cometido repetidamente el equívoco de tratar lo fiscal y lo tributario como si fuesen sinónimos. Baste recordar como ejemplos de esta utilización errada de la denominación fiscal que, entre 1963 y 1965, estuvo vigente en nuestro país el entonces denominado Código Fiscal, que fue en realidad una norma de carácter estrictamente tributario. De igual forma, entre 1959 y 1992, funcionó el Tribunal Fiscal de la República, órgano igualmente competente para conocer de controversias entre administraciones tributarias y contribuyentes, tribunal que fue reemplazado en 1993 por los denominados Tribunales Distritales de lo Fiscal, todavía en funciones, que son igualmente órganos de administración de justicia tributaria. Así mismo, hasta marzo de 2009, existieron los mal denominados Jueces Fiscales, que fueron en estricto sentido jueces penales tributarios; y, hasta octubre de 2008, la Sala de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia se denominó Sala Especializada de lo Fiscal.

Nuestra Constitución no distingue si la exclusividad antes referida se despliega únicamente sobre la formulación de la política fiscal, o si, por el contrario, también corresponde privativamente al Estado central su ejecución. Parecería lógico sostener que la exclusividad, entendida como aquello que excluye o tiene fuerza y virtud para excluir; lo único, solo, que excluye a cualquier otro; o el privilegio o derecho en virtud del cual una persona o corporación puede hacer algo prohibido a las demás,⁵ se aplique en lo que respecta a la planificación de la política fiscal. Incluso podría sostenerse, como en su momento lo hizo la Constitución de 1998, que el Ejecutivo sea *responsable* de su formulación y ejecución,⁶ es decir, que rinda cuentas, supervise y coordine todo lo relativo a la política fiscal. Mas, no parece realista afirmar la existencia plena de competencias exclusivas ni en el diseño, y menos aún en la fase de ejecución, de la política fiscal. Primero, porque el Ecuador, aunque no ha dejado de ser un Estado unitario, desde 1998 se ha autoproclamado como Estado descentralizado, confiando una serie de facultades y atribuciones a los gobiernos autónomos descentralizados, antes organismos seccionales autónomos, algunas de las cuales desdican esta exclusividad como demostraremos a continuación. Y, en segundo lugar, porque la política fiscal se compone de varios instrumentos: compra y venta de bienes y servicios, transferencias, subsidios, amortización y emisión de empréstitos, e impuestos,⁷ no todos los cuales dependen de forma exclusiva del Estado central, pues en su creación, administración o destino intervienen otras funciones del Estado y los propios entes descentralizados.

Como ejemplo de lo anotado, basta citar el de los tributos. Si bien la Constitución de 2008 establece que la iniciativa para presentar proyectos de ley que crean, modifiquen o supriman impuestos le corresponde privativamente a la Función Ejecutiva⁸ (nótese que el texto constitucional ya no restringe esta facultad al Presidente de la República, sino a la Función Ejecutiva), la propia Constitución indica que solo mediante ley sancionada por la Asamblea Nacional se podrá establecerlos. La restricción sobre la iniciativa guarda consonancia con la disposición constitucional que indica que la política fiscal será competencia exclusiva del gobierno central. Mas, al ser la Asamblea Nacional la que en definitiva crea o no un impuesto, y la que en último término define su tarifa, exoneraciones, rebajas y más elementos, no podemos soslayar el importante papel que desempeña en el esbozo

5. Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, 21a. ed. Disponible en: [www.rae.es].
6. Así, el artículo 260 de la Constitución Política de 1998, que señala que “la formulación y ejecución de la política fiscal será responsabilidad de la Función Ejecutiva (...)”; el artículo 89 de la Constitución de 1979, que confería al Consejo Nacional de Desarrollo la facultad de fijar las políticas generales económicas y sociales del Estado y elaborar los correspondientes planes de desarrollo aprobados por el Presidente de la República, para su ejecución.
7. Federico J. Herschel, *Ensayos sobre política fiscal*, Madrid, Ed. de Derecho Reunidas, 1975, p. 39.
8. Artículo 301 de la Constitución de 2008.

de la política fiscal. Aseveraciones similares caben con respecto a las tasas y contribuciones especiales, las cuales, tal como sucedía ya en la Constitución de 1998, pueden ser creadas, modificadas, exoneradas y extinguidas por acto normativo de órgano competente, esto es, mediante la correspondiente ordenanza emitida por el gobierno autónomo descentralizado respectivo. Otro ejemplo que respalda lo afirmado es el presupuesto general del Estado, cuya proforma es propuesta por el Ejecutivo, pero que es aprobado por el Legislativo, al que además le corresponde vigilar por su ejecución.⁹

Además de la disposición que asigna competencia exclusiva al Estado central sobre la política fiscal, el artículo 285 de la Constitución establece que la misma tendrá como objetivos específicos: el financiamiento de servicios, inversión y bienes públicos; la redistribución del ingreso por medio de transferencias, tributos y subsidios adecuados; y, 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 aceptables. El haber puesto los servicios, la inversión y los bienes públicos como el primer objetivo no parece una decisión arbitraria, sino que más bien parece compadecerse con los lineamientos de izquierda que predominaron en la configuración del nuevo modelo constitucional ecuatoriano, en el que se privilegia el gasto social. Tampoco el que el Constituyente haya elegido un verbo en futuro para expresar cuáles son los propósitos de la política fiscal es una simple coincidencia. Se trata de metas que se pretende conseguir, al menos, al mediano plazo. Para ello, la propia Constitución de 2008 prevé una serie de mecanismos –algunos económicos, otros jurídicos y otros de carácter mixto– a través de los cuales el Ecuador intenta encaminarse hacia estos designios.

Entre estos mecanismos encontramos al tributo, de innegable trascendencia jurídica, aunque con importantes efectos económicos. Nuestra Constitución expresa que el régimen tributario se regirá por los principios de generalidad, progresividad, eficiencia, simplicidad administrativa, irretroactividad, equidad, transparencia y suficiencia recaudatoria. De este modo, se incluyen como máximas del sistema tributario a valores de carácter puramente jurídico como la generalidad y la irretroactividad,¹⁰ pero además se contemplan otras reglas que son de inspiración económica, como la suficiencia recaudatoria, la eficiencia y la equidad. En comparación con la Constitución de 1998, la Carta de Montecristi es mucho más ambiciosa al definir el horizonte hacia el cual debe caminar el régimen tributario. Los cambios más significativos viene dados seguramente por la eliminación del principio de proporcionalidad, presente en la Constitución de 1998, y su sustitución

9. *Ibid.*, artículo 120, No. 12.

10. La generalidad entendida como que la ley rige para todas las personas y también el sentido de que todos estamos obligados a contribuir con el pago de tributos. Irretroactividad, como que la ley rige para el futuro.

—al menos teórico-conceptual—, por el principio de progresividad y por la incorporación del principio de equidad. Con estas dos reglas, se pretende dejar atrás la idea de la igualdad formal en la tributación, reemplazándola por una más coherente y realista igualdad material, que podría resumirse en el axioma “quienes somos iguales pagamos lo mismo”.

En esta línea favorable a la progresividad en la tributación, la Carta de Montecristi en su artículo 300 expresa de forma palmaria la voluntad del constituyente de que se dé preferencia a la creación de tributos directos y progresivos, debe entenderse por encima de los indirectos, que tienden a la regresividad. Bien sabido es que los tributos indirectos, es decir, aquellos que gravan manifestaciones mediatas de riqueza como el consumo, no favorecen a la progresividad, y, por tanto, no contribuyen a conseguir la igualdad material, y, lo que es peor, propenden a la acumulación de la riqueza. Es correcta, por tanto, la elección que realiza el Constituyente de bogar porque los tributos que se creen —al menos en el futuro— tiendan a la anhelada progresividad.

Ahora bien, como menciona Jarach, “debe distinguirse la progresión, como forma técnica de determinar la cuantía de un impuesto, de la eficacia progresiva de ese impuesto en relación con la distribución de la renta nacional entre diferentes grupos de contribuyentes”.¹¹ La progresividad tributaria, así comprendida, no puede entonces reducirse al simple establecimiento de tarifas progresivas para los tributos. Un impuesto indirecto, tal como el IVA o el ICE, aun en el supuesto de tener tarifas progresivas, puede ser en esencia regresivo si no consigue esta eficacia en relación con la redistribución de la riqueza. La Constitución no indica cómo conseguir esta progresividad, ni tampoco menciona qué hacer frente a la introducción de un tributo que no sea directo ni progresivo. Fija el principio, pero no la consecuencia de su inobservancia. Podría pensarse que el Constituyente libró a la ley o normativa de inferior jerarquía esta determinación.

La normativa vigente no allana tampoco un camino frente a los tributos indirectos y regresivos ya existentes, que, además, de contradecir este postulado constitucional, suelen contraponerse a otros principios como el de igualdad material o el de capacidad contributiva. Pero quizás el vacío más grande que deja nuestra legislación es que no regula lo relativo al destino que ha de darse a lo recaudado en concepto de tributos. Una importante corriente doctrinaria afirma que es indispensable estudiar si, además de la relación económica que es evidente, existe una relación de contenido propiamente jurídico entre los tributos y el destino que se da a estos, es decir, el gasto público.

Entre los más estrictos, encontramos a quienes señalan que los tributos que no se encuentren destinados a cubrir el gasto público serían inconstitucionales.¹²

11. Dino Jarach, *Finanzas públicas y Derecho tributario*, p. 295.

12. Sergio de la Garza, *Derecho financiero mexicano*, México, Porrúa, 1985, p. 286.

Esta tesis se asienta en la premisa de que no todos los gastos del Estado son gastos públicos, y que los tributos solo deben servir para financiar a los segundos. En este grupo encontramos al profesor González García, quien afirmó que el tributo es un instrumento jurídico ideado para cubrir los gastos públicos y que una prestación que no tenga esa finalidad puede ser de mucho interés, pero no puede considerarse tributaria.¹³ Otros menos estrictos admiten la existencia de tributos cuyo producto no se encuentra afectado a la financiación de obras y servicios públicos, como los impuestos, y, por tanto, afirman que, si bien no debe renunciarse totalmente a la financiación causal de los gastos públicos, es preciso reconocer que ello no ocurre de modo general.¹⁴

Nuestra Constituyente, si bien no ha optado por ninguna de estas dos posiciones, introdujo en la Carta de Montecristi una disposición que nos lleva a afirmar que al menos con cara hacia el futuro se expedirán normas que establezcan de forma explícita una relación de causalidad entre el tributo y la porción del gasto público a la que se destina. El artículo 287 de la Constitución de 2008 de forma imperativa manda a que toda norma que cree una obligación financiada con recursos públicos establezca de forma correlativa la fuente de financiamiento correspondiente. La conclusión evidente de esta norma es que en lo posterior, cuando se pretenda financiar un determinado servicio, obra, subsidio, o cualquier otra forma de gasto público a través de un impuesto, una tasa o una contribución, la norma respectiva deberá mencionar de forma expresa cuál es esa fuente de financiamiento. A esta interpretación abona el entendimiento del artículo 286 de la propia Constitución, que, al distinguir entre ingresos permanentes y no permanentes de la caja fiscal, dice que los egresos permanentes se financiarán con ingresos permanentes; y menciona, además, que los sectores salud, educación y justicia serán prioritarios y, solo de manera excepcional, podrán ser financiados con ingresos no permanentes.

En este punto, conviene recordar al profesor Ataliba, quien afirmaba que existen tributos vinculados y no vinculados: los primeros son aquellos cuyo presupuesto de hecho consiste en una actividad estatal dirigida al particular, mientras que los segundos son aquellos cuyo presupuesto de hecho no se relaciona directamente con una actividad específica del Estado.¹⁵ En el primer grupo encontramos a las tasas y contribuciones especiales, cuya naturaleza está intrínsecamente atada a la existencia de un servicio, en el primer caso, o de una obra pública, en el caso de las contribuciones. En el segundo grupo, por su parte, encontramos los impuestos,

13. Eusebio González García, "Il concetto di tributo", en *Trattato di Diritto Tributario*, Padova, CEDAM, 2001, pp. 257 y ss.

14. Violeta Ruiz Almendral, "Impuestos y Estado social", en Juan Zornoza Pérez, coord., *Finanzas públicas y Constitución*, Quito, Tribunal Constitucional del Ecuador / Universidad Carlos III / Comisión Europea / Corporación Editora Nacional, 2004, p. 33.

15. Geraldo Ataliba, *Hipótesis de incidencia tributaria*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1977, pp. 146 y ss.

cuyo hecho generador no se encuentra conectado con la existencia de una actividad del Estado o con el cumplimiento de un fin en particular. No cabe la menor duda de que la disposición constitucional aludida rompe con la tesis de Ataliba, y echa abajo el que ha constituido quizás el mayor distintivo de los impuestos, cual es el de que su producto pase a las arcas fiscales sin tener un destino predeterminado. De esta manera, volvemos a incurrir en el error que ya se presencié en el pasado, de atar el impuesto a un determinado fin, como ocurrió, por ejemplo, en su momento, con el impuesto para el deporte, el impuesto para el agua potable, el impuesto para la construcción de la catedral de Guayaquil, entre otros.

Más, el problema no se reduce únicamente a si el tributo sirve o no para financiar el gasto público, o si el contribuyente sabe exactamente a qué porción de este gasto se destinan sus contribuciones. Tenemos que aceptar que en nuestro medio, como ocurre en la mayoría de países del mundo, se admite incluso la existencia de tributos con fines extrafiscales. No nos detendremos en este punto por no ser materia de estudio, pero basta tener en consideración algunos ejemplos como el de la tributación medioambiental, sostenida en la máxima de que quien más contamina, más debe pagar. En este tipo de imposición, rara vez se tiene en mente fines recaudatorios, sin que por ello podamos siquiera imaginar que el tributo deje de ser un instrumento de política fiscal.

Lo que sí es cierto es que, hoy en día, se ha superado esta discusión y se ha pasado a cuestionar la calidad del gasto que se realiza con el producto de lo recaudado. Se suele afirmar que las personas satisfacemos con mayor oportunidad y fidelidad nuestras obligaciones tributarias cuando percibimos que el Estado las gasta adecuadamente. Al respecto, Troya Jaramillo menciona que:

Particularmente es necesaria una reflexión que afronte los nexos jurídicos entre los tributos y el gasto público. No es suficiente afirmar que los tributos son ingresos que financian el gasto público. Los contribuyentes en su calidad de tales tienen el derecho a que se les cobre las contribuciones en la justa medida establecida por la ley, mas, al propio tiempo, lo tienen para que el gasto se erogue con honestidad, con equidad, con transparencia y en forma fructuosa.¹⁶

Nuestra Constitución no enfrenta directamente esta problemática. Contiene sí varias normas que se refieren al gasto público, de las que se puede inferir que existió una preocupación en el constituyente respecto al destino que se da no solo a lo recaudado en concepto de tributos, sino, en general, a los ingresos públicos. Como ocurre con los tributos, también es competencia exclusiva del Presidente de la República presentar proyectos de ley que aumenten el gasto público.¹⁷ Es al

16. José Vicente Troya Jaramillo, *El destino de las contribuciones al gasto público*, Monterrey, s. e., 2007, p. 2.

17. Art. 135 de la Constitución.

Legislativo a quien corresponde definir el destino que se dé a ese gasto, pues puede realizar observaciones a los sectores de ingresos y gastos, siempre que no se altere el monto global de la proforma; y, además, aprobar cualquier aumento de gasto que el Ejecutivo proponga realizar durante la ejecución presupuestaria.¹⁸

Un aspecto digno de relieves es que la Carta de Montecristi introduce la idea del control popular sobre el gasto público. Así, el artículo 207 establece que la Función de Transparencia y Control Social promoverá e impulsará el control de las entidades y organismos del sector público, y de las personas naturales o jurídicas del sector privado que presten servicios o desarrollen actividades de interés público. Ha de entenderse que esta función la debe cumplir, a nombre de los ciudadanos y del Quinto Poder, la Contraloría General del Estado, organismo técnico encargado del control de la utilización de los recursos estatales, de la consecución de los objetivos de las instituciones del Estado y de las personas jurídicas de derecho privado que dispongan de recursos públicos.

Además, a diferencia de lo que ocurría con su antecesora, la Constitución de 2008 ya incorpora la idea de la equidad, y, aunque de forma indirecta, la proyecta hacia el gasto público. En 2007, Troya Jaramillo observó que la “Constitución Ecuatoriana no se ha consignado un principio sobre la equidad del gasto que como contrapartida atribuya derechos a los administrados frente al Estado”.¹⁹ Hoy, el artículo 207 antes citado menciona que el sector público deberá prestar sus servicios con responsabilidad, transparencia y equidad. De igual forma, el artículo 271 de la Constitución, en lo que respecta a los recursos financieros de los gobiernos autónomos descentralizados, menciona que tanto la generación de recursos financieros propios como la participación que estos organismos tengan sobre los ingresos permanentes y no permanentes del Estado central se regirán por los principios de subsidiariedad, solidaridad y equidad. Así, si bien en nuestro país no existe un principio expreso como el que consta en la Constitución Española de 1978²⁰ o en la Constitución Mexicana de 1917,²¹ bien podríamos afirmar que hoy en día, el gasto

18. Art. 295 de la Constitución.

19. José Vicente Troya Jaramillo, *El destino de las contribuciones al gasto público*, p. 11.

20. El artículo 31, No. 2 de la Constitución española de 1978 dice: “el gasto público realizará una asignación equitativa de los recursos públicos y su programación y ejecución responderán a los criterios de eficiencia y economía”. Disponible en: [http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/constitucion.t1.html#c2s2].

21. El artículo 31, No. 4 de la Constitución mexicana de 1917 dice que “son obligaciones de los mexicanos: contribuir para los gastos públicos, así de la Federación como del Estado y Municipio en que residan, de la manera proporcional y equitativa que dispongan las leyes”. Disponible en: [<http://pdba.georgetown.edu/constitutions/mexico/mexico1917.html>]. Ramón Reyes considera que de este artículo se desprende una teoría del gasto público como garantía del sujeto pasivo en la relación jurídico-tributaria y social. Ramón Reyes Varea, “La Fracción VI del artículo 31 en la Constitución Federal Mexicana”, en *Tribunal Federal Fiscal, 45 años al servicio de México*, México, Tribunal Federal Fiscal, 1982, p. 141.

público en el Ecuador debe atender a los criterios de responsabilidad, transparencia y equidad. Ello, permite afirmar que los contribuyentes ya no solo tenemos el deber de contribuir, sino además, conmutativamente, tenemos el derecho a saber en qué se gastan nuestras contribuciones (transparencia); a que esas contribuciones se gasten equitativamente (equidad); y a que quienes hacen esos gastos respondan por su pertinencia (responsabilidad). Más adelante, cuando nos refiramos a cómo el derecho es un instrumento de control de la política fiscal, abundaremos en los argumentos que respaldan esta afirmación.

En nuestro país, cual ocurre en otros estados de corte unitario, se admite a nivel constitucional que los gobiernos autónomos descentralizados hagan uso de una importante fuente de recursos como son las tasas y contribuciones especiales. ¿Podemos por ello considerar que existe una suerte de delegación de la facultad de trazar la política fiscal? En un principio diríamos que no, menos aún en el contexto constitucional actual, en el que, como ha quedado indicado, expresamente se prevé que esta facultad sea competencia exclusiva del Estado central. Mas, sí debemos admitir que las competencias conferidas a los órganos seccionales –hoy gobiernos autónomos descentralizados– pueden llegar a comprometer gravemente el ejercicio de la competencia exclusiva del Estado central sobre la política fiscal, siendo una de sus repercusiones más importantes aquella que puede darse sobre la redistribución de los ingresos. Jarach, atrás en 1985, planteó el problema en los siguientes términos:

El problema consiste, pues, en el reparto de atribuciones y tareas entre las entidades situadas en cada uno de los distintos niveles, abarcando tanto el aspecto de los recursos, como el de los gastos, en función de los aspectos de las finanzas clásicas (óptima asignación de recursos para la satisfacción de las necesidades públicas y privadas, mediante las prestaciones de los servicios públicos) y la producción privada de bienes y servicios y respecto de los principios de igualdad y equidad; y de las finanzas modernas (redistribución de ingresos, estabilización y desarrollo económico).²²

En las últimas décadas, el ánimo que ha prevalecido en el escenario político-territorial ecuatoriano ha sido el de coadyuvar a que la descentralización se cumpla en la práctica, para lo cual se ha procurado que los entes territoriales menores gocen de la aspirada autonomía financiera que les permita ejecutar en debida forma sus atribuciones. Mas no cabe la menor duda que la dirección de la política fiscal por parte del Ejecutivo eventualmente puede verse menoscabada o, al menos, entorpecida por la creación de tasas y contribuciones especiales que recaigan, por ejemplo, sobre la misma manifestación de riqueza con la que ya se encuentra gravado un tributo. Qué decir respecto de los fines extrafiscales que bien pueden per-

22. Dino Jarach, *Finanzas públicas y Derecho tributario*, p. 133.

seguir las municipalidades o consejos provinciales, que no siempre van a coincidir con las pretensiones fiscales del gobierno central. No cabe la menor duda de que el fortalecimiento de la descentralización apareja consecuencias que pueden llegar a ser perniciosas sobre la dirección y ejecución de la política fiscal. Ahí es donde el derecho entra nuevamente a cumplir un papel muy importante, pues le corresponde servir de auxilio para que se distribuyan adecuadamente las funciones de uno y otros órganos, estableciendo mecanismos para solucionar los potenciales conflictos que pueden generarse entre Estado central y entes territoriales menores a pretexto del diseño y ejecución de la política fiscal, entre otros.

La Constitución de 2008 adicionalmente se refiere por primera vez a un importantísimo segmento del gasto público, como es el de las compras públicas. La Carta de Montecristi advierte que las compras públicas son un importante instrumento con el que cuenta el Estado no solo para abastecerse de bienes y servicios, sino además para conseguir indirectamente la redistribución del ingreso. La Constitución menciona que las compras públicas cumplirán con criterios de eficiencia, transparencia, calidad, responsabilidad ambiental y social. Además, ordena dar prioridad a los productos y servicios nacionales (debe entenderse por encima de los que tienen origen extranjero), y da una preeminencia especial a aquellos provenientes de la economía popular y solidaria, y de las micro, pequeñas y medianas unidades productivas.

Sin lugar a dudas, la incorporación de la única referencia constitucional puntual a las compras públicas en el acápite relativo a la política fiscal pone de realce el deseo del Constituyente de que las adquisiciones de bienes y servicios que hace el Estado sirvan de mecanismo para hacer política fiscal. Las compras públicas siempre han sido instrumento de política fiscal en la medida en que forman parte de un fragmento más grande, que es el del gasto público. Mas el hecho de referirse de forma expresa a ellas en el artículo 288 es un signo que debe ser tenido en cuenta, pues se trata de una decisión deliberada, explícita, de conseguir que estratos que tradicionalmente no habían podido vender al Estado se beneficien de tenerlo como cliente.

Además del texto constitucional, al referirnos al derecho como instrumento de diseño de la política fiscal, no podemos dejar de lado lo que sobre el régimen tributario menciona el Plan Nacional de Desarrollo o Plan Nacional para el Buen Vivir,²³ como se lo ha denominado en su última versión que data de 2009. Ello, porque la propia Constitución de 2008 dispone que este Plan 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.

23. Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo, *Plan Nacional para el Buen Vivir 2009-2013*, Quito, SENPLADES, 2009.

El Plan constituye, desde el punto de vista práctico, la más importante guía e inspiración –después de los principios, derechos y garantías establecidos en la Constitución y los tratados internacionales– para la programación y ejecución de la política fiscal, puesto que desarrolla los objetivos de esta política expresados en el texto constitucional y los desagrega en metas, políticas y lineamientos específicos y concretos.

Así, el Plan propone una lógica de planificación a partir de doce objetivos, todos íntimamente relacionados entre sí, entre los que destaca el número 11: establecer un sistema económico social, solidario y sostenible. Dentro de este objetivo, como una de las políticas, la 11.12, establece la aspiración del Ecuador de “proponer hacia la sostenibilidad macroeconómica fortaleciendo al sector público en sus funciones económicas de planificación, redistribución, regulación y control”. Los lineamientos de esta política incluyen, a su vez, dos de gran importancia para el tema que nos ocupa: el impulsar una adecuada distribución y redistribución del ingreso y de la riqueza nacional; y el implementar una política tributaria y arancelaria orientada a proteger y promover la producción nacional, la redistribución de la riqueza, los ingresos y la responsabilidad ambiental.

El art. 280 de la Carta de Montecristi dispone que la observancia del Plan Nacional de Desarrollo será de carácter obligatorio para el sector público, e indicativo para los demás sectores. Por sector público entendemos, de acuerdo a la propia Constitución, a los organismos y dependencias de las funciones Ejecutiva, Legislativa, Judicial, Electoral y de Transparencia y Control Social, a las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado; a los organismos y entidades creados por la Constitución o la ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado; y a las personas jurídicas creadas por acto normativo de los gobiernos autónomos descentralizados para la prestación de servicios públicos.

La disposición del artículo 280 merece varios comentarios. En primer lugar, porque el valor que el constituyente ha querido asignar al Plan no es meramente programático. De inicio, cabe preguntarse si la intención del constituyente al declarar que el Plan es obligatorio para el sector público fue únicamente el dotarlo de una connotación y significancia mayor al de los planes y programas precedentes, o si, por el contrario, con esta decisión se buscó efectivamente instituirlo como una norma jurídica, y en tanto tal, una verdadera fuente de derechos y obligaciones. Recordemos que la obligatoriedad es uno de los caracteres propios de las normas jurídicas. La norma que no establece ningún tipo de vinculatoriedad, esto es, aquella que se limita indicar o aconsejar una determinada conducta como posible y conveniente, no puede ser considerada verdadero derecho.

Si admitimos que el Plan Nacional de Desarrollo es norma jurídica, entonces surge una segunda interrogante: ¿qué tipo de norma jurídica habrá de considerarsele? Efectivamente, del texto del artículo 280 se infiere que no es dable considerarlo

como un simple acto o decisión de un poder público. Además, su contenido difiere del que normalmente tienen los actos o decisiones, pues goza de una abstracción y generalidad que le hace más parecido a un acto normativo. Podría pensarse que el texto del art. 425 de la Constitución, que establece la escala jerárquica-normativa en nuestro ordenamiento jurídico, niega la calidad de norma al Plan, pues el mismo no consta del largo listado ahí incorporado. Mas, la obligatoriedad que indica el artículo 280 ya citado no da lugar a ese tipo de conclusiones, sino que más bien abre paso a la pregunta de cuál es exactamente el lugar que, como norma, ocupa dentro de la escala antes mencionada.

Indiscutiblemente el Plan no puede contradecir la Constitución, como tampoco puede hacerlo ningún otro acto de los poderes públicos. En este punto la propia Constitución es clara y terminante. Pero ¿qué ocurriría si se produce una contradicción entre el Plan Nacional y una ley? ¿Y si la contradicción se produce con un reglamento o un decreto? ¿Qué ocurre si el propio Consejo Nacional de Participación emite algún acto normativo que se contrapona a las metas, planes y programas que obran del Plan?

La cuestión es, sin lugar a dudas, nueva, y justamente en su novedad surgen muchas inquietudes y se proyectan muchos problemas. Claro que estos potenciales conflictos deberán ser resueltos en el caso específico, ante la situación concreta de contradicción que eventualmente pueda producirse. Pero, en todo caso, frente al vacío constitucional, consideramos que finalmente corresponderá a la Corte Constitucional dirimir cuál es el valor exacto que ocupa el Plan dentro de nuestro ordenamiento jurídico, y responder a cuestionamientos tan profundos como si la planificación —que debe ser una decisión de Estado y no solo de Gobierno— debe o no prevalecer por sobre los actos legislativos, que suelen ser inmediateistas, normalmente vienen motivados por cuestiones coyunturales, y gozan de un marcado tinte político.

Lo que sí podemos afirmar es que el conferir un carácter obligatorio al Plan supone a la par que su cumplimiento y ejecución vengán simultáneamente dotados de acciones que permitan hacer efectiva esa obligatoriedad. Ello, porque las normas jurídicas tienen la característica de la coercitividad o coercibilidad, pues si su cumplimiento dependiera exclusivamente de la voluntaria aceptación de los destinatarios, estas perderían automáticamente su carácter de tales. Con respecto al Plan, como ocurre con cualquier norma, existe el riesgo de que se generalice entre sus destinatarios la actitud de incumplimiento, riesgo que se magnifica si consideramos que los destinatarios principales del Plan son las propias autoridades y funcionarios públicos. Aquí nuevamente surgen varias interrogantes: ¿a quién y a través de qué mecanismos corresponde controlar la efectiva observancia del Plan?, ¿quiénes pueden exigir de los poderes públicos su cumplimiento?, ¿qué hacer en caso de que no se cumplan las metas?

Si reconocemos que el carácter mandatorio que se ha conferido al Plan lo convierte en auténtica fuente de derechos y obligaciones, debemos admitir que su vigencia, modificación y derogatoria, se rige por las mismas reglas que operan respecto de cualquier otra norma jurídica. Pero además habremos de reconocer que su coercibilidad se consigue mediante los mismos cauces que el propio ordenamiento prevé respecto del resto de normas jurídicas. Un reconocimiento diferente llevaría a la afirmación implícita de que el Plan sigue siendo un instrumento meramente programático. A continuación, nos referiremos a algunos mecanismos jurídicos que buscan hacer efectivo el diseño constitucional y legal de la política fiscal.

EL DERECHO COMO MECANISMO DE CONTROL DE LA POLÍTICA FISCAL

Al iniciar este trabajo, se había mencionado ya que el derecho adquiere una renovada significancia al tiempo de supervisar que la política fiscal se ejecute en los términos y condiciones esperadas, que, en el caso ecuatoriano, conforme ha quedado establecido, se encuentran preestablecidas en la Constitución y en el Plan Nacional de Desarrollo.

Respecto a la normas constituciones relacionadas con la política fiscal, habremos de mencionar que su observancia depende de forma primordial del comportamiento del propio Estado y, principalmente, del Ejecutivo. Ello, porque la propia Constitución obliga al Presidente de la República, como su principal función, a cumplir y hacer cumplir la Constitución, las leyes, los tratados internacionales y las demás normas jurídicas.²⁴ Pero, como mencionamos anteriormente, aunque al Ejecutivo le corresponde hacer efectivos los objetivos específicos de la política fiscal, otros órganos del sector público inciden en el destino que se da a esta política.

La participación de estos órganos –Legislativo, gobiernos autónomos descentralizados– se da en dos formas diferentes: de forma indirecta y no siempre deseada en el esbozo de esta política, por ejemplo, a través de la creación de tasas y contribuciones especiales, según ya se analizó, o del destino que se proyecta dar al gasto público; y de forma directa y generalizada, en su ejecución.

Consciente de esta realidad, el artículo 286 de la Constitución, además de asignar al Estado central la responsabilidad de dirigir la política fiscal, le atribuye la competencia de lograr que las finanzas públicas, *en todos los niveles de gobierno*, se conduzcan de forma sostenible, responsable y transparente, y procuren la estabilidad económica. Se podría pensar que, como efecto de este artículo 286 de la Constitución, en materia de finanzas públicas, el Estado central ejerce una suerte de tutela administrativa sobre los gobiernos autónomos descentralizados. Sobre

24. Artículo 147 de la Constitución.

la tutela, Entrena Cuesta nos dice que consiste en “el conjunto de facultades de control otorgadas con carácter limitado, por el Derecho positivo a un Ente público sobre los Entes descentralizados (...) para velar por la legalidad de los actos de tales Entes y por su adecuación a aquel sector del interés público de la competencia del Ente tutelante”.²⁵ Si la dirección de la política fiscal es una competencia exclusiva del Ente tutelante, en este caso, del Estado central, y si por las razones que ya fueron analizadas anteriormente, en ocasiones los gobiernos autónomos descentralizados, en ejercicio de facultades igualmente constitucionales o legales, deben expedir o ejecutar actos que inciden directamente en el curso de esa política fiscal, no solo que es lógico, sino que resulta indispensable que exista un control sobre las actuaciones de los entes territoriales menores.

Este control, conforme lo menciona Baeno del Alcázar, puede “oscilar desde un control sobre la organización, que incluye con frecuencia el nombramiento de autoridades del ente menor, hasta una simple vigilancia sobre los actos de dicho ente”.²⁶ En nuestro país tendríamos que afirmar que el Estado central ejerce sobre los gobiernos autónomos descentralizados un control directo limitado a lo que se conoce como tutela o control vertical, previsto en el artículo 68 de la Constitución que prevé que la ley determinará los casos excepcionales, el procedimiento y la forma de control, en los que por omisión o deficiente ejecución de una competencia se podrá intervenir en la gestión del gobierno autónomo descentralizado en esa competencia, en forma temporal y subsidiaria, hasta que se supere la causa que motivó la intervención.

Pero también debemos reconocer la existencia de un mecanismo de control indirecto del Estado central sobre los gobiernos autónomos descentralizados: la planificación. Efectivamente, hay quienes sostienen que la planificación puede incluso convertirse en una forma soslayada de intervención, y, por ende, de control de la administración central en los entes territoriales menores, pues vía planificación se indica a estas administraciones qué pueden hacer, cómo y dentro de cuáles límites. Recordemos que en el Ecuador, como ya se ha señalado, la Constitución prevé la existencia de un sistema nacional de planificación, presidido por el Presidente de la República, que se refleja en lo que conocemos como el Plan Nacional de Desarrollo. Es indudable que la planificación, al estar dirigida desde el Ejecutivo, es un elemento del que se sirve esta Función del Estado para trazar la senda por la que deben caminar las demás funciones y órganos del Estado, y para limitar o restringir su accionar a fin de que calce con su proyecto político.

25. Citado por Fernando Martos Navarro, en *Auxiliar administrativo de corporaciones locales de Canarias*, MAD, 2007, p. 169. Disponible en: [<http://books.google.com.ec>].

26. Mariano Baena del Alcázar, “Curso de Ciencia de la Administración”, en *Revista de Administración Pública*. Disponible en: [www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/rap/cont/.../pr12.pdf].

Pero, además de estos controles a los que podríamos denominar internos, pues se dan en el propio fuero de la Administración, el incumplimiento de parte del Estado de las normas constitucionales relativas a la política fiscal también tiene otras vías jurídicas de supervisión. La propia Constitución franquea algunas posibilidades, según se analiza a continuación.

Por su importancia, debemos mencionar en primer lugar el control de constitucionalidad que, de conformidad con la Constitución de 2008, se vierte fundamentalmente en cuatro instituciones que interesan a efectos de este estudio: la supremacía constitucional, la acción de inconstitucionalidad, el control al que se accede por vía *incidental* y el control de constitucionalidad por omisión.

Podemos afirmar que la más importante forma de control de la observancia de los principios y objetivos de la política fiscal es el principio de supremacía constitucional. Bien sabido es que en la Constitución reside el fundamento de validez de toda regla jurídica, y, por ende, esta se erige como la norma máxima de todo ordenamiento. Ello principalmente porque, como lo menciona Pérez Royo, la Constitución debe prevalecer sobre el resto de las normas pues la voluntad del pueblo debe prevalecer sobre la voluntad de sus regentes.²⁷ A partir de esta concepción surge el dogma de la supremacía o primacía constitucional, pues no puede entenderse un ordenamiento jurídico en el que las normas (leyes, decretos, ordenanzas) o los actos administrativos, contraríen su fundamento de validez formal y material, es decir, la Constitución. Dermizaky señala que “la supremacía de la Constitución establece claramente la diferencia entre poder constituyente y poderes constituidos. Puesto que la Constitución expresa la voluntad del primero, los segundos se someten a ella de manera indiscutible”.²⁸

La Constitución no solo se encuentra en la cúspide por ser la norma fundamental o la hipótesis básica, sino además por contener la filosofía política que sirve de inspiración tanto a los gobernantes como a los gobernados. Ello adquiere una importancia meridiana en lo que respecta a la política fiscal. La Constitución de 2008 establece cuál es la filosofía política que rige al Ecuador en el marco de lo que ha venido a denominarse la era de la Revolución Ciudadana.²⁹ Pero, además, la Constitución contiene los lineamientos fundamentales del modelo económico que se procura instaurar en nuestro país, y por estar en ella esbozado el sistema de economía social y solidaria, entre otros, las normas de inferior jerarquía que con el

27. Javier Pérez Royo, citado por Ernesto López Freile, “Control constitucional y organismos de control”, en *Experiencias constitucionales en el Ecuador y el mundo. Memorias del seminario de Derecho constitucional comparado*, Quito, Projusticia / Coriem, 1998, p. 62.

28. Pablo Dermizaky Peredo, *Derecho constitucional*, Cochabamba, Editora J.V., 1998, 4a. ed., p. 56.

29. Para un mejor entendimiento de esta corriente, resulta revelador el Plan Nacional para el Buen Vivir, cuyos capítulos III y IV, referidos en su orden al Cambio de Paradigma del Desarrollo al Buen Vivir y a los 31 Meses de Revolución Ciudadana, contiene información clave para entender en qué consiste el modelo de Estado que plantea el gobierno del presidente Rafael Correa Delgado.

objeto de desarrollar e instrumentar en la práctica la política fiscal se expidan, no podrán contrariar la supremacía immanente de la Carta de Montecristi.

Aunque en un estatus ideal, para la defensa de la Constitución debería bastar el axioma de la supremacía constitucional al que hemos aludido en líneas anteriores, el principio de primacía no puede subsistir por sí solo porque se ha demostrado que no garantiza el respeto irrestricto a la norma jerárquica superior. Por ello la supremacía necesariamente va ligada con la correlativa defensa de la Constitución, que permite su vigencia práctica. Efectivamente, de nada sirve consagrar la supremacía de la Constitución sin contar, al propio tiempo, con procedimientos que aseguren su observancia y que sirvan además para solucionar aquellos supuestos en los que se produzca una falta de correspondencia o una violación de los mismos. Es precisamente esta afirmación la que nos conduce a sostener que el derecho no solo es importante al momento de establecer quién, para qué y cómo diseña la política fiscal, sino también al tiempo de verificar que la política fiscal esté siendo cumplida en los términos y condiciones que fija el propio ordenamiento jurídico.

En atención a esta realidad, la Constitución ha previsto varios mecanismos de control constitucional, entre los cuales destaca la acción de inconstitucionalidad, cuyo conocimiento y resolución competen a la Corte Constitucional. A través de esta vía, se puede demandar la inconstitucionalidad, por el fondo o por la forma, de leyes y más actos normativos de carácter general, emitidos por órganos o autoridades del Estado, así como en contra de actos administrativos con efectos generales emitidos por toda autoridad pública. Efectivamente, ante la expedición de una ley por parte de la Asamblea Nacional, o de un acto normativo o de un acto administrativo de carácter general por parte de cualquier autoridad pública, que infrinja o contradiga de cualquier modo las normas que sobre la política fiscal contiene la Constitución, cabe poner en marcha el control concentrado de la constitucionalidad o control en abstracto, lo que tropieza con los inconvenientes de que se puede realizar únicamente luego de la entrada en vigencia de la norma respectiva, pues es de carácter posterior.

Este mecanismo de control de constitucionalidad, al amparo de lo que establece la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC), puede ser activado por cualquier persona.³⁰ Debe entenderse, por tanto, como legitimadas activas para esta acción a las personas naturales y las personas jurídicas, y dentro de estas últimas, incluso al propio Estado. Podría ocurrir que el Estado Central, frente a la actuación de un gobierno autónomo descentralizado

30. Anteriormente la Constitución de 1998 reservó la posibilidad de iniciar la acción de inconstitucionalidad de actos administrativos a las funciones Legislativa y Judicial, dejando de lado, sin aparente razón, a la función Ejecutiva. Por lo demás, sí tenían legitimación activa para esta acción los organismos seccionales, que también formaban parte de la administración pública, haciendo a esta exclusión aún más ilógica.

contrario a los preceptos constitucionales sobre la política fiscal, a través de su representante legal, el Presidente de la República, y con el patrocinio de la Procuraduría General del Estado, proceda a iniciar una demanda de inconstitucionalidad contra una ley expedida por la Asamblea Nacional o de un acto normativo emitido en ejercicio de las facultades legislativas que se confieren a los gobiernos autónomos descentralizados, entre otros.

Esta acción constituye un mecanismo de control judicial de constitucionalidad, que despliega sus efectos únicamente hacia el futuro. Su característica principal es que el propósito que persigue es expulsar del ordenamiento jurídico a una norma que nació viciada por no respetar el contenido, ya sea por el fondo o por la forma, del texto constitucional. Cuando la Corte Constitucional declara la inconstitucionalidad de una disposición se afirma que actúa como legisladora negativa. Por ello, hay que tener en cuenta que en el supuesto de que la Corte Constitucional encuentre que existe una norma de inferior jerarquía que de cualquier modo vulnera el contenido de las disposiciones constitucionales sobre la política fiscal, la declaratoria como tal no incidiría en las situaciones jurídicas acaecidas o perfeccionadas con anterioridad al pronunciamiento, sino únicamente a las que puedan ocurrir en el futuro.

La Constitución de 2008 prevé así mismo lo que se conoce como control de constitucionalidad por vía incidental, que opera cuando una jueza o juez, de oficio o a petición de parte, en un caso concreto, tiene una duda razonable acerca de la constitucionalidad de una norma jurídica, en cuyo caso suspende la tramitación de la causa y la remite en consulta a la Corte Constitucional, a fin de que este órgano resuelva sobre la constitucionalidad de la norma. También podría ocurrir que los jueces en un caso concreto sometido a su conocimiento adviertan la existencia de normas que contradicen los objetivos específicos de la política fiscal previstos en la Constitución, o que de un modo u otro infrinjan el postulado de que las compras públicas deben seguir los criterios de eficiencia, transparencia, calidad, responsabilidad ambiental y social. En estos casos, procede esta forma de control, que obliga a suspender el conocimiento de un determinado pleito, y esperar a que la Corte Constitucional dictamine respecto de la validez de la norma cuestionada desde la perspectiva constitucional.

En este punto debemos señalar, sin embargo, que de forma paralela a este control, encontramos que, por mandato, entre otros, del artículo 425 de la Constitución, todos los jueces, y en general todas las autoridades administrativas, están llamadas a dejar de aplicar cualquier norma y, por ende, cualquier acto o decisión de un poder público que viole en lo formal o en lo material la Constitución. Así se desprende del texto constitucional cuando expresamente dice que “En caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resuelve-

rán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior”,³¹ siendo el orden jerárquico de aplicación de las normas, el siguiente: Constitución; tratados y convenios internacionales; leyes orgánicas; leyes ordinarias; normas regionales y ordenanzas distritales; decretos y reglamentos; ordenanzas; acuerdos y resoluciones; y, demás actos y decisiones de los poderes públicos.

Así, un juez, frente a la eventualidad de verse avocado a aplicar una norma o acto de política fiscal inconstitucional, en último término tendrá que elegir entre las dos vías mencionadas anteriormente, es decir, aplicar directamente la Constitución por encima de la norma inconstitucional, sin estar obligado a remitir informe alguno a la Corte Constitucional, o puede suspender la tramitación de la causa y optar por el acceso al control de la Corte Constitucional a través de la vía incidental prevista en el art. 428. Frente a estas dos alternativas con las que cuentan los jueces, creemos que el criterio que debe prevalecer es que la aplicación preferente de la Constitución no es una opción, sino una obligación, y que esta máxima se potencia en lo que respecta a la política fiscal, pues es el más importante instrumento jurídico-político que la diseña, planifica y limita.

La Constitución de 2008 introdujo una nueva figura, ausente en las cartas políticas del pasado, que es la acción de inconstitucionalidad por omisión. El art. 436 dispone que corresponde a la Corte Constitucional declarar la inconstitucionalidad en que incurran las instituciones del Estado o autoridades públicas que por *omisión* inobserven, en forma total o parcial, los mandatos contenidos en normas constitucionales, dentro del plazo establecido en la Constitución o en el plazo considerado razonable por la Corte Constitucional. En esta norma encontramos la que, a nuestro juicio, es el mecanismo más importante para hacer efectivos los propósitos y designios de la política fiscal previstos en los artículos 287 y siguientes de la Carta de Montecristi.

Esta institución busca que el órgano concentrado de control de constitucional declare que el Estado ha incurrido en una inconstitucionalidad cuando no observa los mandatos contenidos en la Carta Suprema. Existen casos en los que la misma Constitución establece plazos para el acatamiento de sus disposiciones, y otros, en los que no existe un término, pero no por ello podemos afirmar que deja de existir una obligación puntual y determinada, que merece ser ejecutada. Las normas relativas a la política fiscal se encuentran en este grupo. La Constitución establece los principios y los objetivos que se pretenden lograr a futuro, sin fijar expresamente un término para su consecución. En estos casos, la propia Carta de Montecristi prevé que será la Corte Constitucional la que, en su respectivo pronunciamiento, establezca el término para dar cumplimiento a la disposición constitucional, y, si transcurrido el plazo la omisión persiste, la Corte –que es un órgano de índole juris-

31. Artículo 425 de la Constitución de 2008.

dicional— pasa a convertirse en órgano legislativo y/o ejecutor, pues, debe, de manera provisional, expedir la norma o ejecutar el acto omitido, de acuerdo con la ley.

La LOGJCC se refiere exclusivamente al examen de las omisiones normativas, esto es, a los supuestos en los que los órganos competentes omiten un deber claro y concreto de desarrollar normativamente los preceptos constitucionales. De alguna manera, la Ley hace pensar que las facultades de la Corte Constitucional no llegan a la emisión y ejecución de actos administrativos, sino únicamente a la expedición de normas. Ello no se compadece con el texto constitucional que es claro y por ello no admite ulteriores elucidaciones.

Para los casos en que la Corte Constitucional evidencie que existe una omisión normativa absoluta, la Ley manda que se conceda al órgano competente un plazo determinado para la respectiva subsanación, y en caso de que no se expida la normativa en dicho plazo, la Corte pasa a formular por vía jurisprudencial las reglas básicas correspondientes que sean indispensables para garantizar la debida aplicación y acatamiento de las normas constitucionales. En el caso de las omisiones normativas relativas, que se producen cuando, existiendo regulación, se omiten elementos normativos constitucionalmente relevantes, la Ley prevé que sean subsanadas por la Corte Constitucional, a través de las sentencias de constitucionalidad condicionada. En general, este control sobre omisiones normativas, comprende la determinación y la eliminación de las exclusiones arbitrarias de beneficios, cuando la disposición jurídica omita hipótesis o situaciones que deberían subsumirse dentro de su presupuesto fáctico, y no exista una razón objetiva y suficiente que soporte la exclusión.

Junto a los mecanismos de control de constitucional ya mencionados, la Constitución de 2008 prevé una serie de garantías jurisdiccionales que se dirigen también a hacer prevalecer la normativa constitucional, incluyendo aquella relativa a la política fiscal. Entre estas, destaca la acción de incumplimiento, cuyo objeto es el garantizar la aplicación de las normas que integran el sistema jurídico, así como el cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de derechos humanos, cuando la norma o decisión cuyo cumplimiento se persigue contenga una obligación de hacer o no hacer clara, expresa y exigible. En un primer momento podríamos afirmar que es posible iniciar una acción de incumplimiento ante el supuesto de que el Estado central o los gobiernos autónomos no observen las normas constitucionales sobre política fiscal. La única restricción que impone la Constitución es que la norma en cuestión contenga una obligación de hacer que sea expresa y exigible. El primero de estos atributos es de fácil comprensión e identificación, no así el segundo, la exigibilidad. Por exigible se entiende aquello que puede o debe exigirse.³² Entonces se configuran varias inquietudes: ¿puede o debe exigirse que la redistribución del ingreso se realice por medio de transferen-

32. Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*.

cias, tributos y subsidios adecuados?, ¿puede o debe exigirse que el Estado genere incentivos para la inversión en los diferentes sectores de la economía y para la producción de bienes y servicios, socialmente deseables y ambientalmente aceptables?, ¿puede o debe exigirse que los egresos permanentes para salud, educación y justicia serán prioritarios y que, solo de manera excepcional, sean financiados con ingresos no permanentes?, ¿puede o debe exigirse que toda norma que cree una obligación financiada con recursos públicos establezca la fuente de financiamiento correspondiente?, ¿puede o debe exigirse que las compras públicas cumplan criterios de eficiencia, transparencia, calidad, responsabilidad ambiental y social? Nuestra respuesta a estas interrogantes, desde el punto de vista jurídico, tendrá que ser afirmativa. Puede y debe exigirse del Estado el cumplimiento de los objetos específicos y de los principios constitucionales que rigen la política fiscal.

Debemos anotar, sin embargo, que frente a esta amplia posibilidad que nos confiere la Constitución, la LOGJCC convierte a la tarea de iniciar una acción de incumplimiento en un trabajo poco sencillo. En primer lugar, porque para iniciar esta acción es preciso agotar una instancia de reclamo previo en sede administrativa, a fin de que se configure el incumplimiento.³³ La Ley prevé que la persona accionante, previo a iniciar propiamente la acción por incumplimiento, debe reclamar el cumplimiento de la obligación a quien deba satisfacerla, y solo si se mantuviera el incumplimiento, o si la autoridad no contestare a ese reclamo en el término de cuarenta días, se considera configurado el incumplimiento.

Además, la Ley introduce una limitación que puede dar lugar a varios comentarios, pues establece como causal de inadmisión de esta acción a aquella que se dirija a impugnar omisiones de *mandatos* constitucionales. No queda claro si por mandato constitucional se alude a los mandatos que en uso de sus facultades plenipotenciarias expidió la Asamblea Nacional Constituyente, o si la norma en su lugar se refiere de modo general a las disposiciones constitucionales. Tenemos que pensar que es lo primero. Caso contrario, esta acción habría perdido su calidad de garantía constitucional jurisdiccional y no tendría razón de ser.

El propósito de la acción por incumplimiento, de encontrarse admisible la demanda, es que se cumpla con la norma respectiva. La Ley nos indica que solo cuando existan causas razonables y evidencias suficientes podría el Estado justificar el incumplimiento. Ante esta disposición, surge como interrogante: ¿qué podría considerarse justificado? Indudablemente, en la respuesta a esta pregunta confluirán aspectos de carácter económico, pero también incidirán consideraciones ideológicas, políticas, sociales. ¿Podría, por ejemplo, considerarse justificado el

33. Lo que constituye un retroceso al principio introducido en el Ecuador desde el año 1993, con la expedición de la Ley de Modernización del Estado, de que no es necesario agotar la vía administrativa para acudir ante los órganos jurisdiccionales. Art. 38 de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada.

incumplimiento de la norma que manda a que en las compras públicas se prioricen los productos y servicios nacionales, en particular los provenientes de la economía popular y solidaria, cuando el producto que se pretende adquirir es vendido a un precio significativamente menor por una compañía extranjera? Sin duda que la respuesta a esta pregunta dependerá en gran medida de la concepción ideológica que prime en los miembros de la Corte Constitucional al tiempo de resolver este tipo de acciones.

En adición a la acción por incumplimiento, la Constitución prevé otra garantía jurisdiccional que puede resultar sumamente útil en lo que respecta a la ejecución de la política fiscal: la acción de acceso a la información pública. Habíamos mencionado ya que la Constitución establece que las finanzas públicas se conducirán, entre otras, de forma transparente, tal como lo establece el art. 286 de la Constitución. En caso de que este precepto no se cumpla, cabría iniciar una acción de acceso a la información pública, cuyo objeto es precisamente garantizar ese acceso cuando el mismo ha sido denegado expresa o tácitamente, o cuando la información que se ha proporcionado no sea completa o fidedigna. Podrían iniciarse acciones de este tipo en caso de que el Estado no transparente información tal como el monto de lo recaudado ya sea por tributos o por concepto de otro tipo de ingresos públicos, pero también parecería que este es el camino cuando el Estado no transparenta qué destino está dando al gasto público. En general, la LOGJCC considera información pública a toda aquella que emane o que esté en poder de entidades del sector público, y la información antes mencionada tiene definitivamente este carácter. Claro que esta acción se limita únicamente a conseguir la transparencia de la información, es decir, su conocimiento y utilización por parte de todos los ciudadanos, y, por ello, queda corta en lo que se refiere a garantizar que el Estado esté cumpliendo adecuadamente con sus atribuciones, principalmente en las relativas a la pertinencia del gasto.

A lo anotado deberíamos agregar que en el Ecuador rige desde 2004 la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública (LOTAIP) que, en la práctica, desarrolla el principio de publicidad de la información pública y el derecho de los ciudadanos a acceder a ella, presentes desde la Constitución de 1998. Esta Ley es aplicable a todos los organismos y entidades que conforman el sector público, y se fundamenta sobre la base del principio de que la información pública pertenece a los ciudadanos, siendo el Estado y sus instituciones meros depositarios de los archivos públicos. La Ley señala que el acceso a la información pública será gratuito; que el ejercicio de la función pública está sometido al principio de apertura y publicidad de sus actuaciones; que la aplicación de la Ley debe ser hecha de la forma que más favorezca al efectivo ejercicio de los derechos mencionados; y la garantía del manejo transparente de la información pública, de manera que posibilite la participación ciudadana en la toma de decisiones de interés general,

pero, sobre todo, la rendición de cuentas de las diferentes autoridades que ejercen el poder público.

La LOTAIP obliga a todas las instituciones públicas a difundir a través de un portal de información o página web, así como de otros medios, entre otras, la información sobre la remuneración mensual por puesto y todo ingreso adicional, incluso el sistema de compensación de sus empleados; el texto íntegro de todos los contratos colectivos vigentes en la institución, así como sus anexos y reformas; la información total sobre el presupuesto anual que administra la institución, especificando ingresos, gastos, financiamiento y resultados operativos de conformidad con los clasificadores presupuestales, así como liquidación del presupuesto, especificando destinatarios de la entrega de recursos públicos; los resultados de las auditorías internas y gubernamentales al ejercicio presupuestal; información completa y detallada sobre los procesos precontractuales, contractuales, de adjudicación y liquidación, de las contrataciones de obras, adquisición de bienes, prestación de servicios, arrendamientos mercantiles, etc., celebrados por la institución con personas naturales o jurídicas, incluidos concesiones, permisos o autorizaciones; el detalle de los contratos de crédito externos o internos; y la fuente de los fondos con los que se pagarán esos créditos, entre otros.³⁴ Toda esta información resulta sumamente relevante desde el punto de vista del control popular del cumplimiento de los objetivos y metas de la política fiscal. En la práctica, pocas son las instituciones que dan pleno cumplimiento a la Ley, y que incluyen en sus portales web la información completa y detallada de sus ingresos y del origen que están dando a los mismos. Frente a los casos en que no se dé cumplimiento a esta disposición, cabría iniciar la acción de acceso a la información pública ya analizada anteriormente.

CONCLUSIONES

Como hemos visto a lo largo de este estudio, si bien el análisis de la política fiscal es sobre todo de tinte económico, también cabe analizar esta temática desde el punto de vista jurídico, pues el derecho es una importante herramienta para hacer política fiscal, tanto al tiempo de diseñarla, como cuando se persigue su correcta ejecución y cumplimiento.

Sin lugar a dudas la Constitución, como el más importante instrumento jurídico de un Estado, es también la herramienta jurídica más significativa en la que se encuentra esbozada la política fiscal. En el caso ecuatoriano, la Constitución de 2008, como ocurrió con las que la antecedieron, contiene normas y mandatos expresos relacionados con la política fiscal, y especialmente con segmentos de esta política como son los tributos y las compras públicas. Pero, además, la Constitu-

34. Art. 7 de la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública.

ción contiene una serie de instituciones que se dirigen a hacer respetar su contenido, tanto en lo formal como en lo sustancial, que resultan de gran utilidad y valor al momento de hacer efectivos los objetivos y principios de la política fiscal previstos en el texto constitucional.

El cambio de paradigma que se busca conseguir en nuestro país con la implantación del modelo neoconstitucional exige, paralelamente, un cambio de concepción de parte de los ciudadanos, que debemos conocer cuáles son, en general, los derechos y garantías que tenemos a la luz de la Carta Suprema y los tratados internacionales, pero, además, autoimponernos esas garantías haciendo uso de ellas en nuestro cotidiano vivir.

Uno de los ámbitos del poder público respecto de los cuales los ciudadanos tradicionalmente hemos tenido poca injerencia ha sido el de la política fiscal. Aunque es atribución del Estado el decidir el rumbo de la economía del Estado, los ciudadanos jugamos un papel protagónico como destinatarios y afectados en último término por esa decisión, y, por ende, debemos tener el derecho a exigir que las finanzas públicas se conduzcan adecuadamente, en franco respeto de la intención del soberano expresada en la Constitución y de la voluntad de nuestros mandantes plasmada en las leyes.

Si los ciudadanos tenemos el deber, por ejemplo, de pagar los tributos establecidos en la Ley, correlativamente debemos tener el derecho a exigir que esos tributos sean utilizados de forma responsable, equitativa y transparente. Dado que no siempre es fácil discernir si el gasto público se realiza sobre la base de estas máximas, es preciso que los jueces, como primeros garantes de los derechos que son a la luz del texto constitucional, sean quienes diriman si el Estado está cumpliendo o no con estos principios, y si está además observando la serie de disposiciones a las que hemos aludido en nuestro estudio. Pensar que el Estado central sea el único competente para dirigir la política fiscal es desconocer el papel que desempeña el ciudadano como contralor del poder público, como partícipe de la vida nacional, pero, sobre todo, como mandante, como único titular de la soberanía.

Es de esperar que los ciudadanos asumamos este nuevo rol que se inscribe en la idea de Estado democrático, pluralista y participativo que declara la Constitución y el Plan Nacional para el Buen Vivir, y que nos empoderemos de nuestros derechos y garantías, haciéndolas efectivas no únicamente cuando somos directamente afectados por un acto del poder público, sino también en aquellos casos cuando el Estado deja de cumplir con mandatos de carácter general, que miran al bien común, como aquellos relacionados con la política fiscal y la redistribución del ingreso. Solo ahí las garantías constitucionales cumplirán efectivamente su cometido, y solo ahí podremos afirmar que la política fiscal no es una mera construcción teórica, sino una auténtica hoja de ruta que se cumple en la práctica.

BIBLIOGRAFÍA

- Ataliba, Geraldo,
1977 *Hipótesis de incidencia tributaria*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria.
- Baena del Alcázar, Mariano,
“Curso de Ciencia de la Administración”, en *Revista de Administración Pública*. Disponible en: [www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/rap/cont/.../pr12.pdf].
- De la Garza, Sergio,
1985 *Derecho financiero mexicano*, México, Porrúa.
- Dermizaky Peredo, Pablo,
1998 *Derecho constitucional*, Cochabamba, Editora J.V., 4a. ed.
- González García, Eusebio,
2001 “Il concetto di tributo”, en *Trattato di Diritto Tributario*, Padova, CEDAM.
- Herschel, Federico,
1975 *Ensayos sobre política fiscal*, Madrid, Ed. de Derecho Reunidas.
- Jarach, Dino,
1985 *Finanzas públicas y Derecho tributario*, Buenos Aires, Cangallo.
- López Freile, Ernesto,
1998 “Control constitucional y organismos de control”, en *Experiencias constitucionales en el Ecuador y el mundo. Memorias del seminario de Derecho constitucional comparado*, Quito, Projusticia / Coriem.
- Low Murtra, Enrique, y Jorge Gómez Ricardo,
1986 *Política fiscal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- Martos Navarro, Fernando,
2007 *Auxiliar administrativo de corporaciones locales de Canarias*, MAD.
- Real Academia Española,
Diccionario de la lengua española, 21a. ed. Disponible en: [www.rae.es].
- Reyes Varea, Ramón,
1982 “La Fracción VI del artículo 31 en la Constitución Federal Mexicana”, en *Tribunal Federal Fiscal, 45 años al servicio de México*, México, Tribunal Federal Fiscal.
- Secretaría Nacional de Planificación,
2009 *Plan Nacional para el Buen Vivir 2009-2013*, Quito, SENPLADES.
- Troya Jaramillo, José Vicente,
2007 *El destino de las contribuciones al gasto público*, Monterrey, s. e.
- Zornoza Pérez, Juan, coord.,
2004 *Finanzas públicas y Constitución*, Quito, Tribunal Constitucional del Ecuador / Universidad Carlos III / Comisión Europea / Corporación Editora Nacional.

Normas citadas

- Constitución de 2008.
Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública (LOTAIP).

II

EMPRESA

LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA DEL ECUADOR¹

Agustín Grijalva²

El presente ensayo desarrolla primero el concepto de constitución económica, para luego presentar una visión histórica de su evolución en Ecuador, y centrarse finalmente en la Constitución ecuatoriana de 2008. Esta revisión conceptual, histórica y normativa lleva a la conclusión de que la constitución económica nunca es neutra aunque puede dar lugar a una pluralidad de legislación y políticas inscritas en el marco constitucional que las orienta y coordina. Por otra parte, al analizar la constitución económica de 2008 puede apreciarse que, a diferencia de lo establecido en la Constitución de 1998, el mercado pierde centralidad en el sistema económico y pasa a ser complementario, mientras se da preeminencia a los sectores comunitarios y públicos de la economía.

PRECISIONES CONCEPTUALES

El concepto de constitución económica alude al sistema de normas jurídicas que, al integrar una Constitución, hacen directa relación a temas económicos. En otras palabras, y recurriendo a la conocida definición de Francisco Galgano, la constitución económica se entiende como al análisis de la estructura constitucional de un sistema económico, incluyendo las relaciones de este con el sistema político. Aunque este concepto tiene su génesis en la ciencia económica, ha sido hoy asimilado por el Derecho constitucional, el cual destaca su fundamento en normas constitucionales positivas.³

1. Este ensayo se basa parcialmente en el artículo escrito con Julio César Trujillo, “El fundamento constitucional de la nueva economía”, publicado en *La Tendencia*, No. 10, Quito, FES / ILDIS, febrero-marzo 2010.
2. Miembro académico del Consejo de Educación Superior (CES). Docente del Área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.
3. Para el caso ecuatoriano puede encontrarse estudios a partir de este concepto en: Alfredo Mancero, *La Constitución económica del Estado ecuatoriano y las nuevas condiciones de la economía mun-*

Estas normas constitucionales pueden ser de diverso tipo, desde las más abstractas como los valores y los principios, hasta otras más concretas como las reglas. Estas normas además no necesariamente constan formalmente en el texto de la Constitución, aunque deben siempre tener rango constitucional. En efecto, la propia Constitución puede dar rango constitucional a normas fuera de su texto, como en el caso de tratados internacionales de derechos humanos, que integran el llamado bloque de constitucionalidad y cuyas normas, por tanto, son también parte de la Constitución económica; tal es el caso de los derechos económicos y sociales.

Hay que aclarar en todo caso que la totalidad de normas que integran la constitución económica tienen jerarquía constitucional. En consecuencia estas normas suelen trazar las líneas matrices de un sistema económico, si bien en términos más o menos genéricos, lo cual hace posible la adopción democrática en mayor o menor grado de diversas políticas económicas en el marco de un mismo orden constitucional. Dentro de este orden, estas políticas pueden recurrir entre sus instrumentos a legislación económica de variado tipo, cuyo estudio corresponde al Derecho económico.

La constitución económica además puede ser más o menos abierta, puede por ejemplo incluir líneas muy generales sobre el orden económico o descender a regulaciones mucho más específicas, incluso puntuales, las cuales limitarán en mayor grado el margen de variabilidad de la legislación y las políticas económicas.⁴ En todo caso, con menor o mayor especificidad, la constitución económica debe realizar una labor normativa y política de unificación, orientación y limitación. Unificación y orientación en cuanto debe proveer de cierta unidad y coherencia a la diversidad de leyes y políticas económicas proveyéndoles de fines y a veces medios comunes; limitación, en tanto estas leyes y políticas económicas nunca pueden ser puramente discrecionales, ni siquiera cuando resultan de procesos democráticos, pues la Constitución les impone constituirse en caminos no solo para la eficiencia sino para la protección y desarrollo de los derechos constitucionales de los ciudadanos y sus colectivos.

También debe precisarse que la constitución económica, como la constitución ambiental o la constitución cultural, no constituye una Constitución aparte, aislada de la Constitución política como sistema normativo único y unificado. La constitución económica es más bien un recurso analítico y expositivo para identifi-

dial, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar / Fundación Konrad Adenauer, 1997; Julio César Trujillo, "La Constitución económica, más allá del neoliberalismo", en *Foro: revista de derecho*, No. 7, Quito, Corporación Editora Nacional / Universidad Andina Simón Bolívar, 2007. Véase también, Willington Paredes, *La economía y las Constituciones del Ecuador 1945-2007*, Guayaquil, Archivo Histórico del Guayas, 2007.

4. Para un análisis de la relación entre Constitución y modelos económicos véase Luis Eduardo Pérez, César Rodríguez y Rodrigo Uprinsky, *Los derechos sociales en serio: hacia un diálogo de derechos y políticas públicas*, Bogotá, Dejusticia, 2007.

car y estudiar las normas constitucionales de directa relevancia económica, y relacionarlas con las dimensiones políticas y sociales del conjunto de la Constitución.

Por otra parte, pese a su relativa definición conceptual, el contenido específico de la constitución económica puede variar significativamente en el tiempo y de unos países a otros, justamente conforme a las normas positivas en materia económica consagradas en cada Constitución nacional en el período temporal de su vigencia.

Una clara variación en el tiempo se ha producido, por ejemplo, entre las constituciones liberales clásicas del siglo XIX y las constituciones del Estado Social del siglo XX. Mientras las primeras incluían una cantidad limitada de normas económicas, generalmente protectoras de la propiedad privada, la libertad de industria y trabajo, el comercio y los impuestos, las constituciones del Estado social de inicios del siglo XX expandieron significativamente la cantidad y desarrollo de normas constitucionales económicas, reflejando una mayor injerencia del Estado en la economía, así como el tamaño y complejidad del sector público de la economía.

En esta mayor densidad normativa de las actuales constituciones económicas destacan con fuerza los derechos económicos, sociales y culturales. Estos derechos, al igual que la planificación, develan un Estado activo, que regula, fomenta e incluso asume procesos económicos orientándolos a objetivos sociales y políticos constitucionalmente predefinidos. Estos derechos constan incluso en instrumentos internacionales a los que los estados se han obligado, y a los que sus constituciones dan rango constitucional, es decir, forman parte del llamado bloque de constitucionalidad.

En cierto sentido la pervivencia de la constitución económica como concepto jurídico antes que económico, y su tendencia a ampliarse en su contenido y ganar en complejidad, dan cuenta de la necesidad de derechos e instituciones jurídicas para organizar los procesos económicos y muestran que ningún sistema económico funciona en el vacío institucional. La regulación constitucional creciente de las finanzas públicas, del trabajo, de la actividad monetaria y financiera, así como el desarrollo de derechos económicos y sociales, evidencian que ni el mercado ni ningún otro proceso económico pueden prescindir de una infraestructura institucional que lo organice y de un horizonte valorativo que le dé sentido.

La precisión importa porque vienen desarrollándose durante los últimos años teorías tales como ciertas versiones del análisis económico del derecho o de la economía institucional que, si bien, por una parte, aportan al cuestionamiento y al formalismo jurídico, por otra, a veces subordinan el derecho a la economía, o más ampliamente el poder político al poder económico, en el sentido de que reducen las instituciones jurídicas a simple fuentes de costos o beneficios, reemplazando además los métodos jurídicos por los de la microeconomía, y la pluralidad de valores y derechos propia de una constitución democrática por el horizonte único y omnipresente de la eficiencia económica.

LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA EN LAS CONSTITUCIONES ECUATORIANAS

En el caso ecuatoriano las constituciones han reflejado cambios en las políticas y legislación económica, y generalmente no han constituido por sí mismas fuentes o hitos a partir de los cuales se han producido estos cambios. Estas reformas legislativas e institucionales, a su vez, han sido adoptadas en el marco de procesos económicos que en buena parte tuvieron en la economía mundial su origen y catalizador fundamental.

De esta forma, varias constituciones han tenido unos efectos más bien de legitimación o consolidación de cambios económicos previos, antes que de efectiva directriz normativa de la vida económica nacional. En cierto sentido, estas constituciones económicas han seguido la misma lógica de la mayoría de constituyentes en Ecuador, cuya convocatoria respondió más a la necesidad de institucionalizar condiciones de facto, que a efectivos acuerdos nacionales.

Así, la crisis del cacao y del sistema monetario y financiero del Ecuador en los años veinte tuvo una directa relación con las condiciones del mercado mundial, y constituyó el antecedente de la Revolución juliana, cuyos cambios en la legislación económica son a su vez el contexto en que se dictó la Constitución de 1929, primera en introducir derechos económicos y sociales.

Algo similar sucedió con la Constitución de 1967, la cual tuvo como antecedente el auge bananero y los inicios del Estado desarrollista que surgieron de él; la Constitución de 1978 continúa este proceso a partir de la acumulación y modernización impulsada por la exportación petrolera durante los años setenta. En contraste, la Constitución de 1998 institucionaliza cambios legislativos y constitucionales previos que respondieron a los procesos de liberalización, privatización y desregulación económica de los ochenta. La Constitución de 2008 expresó la reversión de ese proceso.

Las constituciones ecuatorianas del siglo XIX enfatizaron la organización política del Estado y los derechos civiles y políticos de los ciudadanos. Si bien estas cartas también incluyeron normas de orden económico, ellas se circunscribieron fundamentalmente a la garantía de la propiedad, así como a la aprobación y ejecución del presupuesto estatal con miras al equilibrio de ingresos y gastos, la autorización de empréstitos públicos y ciertos principios de las finanzas públicas. En general, el centro de atención en estas constituciones fue la hacienda pública.⁵

Lo exiguo de la normativa económica en estas constituciones no significa que el Estado fuera neutro e intrascendente para el orden económico. Por el contrario,

5. Juan Paz y Miño, "Constituyentes, constituciones y economía", en Juan Paz y Miño, edit., *Asamblea Constituyente y economía*, Quito, Abya-Yala, 2007.

la propia omisión de derechos económicos, exceptuando la propiedad y el comercio, así como la ausencia de normas e instituciones sobre el rol del Estado en la economía, exceptuando las finanzas públicas, son expresión de un Estado liberal-oligárquico que supuestamente se abstenía de intervenir en la economía pero que en realidad era un instrumento decisivo del poder económico y político de las clases latifundista y agroexportadora, cuyo declive fue luego precipitado por la crisis cacaotera. En efecto, como consecuencia de la Primera Guerra Mundial se decretó la inconvertibilidad del sucre, dando lugar a una fuerte devaluación que aumenta la pobreza de los más pobres y disminuyó las rentas fiscales provenientes de las exportaciones de cacao.⁶

De hecho, este Estado supuestamente ausente, neutro o abstencionista en materia económica es el que sostuvo jurídica, institucional y políticamente el poder de los bancos privados durante el período inmediato anterior a la Revolución juliana, dando lugar a un sistema monetario y financiero que derivó en altas tasas de inflación, endeudamiento público y graves convulsiones sociales, cuya máxima expresión fue la masacre de trabajadores en Guayaquil, el 15 de noviembre de 1922. Todo ello derivó durante el período juliano en importantes reformas en la legislación económica y en 1929 a una nueva constitución económica.

A raíz del programa impulsado por la misión Kemmerer se dictó legislación sobre banca central y bancos privados, moneda, presupuesto, impuestos, aduanas y cheques.⁷ Al mismo tiempo se creó el Banco Central, la Superintendencia de Bancos, la Contraloría General del Estado, la Caja de Pensiones, la Dirección General de Aduanas, entre otras entidades públicas orientadas a la intervención del Estado en la economía.

La Constituyente de 1929 estuvo integrada por sectores liberales modernos, representantes conservadores y del naciente Partido Socialista. Esta constituyente fue planificada e impulsada por el gobierno de Ayora, luego de que este consolidara por vía legislativa la nueva institucionalidad económica.⁸

La Constitución de 1929 es la primera que amplía significativamente las normas relativas a la economía; incluye un título exclusivamente para regular el presupuesto nacional, en el cual se establece que el Ejecutivo debe presentar al Congreso un presupuesto equilibrado de gastos e ingresos. Esta es una consecuencia de la Revolución juliana, lo cual incluyó además el mandato constitucional de centralización de las rentas así como la fiscalización del gasto mediante la Contraloría. Así mismo, esta Constitución desarrolló normas sobre la función social de la propiedad

6. Carlos de la Torre Muñoz, "Los fundamentos económicos en la nueva Constitución", en Juan Paz y Miño, edit., *Asamblea Constituyente y economía*, *ibíd.*

7. Wilson Miño Grijalva, *Breve historia bancaria del Ecuador*, Quito, Corporación Editora Nacional, 2008, p. 777.

8. Rafael Arízaga Vega, *Las Constituyentes*, Quito, Fraga, 1998, p. 154.

privada, la propiedad estatal, la prohibición de monopolios, la fijación por ley de jornadas máximas, salarios mínimos y otros derechos laborales como la seguridad social, además de otros derechos sociales como los relativos a salud y educación. Sin embargo, no se constitucionalizaron las nuevas instituciones y normas de regulación y control que fueron desarrolladas vía legislación por la Revolución Juliana.

En esa misma línea la Constitución de 1945 es la primera en incluir una sección exclusiva sobre la economía. A partir de su artículo 146, esta Constitución no solo agrega y sistematiza normas relativas a la economía incluidas en constituciones anteriores, especialmente en la de 1929, sino que fortalece claramente el rol del Estado en la economía mediante la planificación, de la cual hace una mención corta pero explícita,⁹ la propiedad de recursos del subsuelo, la vigilancia de la productividad de la tierra y el incentivo del cooperativismo agrícola, la pequeña propiedad y la propiedad comunal. También fortaleció los derechos de los trabajadores, dando rango constitucional a derechos y principios desarrollados en la legislación laboral dictada en los años treinta.

Aunque con distinta orientación ideológica, la constituyente de 1946 mantuvo muchas de las innovaciones de normativa económica introducidas en la carta de 1945. Esta Constitución creó un Consejo Nacional de Economía con funciones de investigación, iniciativa de ley y como órgano de consulta del Presidente para la elaboración de decretos-leyes de emergencia en materia económica.

Desde finales de los años cuarenta hasta mediados de los sesenta las exportaciones de banano integraron el nuevo eje de la economía del país. El impacto de la producción del banano fue mucho mayor que el del cacao, pues este expandió la frontera agrícola, la red vial, la urbanización de la Costa y el mercado interno.¹⁰ Este proceso está ligado al desarrollo de un Estado desarrollista que busca mediante una planificación tecnocrática una mayor industrialización, construcción de infraestructura pública, centralización de la hacienda pública y en general una modernización del sistema económico, incluyendo el sector agrícola, lo cual se expresó en la primera Ley de Reforma Agraria de 1964.

Al igual que había sucedido antes, muchas reformas económicas se cristalizaron primero en leyes y solo luego en la Constitución. Hay que anotar al respecto que a más de la Ley de Reforma Agraria de 1964, en 1957 se había expedido una Ley de Fomento Industrial, en 1963 se expide un nuevo Código Fiscal, y en 1964 se expide una nueva Ley de Fomento Industrial, mientras que en 1965 se expide

9. El artículo 146 establece al respecto: "Para encauzar la economía nacional, el Estado dictará los planes adecuados, a los que se someterán las actividades privadas sin perjuicio de lo establecido sobre el régimen de la propiedad".
10. Alberto Acosta, *Breve historia económica del Ecuador*, Quito, Corporación Editora Nacional, 1995, p. 100.

una Ley de Control de precios.¹¹ Como se aprecia, estos cambios legislativos apuntan en dirección del Estado desarrollista antes mencionado.

En efecto, la Constitución de 1968 promulgada a raíz de estos procesos amplió aún más la constitución económica al establecer regulaciones sobre la planificación, el régimen tributario, monetario y bancario. La planificación, en particular, tiene en esta Constitución especial importancia pues se constitucionaliza la Junta Nacional de Planificación, la cual había sido ya creada mediante ley en 1954. Como se dijo, esta Constitución se dicta en un momento de apogeo del desarrollismo, esto es, de una política de crecimiento económico que contó con la base del auge bananero entre 1948 y 1965, proceso en el cual se asignaba al Estado un rol protagónico mediante la provisión de servicios públicos e infraestructura para el desarrollo del sector industrial.¹²

La carta de 1978 da continuidad a las tendencias desarrollistas de los años sesenta y setenta, modelando un Estado intervencionista en materia económica. Esta Constitución introduce, mediante la combinación de diversos sectores económicos, el planteamiento de una economía mixta en la cual el Estado tiene un rol protagónico. Dentro del papel del Estado se incluye la propiedad y explotación estatal exclusiva de áreas estratégicas, como por ejemplo los recursos naturales no renovables. La Constitución crea además el Consejo Nacional de Desarrollo (CONADE).

Sin embargo, desde los años ochenta del siglo XX, las políticas y legislación económica comenzaron a adoptar una dirección contraria a la Constitución de 1978. La confluencia de factores económicos nacionales e internacionales diversos pero convergentes impulsó procesos económicos de liberalización, desregulación y privatización que no encuadraban en los parámetros de esta Constitución. En consecuencia, se plantearon varias reformas constitucionales.

Estas reformas en la constitución económica se iniciaron en 1983 con el fortalecimiento del poder para legislar del ejecutivo mediante nuevas regulaciones respecto a proyectos de ley en materia económica calificados como urgentes por el Presidente de la República. Empero, las reformas más importantes se propusieron durante los años 1995 y 1996. Las reformas constitucionales de 1995 y 1996 hacen relación a la prohibición a los legisladores de manejar partidas presupuestarias, y a cambios en el proceso de aprobación legislativa de la proforma presupuestaria, establecimiento de derechos de los consumidores y derechos ambientales, una mayor protección a la propiedad de la tierra y debilitamiento del sistema de planificación. Aunque finalmente la legislatura no adoptó estos cambios con la profundidad que

11. *Ibid.*, pp. 331-333.

12. Carlos Alfredo Uquillas, "Breve análisis histórico y contemporáneo del desarrollo económico del Ecuador", en *Observatorio de la economía latinoamericana*, No. 86, 2007. Disponible en: [<http://www.eumed.net/cursecon/ecolat/index.htm>].

impulsaban los proponentes,¹³ tales reformas constituyen, sin duda, el antecedente más importante de la nueva orientación económica adoptada en la Constitución de 1998.

La Constitución de 1998 contiene continuidades y rupturas respecto a la Constitución de 1978. Las continuidades están marcadas por el mantenimiento y desarrollo de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC), mientras que las rupturas giran alrededor del fortalecimiento del mercado como institución central de la economía y la reducción y restricción del Estado regulador y orientador del mercado y del sector privado de forma que uno y otro cumplan sus objetivos sociales. Este sistema es lo que la Constitución de 1998 denominó Economía Social de Mercado. En la práctica, varios gobiernos del último período se valieron de resquicios o dudosas interpretaciones de la Constitución de 1998, o de legislación abiertamente inconstitucional, para aplicar políticas neoliberales. No obstante mantiene un Estado con importantes funciones regulatorias y de control. De todas maneras, esta carta incluye normas que dejan puertas abiertas al debilitamiento del estado como actor económico.

LA CONSTITUCIÓN DE 2008

El régimen de desarrollo

El régimen de desarrollo es uno de los aspectos esenciales de la actual Constitución económica, una de cuyas dimensiones –la economía social y solidaria– es el foco de atención del presente ensayo.

La Constitución de Montecristi incluye una noción amplia de desarrollo que se aleja radicalmente del concepto de desarrollo entendido exclusivamente como crecimiento económico, puesto que, según el artículo 275, integra las dimensiones económicas, políticas, socioculturales y ambientales. Es más, los alcances y límites del crecimiento económico están determinados por su contribución al Buen Vivir (*Sumak Kawsay*) y a la efectivización de los derechos. De acuerdo al artículo 283, la economía tiene como objetivo “la producción y reproducción de las condiciones materiales e inmateriales que posibiliten el buen vivir”.

El régimen de desarrollo incluye por ello múltiples sistemas y dimensiones: la planificación, la soberanía alimentaria y económica, los sectores estratégicos y el trabajo. El régimen de desarrollo incluye también, según el artículo 340, varios de los fines para el conjunto de instituciones públicas orientadas a efectivizar los

13. Ver Marco Antonio Guzmán, *Derecho económico ecuatoriano*, t. I, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar / Corporación Editora Nacional, 1996, pp. 95-108.

derechos y el buen vivir, y que integran el Sistema Nacional de Inclusión y Equidad Social.

La ESS es al mismo tiempo uno de los sistemas del régimen de desarrollo y la concreción de este en el ámbito económico. Incluye –como se demuestra a continuación– no solo el sector económico solidario y el sector económico popular, sino a otros sectores o formas de organización económica.

Conviene, sin embargo, hacer una aclaración conceptual preliminar. Puesto que la economía social y solidaria es un sistema mixto, que reconoce al mercado y al sector privado de la economía, hay quienes sostienen que la ESS es básicamente un sistema mixto de economía que articula Estado y Mercado para alcanzar objetivos sociales.¹⁴

Estas caracterizaciones desconocen los cambios estructurales que la ESS introduce respecto a la economía social de mercado, y que aparecen resumidos en la tabla expuesta más adelante. Estas diferencias se refieren –como queda dicho– a la pérdida de centralidad del mercado en la ESS, lo cual no significa su eliminación o exclusión, sino su integración dinámica a otras formas de organización económica como las estatales y solidarias en función de los objetivos del Estado social. Estas diferencias tienen también relación con el alcance o proyección general que la economía social y solidaria, como está concebida en la Constitución, busca sobre todas y cada una de las formas de organización productiva y financiera.¹⁵ Adicionalmente, en el marco de la ESS se produce también por primera vez el reconocimiento de la dimensión económica de actividades con el trabajo doméstico y autónomo.

Respecto al cambio en la posición estructural del mercado implica una nueva relación entre trabajo y capital que se concreta en especial mediante una mayor participación de quienes aportan con su trabajo en los procesos productivos, un rol más importante de la planificación y de la producción estatal, así como de las formas comunitarias y solidarias de organización económica, y de los procesos de renovación de los ecosistemas más allá de las necesidades productivas de las siguientes generaciones. Todo ello en el marco de un modelo que favorece el desarrollo de los mercados nacionales y la producción interna con miras a una integración económica latinoamericana.

Por otra parte, la definición de la ESS simplemente como economía mixta constituye una definición genérica que elude sus propiedades centrales puesto que prácticamente toda economía actual en cierto sentido es mixta. Por lo tanto, no son los sectores que integran la ESS los que la caracterizan, sino la forma como se articulan y los principios e instituciones a los cuales se orienta el conjunto de dichos sectores.

14. Dalton Bacigalupo, “Régimen de desarrollo y nueva economía propuesta en la Constitución”, en *La Tendencia*, No. 10, Quito, FES / ILDIS, febrero-marzo 2010.

15. José Luis Coraggio, *Economía social y solidaria*, Quito, FLACSO / Abya-Yala, 2011, pp. 331-343.

En efecto, un segundo aspecto de la ESS tiene que ver con el tránsito de un sistema de economía mixto pautado por dinámicas capitalistas a otro marcado por nuevas lógicas y principios.¹⁶ En efecto, como veremos, estos principios fueron concebidos para estructurar no solo el sector público y el comunitario de la economía sino que incluye el sector privado y las formas mixtas que estos integren. Aunque el punto de partida de la ESS es la coexistencia de varios sectores económicos con lógicas diversas, en el postulado constitucional subyace la idea de una transición hacia un nuevo tipo de sistema económico que como conjunto y en cada uno de sus sectores desarrolle nuevas relaciones entre capital y trabajo, así como entre trabajo y naturaleza.

En definitiva, la Constitución económica de 2008 es más que una descripción de una economía actual y realmente existente, la prefiguración de una economía de transición que, al menos en el modelo constitucional, introduce estructuras y dinámicas nuevas.

COMPARACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN DE 1998 Y DE 2008

Parámetros	Economía Social de Mercado	Economía Social y Solidaria
Mercado	Elemento central	Elemento complementario
Relación capital-trabajo	Primacía del capital	Primacía del trabajo
Planificación	Marginal	Fundamental
Economía comunitaria	Marginal	Prioritaria
Sector público	Limitado	Desarrollado
Relaciones con la naturaleza	Sustentable	Ecológica
Relaciones internacionales	Integración al mercado mundial	Soberanía económica e integración latinoamericana

La Economía Social y Solidaria

El artículo 283 de la Constitución declara que la economía ecuatoriana es social y solidaria (ESS), y define algunos principios y enunciados que contribuyen a diferenciarla de otros sistemas económicos:

el sistema económico es social y solidario; reconoce al ser humano como sujeto y fin; propende a una relación dinámica y equilibrada entre sociedad, Estado y mercado, en armonía con la naturaleza; y tiene por objetivo garantizar la producción y reproducción de las condiciones materiales e inmateriales que posibiliten el buen vivir.

16. Al respecto véase la introducción de Alberto Acosta a la obra de José Luis Coraggio, *Economía social y solidaria*, *ibíd.*

A continuación se examinan cada uno de estos conceptos a fin de dilucidar, desde la base constitucional, el alcance del sistema económico que establece la Constitución.

i) La economía social

La economía social enfatiza la participación democrática de quienes aportan con su trabajo en la gestión de los procesos productivos, y al mismo tiempo la distribución equitativa de sus frutos entre todos ellos; propugna la primacía del trabajo sobre el capital y la provisión de bienes y servicios de óptima calidad a las y los consumidores, mediante un intercambio según las reglas del precio justo y de respeto a la diversidad étnica y cultural.

En el caso ecuatoriano, puesto que el sistema económico en su conjunto es definido como de economía social o mixta, ello implica que la participación en la producción debe llevarse a cabo no solo mediante las formas cooperativas de organización productiva, sino además con la concurrencia de los sectores estatal y privado de la economía.

La economía social puede ser vista como el desarrollo del tipo de economía requerida por un Estado social y democrático que proclama la Constitución en el artículo 1 y que tiene como fundamento el derecho y principio de igualdad material y formal para cuya consecución en el artículo 11.2 de la misma Constitución se determina que “el Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real a favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad”.

El principio de igualdad material o real, empero, como lo ha advertido Garrorena, puede entrar en tensión e incluso en contradicción con el mercado y la propiedad capitalista, en tanto estos tienden a la acumulación indefinida a favor de los dueños del capital, subordinando siempre a quienes proveen su conocimiento y trabajo en el proceso productivo.¹⁷ Esta subordinación del trabajo al capital es la fuente de la crónica desigualdad material y mucho más si al mismo fin se organiza el mercado. Por lo tanto, la profundización del principio de igualdad material puede y llevar a la regulación del mercado y a la democratización tanto de la propiedad como de las decisiones en pos de una economía efectivamente más igualitaria que corresponda a los fines del Estado social.

Otro pilar del Estado social está dado por los derechos económicos, sociales y culturales. En la Constitución de Montecristi se profundiza la tendencia creada en la Constitución de 1998 de otorgar a todos los derechos igual jerarquía. Pero la plurinacionalidad y los derechos sociales, en particular, están vinculados estructu-

17. Ángel Garrorena, *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*, Madrid, Tecnos, 1991.

ralmente al régimen de desarrollo (artículo 275.3), a la economía social y solidaria (artículo 283), al régimen del buen vivir (artículo 340) y las políticas públicas y servicios públicos deben servir para garantizarlos (artículo 85). En esta línea, el fortalecimiento de los derechos sociales corresponde al Estado social y a la economía solidaria.

ii) *La economía solidaria*

Las relaciones de intercambio utilitario que se producen en el mercado no agotan toda la gama de relaciones económicas posibles, todas las cuales deben girar en torno a la cooperación, la reciprocidad, la redistribución, etc. Desde el punto de vista de la ESS, la introducción progresiva de solidaridad en los procesos económicos, incluyendo los de mercado, tiende a generar procesos de eficiencia sistémica o social.

Inscrita en esta línea, la Constitución de Montecristi erige *la solidaridad como un principio económico* que viene a redimensionar conceptos clave como la productividad y la competitividad, que, según el artículo 284.2, deben tener carácter sistémico, es decir, deben responder no solo a expectativas y necesidades de la unidad de producción en particular, sino de toda la economía y la sociedad en su conjunto. En igual sentido, el artículo 320.2 hace referencia además de la productividad sistémica, a la complementariedad de todos los sectores, a la valoración del trabajo y la eficiencia económica y social.

La dimensión de solidaridad en la economía se expresa de múltiples formas. Así, por ejemplo, entre las responsabilidades de los ecuatorianos se establece en el artículo 83.9 el “practicar la justicia y la solidaridad en el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de bienes y servicios”.

PRIMER PRINCIPIO:

EL SER HUMANO COMO SUJETO Y FIN

Tanto la Constitución de Montecristi como el Plan Nacional de Desarrollo plantean un modelo de desarrollo y una economía cuyo eje y fin es la realización de las capacidades del ser humano. Este enfoque guarda correspondencia con el enfoque de derechos sobre el desarrollo, para el cual garantizar los derechos humanos constituye el objetivo,¹⁸ límite y parámetro de evaluación de las políticas públicas, las cuales son concebidas en la Constitución como un tipo de “garantía” de los derechos, es decir, como medio concretos para su realización.¹⁹ El enfoque de derechos impide un diseño institucional orientado exclusivamente al crecimiento o

18. Artículo 275-2.

19. Artículo 85.

la estabilidad macroeconómica, puesto que requiere explicitar de manera concreta el modo cómo determinada política o institución pública proyecta concretar ciertos derechos.

La Constitución de 1998 (artículos 242 y 243) establecía que la economía social de mercado debía responder a principios y objetivos de solidaridad, sustentabilidad e igualdad de derechos. Por tanto, más que en la proclamación de los derechos como objetivos de la economía, lo que diferencia a la economía social y solidaria de la economía social de mercado son los medios que se constitucionalizan para efectivizarlos. En la Constitución de 1998 el mercado, aunque formalmente regulado por el Estado, es el proceso central del sistema económico, como queda claro en su artículo 244, que establece que “dentro del sistema de economía social de mercado” le corresponde al Estado regular, planificar, promover actividades económicas e incluso emprenderlas por sí mismo cuando lo requiera el interés general. Este grado de intervencionismo estatal en el mercado diferencia, a su vez, la economía social de mercado del paradigma principal del libre mercado, propio del liberalismo decimonónico y del neoliberalismo reciente.²⁰

En contraste, en la economía social y solidaria que proclama la Constitución de 2008, el mercado pierde esa centralidad en el sistema económico para convertirse en un mecanismo más, junto con otras formas de intercambio justo y de organización económica de tipo comunitario, público, autónomo o mixto, según el artículo 319. No es el afán de lucro el móvil del sistema económico, sino la armonía en las relaciones de los seres humanos entre sí, con la naturaleza y las futuras generaciones; a esos objetivos deben tender todas las formas de organización económica y así garantizar los derechos constitucionalmente reconocidos y una creciente participación, conforme los artículos 319 y 320.

SEGUNDO PRINCIPIO:

EL EQUILIBRIO EN LA RELACIÓN SOCIEDAD-ESTADO-MERCADO

Una premisa de la ESS para que se dé una relación equilibrada entre sociedad, mercado y Estado es la valoración de la dimensión económica de experiencias sociales tales como el cooperativismo, el trabajo autónomo, las redes de productores y de comercio justo, las empresas autogestionadas, entre otras. La ESS implica una profundización de la democracia en el plano económico. A diferencia de las economías centradas en el mercado, la ESS valora y promueve la participación democrática de las personas y los colectivos en los procesos económicos en que

20. Para una diferenciación constitucional entre la economía social de mercado y economía neoliberal véase: Agustín Grijalva y José Vicente Troya, “Elementos para un Derecho de la competencia en Ecuador”, en *Foro: revista de derecho*, No. 1, Quito, Corporación Editora Nacional / Universidad Andina Simón Bolívar, 2003.

actúan. En otras palabras, a las relaciones del Estado con el mercado, la economía solidaria añade la sociedad como el escenario en el que actúa el mercado y a cuya paz debe contribuir abriéndose a la participación equitativa de todos en la producción, distribución y circulación. A esta democratización de la economía se refiere el artículo 320 de la carta política que dispone que “en las diversas formas de organización de los procesos de producción se estimulará una gestión participativa, transparente y eficiente”.

En la búsqueda de esa relación dinámica y equilibrada entre sociedad, Estado y mercado se procura reinstaurar el sentido de lo público en la gestión estatal mediante la planificación participativa y descentralizada que establecen los artículos 279 y 280. Además le corresponde al Estado (artículo 277) regular las actividades económicas, asumirlas directamente cuando tienen un carácter estratégico (artículo 313), y promover especialmente aquellas actividades económicas que hagan efectivos los derechos conforme al artículo 319.

En cuanto al mercado, la Constitución lo reconoce y promueve en tanto guarde esa relación dinámica y equilibrada con la sociedad y el Estado. Es decir, dispone que sea funcional a los objetivos del Estado constitucional, social y democrático. De este modo, el artículo 284.4 se refiere al fomento del intercambio justo y complementario de bienes y servicios en mercados transparentes y eficientes; el artículo 304.1 plantea el fortalecimiento de los mercados internos; el 304.6 busca evitar las prácticas monopólicas y oligopólicas, especialmente en el sector privado de la economía.

En cuanto al Estado, la ESS no se limita a la proclamación formal de la regulación del mercado, sino que además fortalece tanto la planificación como el sector público de la economía. En esto se diferencia radicalmente de la formulación de la Economía Social de Mercado de la Constitución de 1998.

La Constitución de Montecristi otorga gran importancia a la planificación. Mientras la Constitución de 1998 incluía (artículos 254 y 255) disposiciones generales sobre la planificación económica y social, la Carta Magna vigente en sus artículos 275, 279 y 280 fortalece el Sistema Nacional de Planificación, que parece que deberá estar conformado por el Consejo Nacional de Planificación y los consejos de planificación de los gobiernos autónomos descentralizados y aunque se destaca la participación de la ciudadanía en la conformación del Consejo Nacional, hemos de entender que igual participación de la ciudadanía se ha de garantizar en los consejos de planificación de los gobiernos autónomos, porque solo así se puede lograr que el sistema y no solo uno de sus órganos sea participativo, como dispone el artículo 279. Además el trabajo de todos estos órganos de planificación debe ser tal que lo local esté articulado a lo nacional y este a aquel.

La ejecución del Plan se asegura mediante la vinculación de lo previsto con la asignación de recursos en el Presupuesto General del Estado y es la Asamblea Nacional la responsable de que eso sea así y los órganos encargados de aprobar el

presupuesto de los gobiernos autónomos descentralizados se encargarán de que los presupuestos de estos gobiernos financien los planes de desarrollo local.

Tanto el Plan Nacional de Desarrollo como los planes locales son obligatorios para el sector público e indicativo para los demás sectores.

El Sistema de Planificación y el Plan Nacional de Desarrollo establecen los objetivos de la política económica que son a la vez los medios para el fin último que es el establecimiento de un *sistema económico social y solidario* (artículo 284), avanzar hacia el mismo fin persigue la política fiscal (artículo 285), igual que la monetaria, cambiaria, crediticia y financiera (artículo 302), la política comercial (artículo 304) y de inversiones públicas (artículo 339), entre otros.

La planificación, además de descentralizada y participativa (artículo 279), debe coordinar las diversas formas de organización económica, de modo que todas se orienten al tipo de desarrollo que determina la Carta Magna, debe promover o desincentivar diversas formas de producción, no de modo arbitrario, sino conforme estas respondan objetivamente a crear las condiciones para que todos gocen efectivamente de los derechos constitucionales, el *sumak kawsay*, la sostenibilidad y productividad sistémica, valoración del trabajo y eficiencia económica y social (artículo 319).

El Estado social y democrático de derecho tiene varias funciones además de las tradicionales de legislar, ejecutar y administrar y administrar justicia; de estas nuevas funciones nos interesan ahora las económicas y de estas se destaca la gestión de los sectores estratégicos que están constituidos por las telecomunicaciones, recursos naturales no renovables, el transporte y la refinación de hidrocarburos, la biodiversidad y patrimonio genético, el espectro radioeléctrico, el agua, y, en general, lo que, de acuerdo con la ley, por su trascendencia tengan decisiva influencia económica, social, política y ambiental (artículo 313).

Para realizar las actividades que requiere la gestión de estos sectores, y para organizar y mantener en funcionamiento los servicios públicos, el Estado tiene facultades para constituir y administrar empresas públicas (artículo 315); puede delegarlas a las empresas mixtas en las que tenga mayoría accionaria, y solo por excepción y mediante ley a la empresa privada o a empresas de economía solidaria y popular. La ley además de autorizar la delegación deberá fijar los plazos y límites de ella (artículo 316).

En definitiva, la ESS no es una economía centralmente planificada o estatista, pues reconoce y apoya las formas de organización económica comunitaria gestadas en la sociedad, incluyendo la autogestión de los trabajadores; mantiene el mercado aunque fuertemente regulado, preserva la propiedad privada, garantiza la libertad de empresa y en general el sector privado de la economía. Incluso las empresas públicas (artículo 315) tienen autonomía financiera, económica, administrativa y de gestión, si bien se hallan bajo supervisión de organismos técnicos. El artículo 334

promueve el acceso equitativo a factores de producción, evitando su concentración o acaparamiento.

TERCER PRINCIPIO:

LA ARMONÍA CON LA NATURALEZA

La Constitución de 2008 fortalece decididamente el principio de la armonía con la naturaleza. Los derechos de la naturaleza (artículos 71, 72, 73 y 74) expresan el principio de que el desarrollo y el sistema económico no pueden ser asumidos como procesos externos o aislados de la naturaleza. A su vez, la naturaleza no puede ser reducida a fuente de recursos naturales para ser extraídos, transformados y consumidos en el proceso productivo. Los procesos económicos se generan siempre en el marco de ecosistemas; hay por tanto una relación intrínseca y estructural entre economía y naturaleza. No se trata solamente de preservar los recursos naturales o un ambiente sano para las generaciones futuras, sino, además, de respetar los ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos naturales como realidades valiosas en sí mismas, más allá de su utilidad para los seres humanos (artículo 271).

Cuando la Constitución hace referencia a que al sistema económico solidario busca la armonía con la naturaleza (artículos 283 y 275.3), este enunciado no puede entenderse sino en relación con una economía en la que la producción y el consumo no se convierten en procesos depredatorios de la naturaleza, sino que atienden a su existencia, mantenimiento y regeneración conforme al artículo 71 de la Constitución.

Tampoco podría entenderse tal equilibrio –pues sería inaplicable– como limitación absoluta de la actividad productiva. De hecho, luego de que se consagran los derechos de la naturaleza (artículos 71 y 72), se determina que “las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades tendrán derecho a beneficiarse del ambiente y de las riquezas naturales que les permitan el buen vivir” (artículo 73).

La Constitución de Montecristi reconoce tanto la dimensión ambiental inherente a toda actividad económica como las necesidades humanas de intercambiar bienes, energía e información con el medioambiente, pero en términos que permitan la continuidad tanto de los seres humanos como de los ecosistemas en que estos existen, con los que se relacionan, y de los que finalmente también son parte. En este sentido el ideal de buen vivir constituye un principio ético estructurante de la nueva economía. El buen vivir supone formas de trabajo, comercio y consumo que necesariamente consideren la dimensión ambiental atendiendo tanto los derechos de las personas como los de la naturaleza.

La Constitución enfatiza en el fomento de la producción y la productividad, especialmente nacional (artículo 284.2), actividad productiva que no puede hacer abstracción de la búsqueda de una relación equilibrada con la naturaleza. Así, por

ejemplo, se refiere a que la política económica debe fomentar la “incorporación del valor agregado con máxima eficiencia, dentro de los límites biofísicos de la naturaleza...” (artículo 284.4). Además, establece como objetivo el “mantener la estabilidad económica, entendida como el máximo nivel de producción y empleo sostenibles en el tiempo” (artículo 284.7), y se promueve el “consumo social y ambientalmente responsable” (artículo 284.9).

Se trata entonces de enmarcar la producción y el consumo en la concepción del buen vivir, esto es, en una relación armoniosa y equilibrada con la naturaleza. La descripción de este tipo de economía y del modelo de desarrollo que integra se halla condensada en el artículo 395.1: “el Estado garantizará un modelo sustentable de desarrollo, ambientalmente equilibrado y respetuoso de la diversidad cultural, que conserve la biodiversidad y la capacidad de regeneración natural de los ecosistemas, y asegure la satisfacción de las necesidades de las generaciones presentes y futuras”.

A fin de concretar este tipo de relación entre sistema económico y naturaleza, la Constitución establece (artículo 14) el derecho humano a vivir en un medioambiente sano generando así un vínculo entre economía, derechos humanos y ecología. En esta misma línea, se desarrolla un amplio capítulo (artículos 395 al 415) relativo a la biodiversidad y los recursos naturales, donde se formulan lineamientos de políticas, principios e instituciones constitucionales que, por todo lo dicho, son relevantes para la política y el modelo económico.

CUARTO PRINCIPIO:

EL *SUMAK KAWSAY*

El Buen Vivir ha sido criticado por su amplitud, indefinición y por ser supelementalmente extraño a la cultura de la mayoría de la población. Sin embargo, la Constitución provee elementos que perfilan una definición y su relación con algunos valores actualmente universalizados mediante los derechos humanos. Así, se establece que “El buen vivir requerirá que las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades gocen efectivamente de sus derechos, y ejerzan responsabilidades en el marco de la interculturalidad, del respeto a sus diversidades, y de la convivencia armónica con la naturaleza” (artículo 275, tercer párrafo). Aquí se deja entender que el buen vivir es un valor, un fin u horizonte que comprende el respeto a la diversidad, el ejercicio de los derechos y responsabilidades constitucionales y otros, como el derecho a la paz consigo mismo y con todo el entorno físico y humano en el que se desenvuelve la vida humana.

Tanto el régimen de desarrollo como el sistema económico tienen como objetivo y condición el buen vivir. En otras palabras, la economía social y solidaria plantea una nueva relación estructural entre economía y derechos, entre los seres humanos entre sí y de estos con el universo. En esta nueva relación, los derechos

son elementos constitutivos del buen vivir, y la economía es un medio para efectivizar los derechos, de modo que estos han de respetados en todas las fases de ella. Hinkelammert y Mora lo han expresado en estos términos:

El reconocimiento del ser humano como sujeto viviente, la corporalidad del sujeto, sus necesidades y derechos, han de ser el punto de referencia básico, fundamental, para la evaluación de cualquier racionalidad económica y de toda organización económica institucionalizada. Y no –como es la norma dominante– la eficiencia abstracta o cualquiera de sus derivaciones...²¹

Esta subordinación de la economía a los derechos profundiza el proceso de desmercantilización de los derechos. Tal cual lo ha planteado Ferrajoli, hay un ámbito de la vida social, la de los derechos constitucionales, que deben sustraerse del mercado, pues de otra forma se reducen a mercancías y no puede asegurarse su efectividad y universalidad. Derechos como la salud o la educación son negados como tales cuando se los reduce a servicios al alcance solo de quienes pueden pagarlos.²²

En términos económicos, esta concepción puede expresarse del siguiente modo:

estas visiones de la economía social y solidaria comparten la visión de privilegiar los valores de uso respecto del valor de cambio, lo que implica valorar los bienes y servicios por su contribución a la reproducción de las comunidades, y no por los mecanismos usuales del mercado capitalista vinculados al bajo costo y al alto margen de ganancia. Esto implica avanzar en la desmercantilización de los principales bienes y servicios que garantizan la vida humana.²³

Para la ESS, igualmente, no solo que los derechos no deben subordinarse al mercado, sino que el mercado y cualquier otro mecanismo de intercambio debe organizarse en términos que sean compatibles con el respeto a la dignidad de la persona humana y sirven al goce y ejercicio de los derechos de los participantes en el intercambio y de todos los miembros de la comunidad y de esta como tal. Como se dijo, la economía social y solidaria reconoce como su sujeto y fin al ser humano en cuanto individuo y a la comunidad en tanto colectividad de seres humanos iguales y con un destino común que no pueden realizarlo aislados ni de los unos en perjuicio de los otros (artículo 283).

21. Franz Hinkelammert y Henry Mora Jiménez, “Por una economía orientada hacia la reproducción de la vida”, en *Íconos*, No. 33, Quito, FLACSO, enero 2009.

22. Luigi Ferrajoli, “La democracia constitucional”, en Christian Courtis, comp., *Desde otra mirada*, Buenos Aires, Eudeba, 2001.

23. Natalia Quiroga, “Economía feminista, social y solidaria. Respuestas heterodoxas a la crisis de reproducción en América Latina”, en *Íconos*, No. 33, Quito, FLACSO, enero 2009.

El Estado de bienestar y su forma constitucionalizada, el Estado social, habían proclamado formalmente los derechos y objetivos sociales como propósitos de la economía, por ejemplo, los artículos 242 y 243 de la anterior Constitución. Empero, en esta concepción el mercado sigue siendo la clave del conjunto del sistema económico que funciona en torno a la empresa capitalista, mientras que otras formas de organización económica de la sociedad como las cooperativas, asociaciones, comunidades, trabajo doméstico o trabajo autónomo son marginales y el Estado es el poder que regula las relaciones de los sujetos del sistema y actor subsidiario que actúa fundamentalmente frente a las fallas del mercado.

En la ESS la empresa capitalista ha de perder centralidad en el sistema económico y se convierte en un agente más que deberá convivir con la empresa comunitaria, asociativa cooperativa, mixta y con la empresa pública que se constituirá siempre que sea necesaria para emprender en actividades que por su trascendencia y magnitud tengan decisiva influencia económica, social, política o ambiental y que, por lo mismo, en manos de la empresa capitalista podrían ser una amenaza para la democracia política, económica y social. Esta intervención de la empresas pública no ha de implicar descuido ni abandono de los sectores estratégicos y los servicios públicos que le son propios, *per se*.

Para asumir las actividades que por su trascendencia y magnitud tengan decisiva influencia económica, social, política o ambiental, el Estado podrá decretar la expropiación de instalaciones, bienes y medios de producción que estuvieran en manos de los otros sectores de la economía, siempre previa justa valoración, indemnización y pago a sus anteriores propietarios.

El artículo 283 establece que el objetivo del sistema económico es el buen vivir, principio que –como se ha dicho– comprende los derechos constitucionales en general (artículo 275.3), y los derechos sociales en particular (artículos 12.34). El ejercicio de esos derechos perfila, según el preámbulo de la Constitución, “una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza”. Estos derechos, a su vez, requieren para su materialización de una institucionalidad pública mediante el *régimen del buen vivir* (artículos 340 al 415).

En consecuencia, el buen vivir no implica una igualación en la privación de condiciones y medios para una vida adecuada o de igualdad en la pobreza, como algunos dicen con el propósito de desacreditar al nuevo régimen económico que propicia la Constitución de Montecristi. Por el contrario, la economía debe “garantizar la producción y reproducción de las condiciones materiales e inmateriales” que la hagan posible (artículo 283). Se trata, entonces, de una calidad y condiciones de vida que efectivamente potencien el desarrollo del ser humano, en términos sociales y ambientales adecuados; el buen vivir consiste en crear oportunidades y medios para que todas las personas accedan a esa calidad de vida que incluye la vida digna (artículo 66.2) y además la armonía en las relaciones sociales y con la naturaleza.

Ese horizonte ético-económico implica una crítica al consumismo, a la instrumentalización del trabajo humano y a la depredación de la naturaleza. No excluye la iniciativa y la superación individual, sino que asegura que estas contribuyan al mejoramiento social. Así, se garantizan los derechos a la propiedad (artículo 66.26), a la contratación (artículo 66.16), a que cuando las partes del contrato no sean iguales ha de intervenir el Estado para fijar los límites que protejan la dignidad y los derechos del más débil, la libertad de trabajo (artículo 66.17), y “a desarrollar actividades económicas, en forma individual o colectiva, conforme a los principios de solidaridad, responsabilidad social y ambiental” (artículos 66.15 y 278.2).

El Buen Vivir no es una vida pobre, sino una vida rica en un sentido más profundo e integral, digna en lo material, trascendente en lo social y espiritual, sensible a la diversidad cultural y a la naturaleza. Le corresponde al Estado crear las condiciones adecuadas para su factibilidad, aunque la realización cabal de este principio se halla también librada a la creatividad de la autonomía individual.

QUINTO PRINCIPIO:

LA ECONOMÍA SOCIAL Y SOLIDARIA Y PLURINACIONALIDAD

El Estado plurinacional significa, entre otras cosas, que en su territorio coexisten diversas culturas que el desarrollo no puede desconocer ni destruir, sino respetar y adoptar medidas que las impulsen y enriquezcan, de aquí que la Constitución coherentemente dispone que el desarrollo ha de “proteger y promover la diversidad cultural y respetar sus espacios de reproducción e intercambio; recuperar, preservar y acrecentar la memoria social y el patrimonio cultural” (artículo 276.7).

De otra parte, una de las dimensiones del desarrollo es la economía y, en esta, la producción de bienes y servicios y su consumo ocupan primerísimo lugar y en ellos ha de manifestarse el respeto a la plurinacionalidad cuando se trate de garantizar el derecho a la alimentación (artículo 13), o de alcanzar la soberanía alimentaria (artículo 281), de la misma manera que al fomentar o promocionar la incorporación de valor agregado a los productos extraídos o recogidos de la naturaleza o a los frutos del trabajo humano (artículo 284.4), mediante el aprovechamiento y progreso de la diversidad de saberes, ciencia y tecnología.

Así, el buen vivir es coexistir y comunicarse permanentemente, en un plano de igualdad las diversas culturas que supone la interculturalidad y el respeto a la diversidad previstas en el artículo 275.3. De hecho, la noción de Buen Vivir –*sumak kawsay*– como filosofía de vida y concepto ético hunde sus raíces en las culturas de los pueblos andinos.

Buena parte de la actividad económica de los pueblos indígenas está vinculada a la economía popular y solidaria, entendida como sector. La Constitución de Montecristi incluye normas relativas a la propiedad comunitaria indígena (artículo 57.4), el uso de recursos naturales que se hallan en sus territorios (artículo 57.5), la

participación comunitaria en la gestión de la educación (artículo 348.2) o la salud (artículo 342), o en la gestión ambiental (395.3), donde los pueblos indígenas evidencian prácticas solidarias desarrolladas.

Los sectores de la economía social y solidaria

a) El sector popular y solidario

El artículo 283.2 de la Constitución reconoce a la economía popular y solidaria como una de las varias formas de organización económica, integrada por los sectores cooperativistas, asociativos y comunitarios. El artículo 319, al referirse a las formas de organización de la producción, añade la producción familiar, autónoma y doméstica. Ahí mismo se otorga al Estado la facultad de incentivar unas formas de organización económica o de la producción sobre otras, conforme el grado en que estas contribuyan al buen vivir y los derechos.

A lo largo de la Constitución puede apreciarse que esta impulsa decididamente el desarrollo del sector popular y solidario. Aunque la Carta Magna no incluye un capítulo o sección específica y diferenciada sobre el sector popular y solidario, a lo largo de la misma hay numerosas disposiciones en materia alimentaria, financiera, de propiedad y laboral, que tienen relación directa con este sector. Mediante una interpretación sistémica, estas disposiciones pueden ubicarse y relacionarse para obtener una perspectiva de conjunto.

Según la Constitución de Montecristi hay una relación estructural entre soberanía alimentaria y sector popular y solidario. Así, en el artículo 281.1 relativo a la soberanía alimentaria, se establece como responsabilidad del Estado el “impulsar la producción, transformación agroalimentaria y pesquera de las pequeñas y medianas unidades de producción comunitarias y de la economía social y solidaria”. En igual sentido, el artículo 281.10 fortalece el desarrollo de las organizaciones y redes de productores y consumidores, así como las de comercialización y distribución de alimentos que promuevan equidad entre espacios rurales y urbanos. El artículo 281.11 compromete al Estado a generar sistemas justos y solidarios de distribución y comercialización de alimentos. El 281.14 obliga al Estado a “adquirir alimentos y materias primas para programas sociales y alimenticios prioritariamente a redes asociativas de pequeños productores...” En definitiva, la Constitución ve en el sector popular y solidario una base clave de la soberanía alimentaria del país.

El artículo 309 hace referencia al sector financiero popular y solidario, el cual debe contar con normas y entidades de control específicas y diferenciadas. Las entidades de control deben tener autonomía. El artículo 311 describe la composición de este sector financiero y luego habla de darle un trato preferencial. Así mismo, establece que el sector financiero popular y solidario se compondrá de cooperativas de ahorro y crédito, entidades asociativas o solidarias, cajas y bancos comunales,

cajas de ahorro. Todas estas instituciones pueden recibir un trato preferencial del Estado en la medida en que efectivamente impulsen el desarrollo de la economía popular solidaria.

Al referirse a las diversas formas de propiedad, el artículo 321 incluye la propiedad comunitaria, asociativa y cooperativa. De esta manera se especifican y amplían las formas de propiedad establecidas en el artículo 30.²⁴ En la misma línea, en materia de comercio el Estado se obliga a impulsar y velar por el comercio justo como medio de acceso a bienes y servicios en términos sustentables (artículo 336).

b) La economía popular

El artículo 319 hace expresa mención a los tipos de actividad económica que son incluidos bajo el concepto de economía popular.

En la teoría económica puede distinguirse la economía popular como un subsistema caracterizado por la organización autónoma e individual del trabajo asalariado o no asalariado, con miras a la acumulación necesaria para la reproducción intergeneracional de la vida de esos trabajadores. En esta categorización económica pueden incluirse las formas familiar, doméstica y autónoma, de organización de la producción (artículo 319).

La Constitución de 1998 reconocía como labor productiva el trabajo doméstico no remunerado, así como el respeto a los derechos laborales de la mujer trabajadora del sector informal. Puesto que en esa carta política el eje de la economía era el mercado regulado por el Estado social, se propendía a una incorporación de estas trabajadoras al mercado, o al trabajo asalariado, para utilizar los términos del artículo 36 de esa Constitución.

La Constitución de 2008 amplía esas formas de organización productiva. El artículo 325 reconoce a todas las modalidades de trabajo y a trabajadoras y trabajadores como actores sociales y productivos, incluyendo expresamente a los trabajadores autónomos, los que realizan labores de autosustento y cuidado humano.

Respecto al trabajo doméstico, se “reconoce como labor productiva el trabajo no remunerado de autosustento y cuidado humano que se realiza en los hogares”

24. Se fortalece la concepción de la propiedad en una dimensión doble, como un derecho subjetivo y una institución económica. Por esta razón, la propiedad consta tanto en el artículo 66-6, entre los derechos de libertad como en el artículo 321, en tanto institución constitucional económica componente del régimen de desarrollo. En tanto derecho subjetivo, la Constitución hace referencia al acceso a la propiedad, introduciendo así una perspectiva dinámica y redistributiva coherente con los principios del Estado social. En cambio, como institución del régimen de desarrollo, la propiedad en sus diversas formas debe cumplir una función social y ambiental que se concreta en los objetivos propios del mencionado régimen de desarrollo establecidos en el artículo 276, entre los cuales se pueden citar: mejorar la calidad de vida, construir un sistema económico justo, democrático, productivo, solidario y sostenible, fomentar la participación, recuperar y conservar la naturaleza, la soberanía nacional, y promover un ordenamiento territorial equilibrado.

(artículo 333). Por lo tanto, se amplía la noción de trabajo doméstico con la de autost sustento, impulsando además la corresponsabilidad de hombres y mujeres en el trabajo doméstico y en general en las obligaciones familiares.

Una innovación de la Constitución de 2008 consiste en el expreso reconocimiento y regulación de las actividades de cuidado humano como actividades económicas. El artículo 333 se refiere expresamente a la economía del cuidado, obligando al Estado a desarrollar un régimen laboral específico para este tipo de labor, incluyendo servicios, infraestructura y horarios adecuados.

En cuanto al trabajo autónomo, la Constitución contiene varias normas relativas a los derechos de mujeres (artículo 31), de los jóvenes y trabajadores autónomos que laboran en espacios públicos (artículo 329).

En suma, en el marco del sistema económico social y solidario, la Constitución de 2008 valoriza de forma más amplia y profunda que en la de 1998 el trabajo en el hogar y el trabajo autónomo. Estas actividades se reconocen expresamente como productivas, y, por tanto, se dispone la formulación de regulaciones que protejan los derechos de esos trabajadores.

Finalmente, respecto al conocimiento y tecnología generados por estas experiencias comunitarias, la Constitución establece el deber del Estado de promover e impulsar la ciencia, la tecnología y demás conocimientos de la iniciativa creativa comunitaria, asociativa y cooperativa (artículo 277.6).

BIBLIOGRAFÍA

- Acosta, Alberto,
1995 *Breve historia económica del Ecuador*, Quito, Corporación Editora Nacional.
- Arízaga Vega, Rafael,
1998 *Las Constituyentes*, Quito, Fraga.
- Bacigalupo, Dalton,
2010 “Régimen de desarrollo y nueva economía propuesta en la Constitución”, en *La Tendencia*, No. 10, Quito, FES / ILDIS, febrero-marzo.
- Coraggio, José Luis,
2011 *Economía social y solidaria*, Quito, FLACSO / Abya-Yala.
- De la Torre Muñoz, Carlos,
2007 “Los fundamentos económicos en la nueva Constitución”, en Juan Paz y Miño, edit., *Asamblea Constituyente y economía*, Quito, Abya-Yala.
- Ferrajoli, Luigi,
2001 “La democracia constitucional”, en Christian Courtis, comp., *Desde otra mirada*, Buenos Aires, Eudeba.
- Garrorena, Ángel,
1991 *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*, Madrid, Tecnos.

- Grijalva, Agustín, y José Vicente Troya,
2003 “Elementos para un Derecho de la competencia en Ecuador”, en *Foro: revista de derecho*, No. 1, Quito, Corporación Editora Nacional / Universidad Andina Simón Bolívar.
- Guzmán, Marco Antonio,
1996 *Derecho económico ecuatoriano*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar / Corporación Editora Nacional.
- Hinkelammert, Franz, y Henry Mora Jiménez,
2009 “Por una economía orientada hacia la reproducción de la vida”, en *Íconos*, No. 33, Quito, FLACSO, enero.
- Mancero, Alfredo,
1997 *La Constitución económica del Estado ecuatoriano y las nuevas condiciones de la economía mundial*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar / Fundación Konrad Adenauer.
- Miño Grijalva, Wilson,
2008 *Breve historia bancaria del Ecuador*, Quito, Corporación Editora Nacional.
- Paredes, Willington,
2007 *La economía y las Constituciones del Ecuador 1945-2007*, Guayaquil, Archivo Histórico del Guayas.
- Paz y Miño, Juan,
2007 “Constituyentes, Constituciones y economía”, en Juan Paz y Miño, edit., *Asamblea Constituyente y economía*, Quito, Abya-Yala.
- Pérez, Luis Eduardo, César Rodríguez y Rodrigo Uprinsky,
2007 *Los derechos sociales en serio: hacia un diálogo de derechos y políticas públicas*, Bogotá, Dejusticia.
- Quiroga, Natalia,
2009 “Economía feminista, social y solidaria. Respuestas heterodoxas a la crisis de reproducción en América Latina”, en *Íconos*, No. 33, Quito, FLACSO, enero.
- Trujillo, Julio César,
2007 “La Constitución económica: más allá del neoliberalismo”, en *Foro: revista de derecho*, No. 7, Quito, Corporación Editora Nacional / Universidad Andina Simón Bolívar.
- 2010 “El fundamento constitucional de la nueva economía”, en *La Tendencia*, No. 10, Quito, FES / ILDIS, febrero-marzo.
- Uquillas, Carlos Alfredo,
2007 “Breve análisis histórico y contemporáneo del desarrollo económico del Ecuador”, en *Observatorio de la economía latinoamericana*, No. 86. Disponible en: [<http://www.eumed.net/coursecon/ecolat/index.htm>].

NUEVAS VISIONES SOBRE LA EMPRESA: LA RESPONSABILIDAD SOCIAL CORPORATIVA. LA EXPERIENCIA EUROPEA

Rosario Valpuesta Fernández¹

LA RESPONSABILIDAD SOCIAL DE LAS EMPRESAS. UNA APROXIMACIÓN

Esta no pretende ser una intervención que se desenvuelva en el plano técnico jurídico, que nos lleve a reflexionar acerca del concepto y significado de la empresa en el mundo del Derecho; una tarea que seguro requeriría de un especial detenimiento por cuanto nos enfrentamos a una noción sobre la que aún no se han puesto de acuerdo los juristas, y en la que confluyen posiciones ideológicas y doctrinales muy diferentes y que tienen que ver, sin duda, con la función que las empresas han de desempeñar en el Estado Democrático y Social.

En esta línea, tampoco pretendemos dilucidar acerca de las diferentes formas empresariales desde una perspectiva jurídica, es decir, acercarnos a las nuevas vestes con las que se invisten las empresas para el ejercicio de su actividad y su protagonismo en las relaciones de intercambio. Ello nos exigiría considerar aquellas manifestaciones que pueden suscitar alguna duda acerca de su verdadera naturaleza; nos referimos más en concreto a la virtualidad de las fundaciones, que separándose de lo que ha sido su función tradicional en el Derecho de inspiración francesa, asumen ahora una actividad típicamente económica o, si se quiere, empresarial; o a las sociedades anónimas sin finalidad de lucro, que parecen traicionar “la natural” propensión de las empresas a la obtención de ganancias.

Tampoco entraremos a valorar los tipos de lucros que pueden generar las empresas, tengan estos una dimensión societaria, mutualista o cooperativa. Pues si bien su categorización nos permitirá evaluar el alcance que los beneficios empresariales tienen para sus protagonistas, en este momento consideramos todos y cada uno de ellos como señas de identidad de la empresa.

1. Catedrática de Derecho Civil de la Universidad Pablo de Olavide, Sevilla. Doctora en Derecho por la Universidad de Sevilla (†).

No reflexionaremos por el momento, aunque sí lo tendremos en cuenta más adelante, quiénes son o pueden ser considerados destinatarios de los beneficios de las empresas con capacidad para influir en su comportamiento, nos referimos más en concreto a los *stakeholders*, que incluyen sin lugar a dudas a los socios, aunque también se extiende a otras categorías de personas, como pueden ser los trabajadores, los consumidores u otras colectividades, sean estas determinadas o indeterminadas, e incluso a los que se conocen como beneficiarios indirectos.

Utilizamos pues el concepto de empresas en un sentido material, para referimos a los actores económicos presentes en la producción de bienes y servicios y sus intercambios; o, si se quiere desde una perspectiva económica, a la organización de capital y trabajo destinada a la intermediación de bienes y servicios para el mercado con el fin de generar ganancias. Unos actores económicos que con independencia de la veste con la que se presenten tienen como objetivo maximalizar los beneficios en el ejercicio de su actividad, hablamos pues de actores económicos que adquieren una subjetividad jurídica para poder actuar en el mercado a fin de defender y preservar sus intereses, de naturaleza eminentemente privados.

Ellos son los que se arrogan el protagonismo en la economía de mercado, son ellos los que pretenden definir un sistema económico que pivota en torno a la iniciativa privada para la producción y comercialización de los bienes. Y su seña de identidad es la libertad económica, que se nos quiere presentar como la panacea para la construcción de la democracia; de tal manera, se nos dice, sin esta libertad no hay democracia. Con ello se resalta o se pone de manifiesto las implicaciones que tienen, en el tema que abordamos, las cuestiones referidas a la construcción política del gobierno que se quiere, y su representatividad del conjunto de la ciudadanía.

Y en esta línea, de un tiempo a esta parte ha surgido en el debate político y económico la responsabilidad social de las empresas. En una primera aproximación se podría entender por tal el compromiso de aquellas con los valores colectivos definidos por la sociedad. Significa que tales empresas asumen que son parte de la colectividad y en consecuencia tienen que orientar su actividad económica a la realización de fines definidos por el conjunto de la misma, de tal modo que su gestión debe responder a los objetivos sociales identificados políticamente. Incluso se habla de la función social de las empresas, parafraseando a la propiedad, para insistir aún más en la perspectiva social de su contenido, y en la necesidad de que la actividad económica que desarrollan responda a una más justa distribución de la riqueza así como con la defensa de bienes que pertenecen a todos, como el medioambiente.

Cosa distinta es lo que se conoce más específicamente como Responsabilidad Social Corporativa (RSC), pues con ello se hace referencia a algo más concreto que tiene que ver con los programas voluntarios desarrollados por algunas empresas en los que se comprometen con la defensa de determinados valores, que incorporan a su actividad económica. Responden pues a la idea de evidenciar su implicación

con tales valores adoptando políticas y prácticas empresariales en los ámbitos económico, social y medioambiental. Su concreción responde a las presiones de determinados grupos de interés, que se conocen como los *stakeholders*, para que las empresas se acomoden a ciertas exigencias éticas.

La pretendida dialéctica entre el mercado y el Derecho

El tema propuesto nos lleva a un escenario más amplio, aquel en el que los actores son, por un lado, las empresas, entendidas como agentes económicos del capitalismo y, de otro lado, el Estado, como defensor de los intereses generales. Una dialéctica que se ha querido presentar como la expresión de una relación más amplia, la que se da entre el mercado y el Derecho, es decir entre la actividad productiva y de tráfico de bienes y servicios y el poder regulatorio del Ordenamiento jurídico.²

Pero esta relación tal como se nos muestra puede esconder una trampa ideológica que conviene desenmascarar: la de entender que el mercado es un espacio separado del Derecho, que se desenvuelve a impulsos propios y con capacidad de generar sus propias reglas,³ muy en la línea de lo que Irti⁴ ha identificado como la orientación naturista en el enfoque y tratamiento de las relaciones entre mercado y Derecho. Desde esta perspectiva se pretende sustituir el discurso político, que necesariamente sustenta la regulación del tráfico de bienes y servicios, por una explicación economicista del mismo, en el sentido de que los principios que lo rigen, las soluciones que se aportan o las estrategias que se diseñan responden a la lógica interna de las relaciones de intercambio, a la que deben ser ajenas la política

2. La tradicional dificultad acerca de su definición no esconde más que un trasfondo ideológico que pone de manifiesto su intento de huir de la categoría de propietario (Nícolo), y, como consecuencia de ello, de las exigencias de la responder en su ejercicio a la función social: las teorías monistas o atomistas acerca de su naturaleza son buena prueba de ello.
3. “Si el Derecho privado expresa la misma lógica que el mercado, su fundación debe ser la *norma de eficiencia*, el cumplimiento de cuyos dictados, a su vez –y el argumento es circular– solo resulta viable mediante una organización que asegure que en todo caso será la decisión del mercado la llamada a prevalecer”, José Cándido Paz-Ares, “Economía política como jurisprudencia racional”, en *Anuario de Derecho civil*, vol. 34, No. 3, Ministerio de Justicia, 1981, p. 682.
4. “Esta solución, que proviene de la aceptación de las leyes de la naturaleza y que describe por tanto la uniformidad que se encuentra frente a nosotros, es verdadera e incontrovertible”, Natalino Irti, “Derecho y mercado”, en *Revista de Derecho Patrimonial*, No. 3, Aranzadi, 1999, p. 22. También véase “Para la desarticulación del Estado social se ha buscado una metodología más eficaz: la ciencia económica, que recupera los propios términos deterministas del raciocinio exponiendo como verdades absolutas e inevitables los postulados del modelo económico vigente e incluso de una determinada política económica”, Francisco Balaguer Callejón, “El Estado social y democrático de Derecho. Significado, alcance y vinculación de la cláusula del Estado social”, en José Luis Moreno Pérez, Cristóbal Molina Navarrete y María Nieves Moreno Vida, eds., *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, Granada, Comares, 2002, p. 90.

y el Derecho. Se dice, en consecuencia, que las reglas del juego que han de regir el mercado no son externas al sistema, sino que surgen de él como un precitado de los intereses que lo presiden. Desde estos postulados se propugna lo que se ha dado en llamar la desregulación de las relaciones de mercado, para que sea este el que fije sus objetivos y medios para conseguirlo.⁵

Este planteamiento, muy extendido, no toma en consideración que el mercado necesita del Derecho para su propio funcionamiento, requiere de la fuerza coactiva de las normas y de la institucionalidad que la hace efectiva para poder funcionar. Necesita de las normas laborales para disciplinar las relaciones con los trabajadores, del Derecho privado que le asegure la eficacia de sus derechos, de la publicidad registral que dé certeza a las transmisiones inmobiliarias, de las normas societarias que articulen su subjetividad..., es decir, un conjunto de disposiciones que den cobertura a los intereses empresariales al mismo tiempo que los legitimen. Y con certeza necesita de un poder judicial que le ampare en los conflictos que puedan surgir en la realización de sus intereses.

La cuestión planteada tiene en consecuencia otra dimensión, la de dilucidar si la actuación de las empresas y la normativa que la regula se ha de someter a los principios y valores asumidos por el conjunto de la sociedad o, por el contrario, estas pueden funcionar al margen de los mismos, en defensa de los intereses individuales que lo impulsan.

En efecto, el Derecho que reclama el mercado es aquel que se ajuste a los intereses privados que lo presiden, que imponga pocas trabas al desenvolvimiento de las empresas en la procura de una maximalización de sus beneficios; un Derecho o, mejor dicho, unas normas jurídicas que en sus objetivos se quieren separar de los principios y valores que el conjunto de la sociedad se ha dotado en el diseño del modelo de convivencia que se quiere. De tal modo que, cabría decir, de un lado está

5. Como continúa Natalino Irti, el mercado no extrae de sí mismo su propio Derecho, sino que el Derecho desde el exterior lo constituye y lo conforma, y el contenido de las normas procede de una elección política, y por tanto la fisonomía jurídica del mercado está trazada por una *decisión de poder*, "Derecho y mercado", p. 25. En esta línea, se afirma que "El Estado no puede limitarse a asegurar las condiciones ambientales de un supuesto orden social immanente, ni a vigilar los disturbios de un mecanismo autorregulado, sino, por el contrario, ha de ser el regulador decisivo del sistema social y ha de disponerse a la tarea de estructurar la sociedad a través de medidas directas o indirectas", Manuel García-Pelayo, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid, Alianza, 1996, p. 23. Así también, Andrés Suárez nos recuerda que la experiencia histórica y los dictados de la ciencia económica permiten sostener que el correcto funcionamiento de un sistema de economía de mercado necesita de mecanismos correctores y poderes compensadores que den respuesta a anhelos colectivos que el mercado por sí solo, debido a sus limitaciones, no puede satisfacer y mantiene las desigualdades económicas que el sistema inexorablemente genera dentro de unos límites socialmente tolerantes, Andrés Suárez, "Progreso económico y justicia social", en Luis García San Miguel, edit., *El principio de igualdad*, Madrid, Dykinson, 2000, p. 59.

el mercado, con su propio Derecho, y de otro el Ordenamiento Jurídico que define el proyecto común de los pueblos.

Una dialéctica que se da, a juicio de sus defensores, entre posiciones que se desenvuelven en un mismo plano, el de los derechos fundamentales que dan carta de naturaleza a los estados democráticos, de tal modo que la actividad de las empresas se sustenta en el derecho a la libre iniciativa económica que merece la protección de los poderes públicos, lo mismo que los intereses generales que estos últimos deben realizar. Insistiendo incluso en que el desenvolvimiento de la libertad de empresa responde a su vez a un interés general, por cuanto del mismo depende el desarrollo social y la producción de riqueza. Se debe considerar, en consecuencia, si es posible ubicar en un mismo plano las relaciones de mercado y los intereses generales, de tal modo que ambos se relacionan en un diálogo entre iguales, cuando no funcionan de manera independiente. Una reflexión que requiere tener en cuenta las coordenadas de tiempo y lugar en el que esta dialéctica se produce.

El mercado responde a una experiencia histórica y, como tal relativa, sujeta a procesos de cambios y transformación que se reflejan en cada momento al marco jurídico en el que se han de desenvolver las relaciones de producción e intercambio.

Se puede decir que en el ámbito estatal la disciplina jurídica del mercado forma parte del conjunto del ordenamiento jurídico, por lo que ha de responder a la coherencia interna que al mismo se le exige, pero sobre todo se ha impregnar de los principios y valores que lo informan, residenciados en el texto constitucional. Como dice Häberle, frente a la expansión del economicismo, resulta cada vez más necesaria una teoría constitucional del mercado.⁶

Este planteamiento se ha visto desbordado con el proceso de internacionalización de las empresas que ha avocado a la globalización financiera y económica que hoy conocemos. En este nuevo escenario la relación entre las empresas y el Estado se difumina por las limitaciones que tienen estos últimos para imponer restricciones, objetivos y estrategias a la actividad de los actores económicos. Ello ha propiciado, sin duda, los procesos de integración regional al objeto de fortalecer el mercado interior y dotarse de instituciones que sirvan de interlocutores a las empresas que operan en ese espacio. Sin embargo, las insuficiencias y las propias limitaciones de los estados para imponer a las empresas los principios y valores colectivos se ha manifestado igualmente en estos ámbitos regionales en los que es más intenso los intercambios de bienes y servicios, debido a la impronta mercantilista o economista que tiene su nacimiento.

6. "El Estado constitucional coloca al mercado a su servicio, como un sustrato material irrenunciable de sus fines ideales, orientados a favor de la dignidad del hombre y la democracia", Peter Häberle, "Incurtus. Perspectiva de una doctrina constitucional del mercado", en *Pensamiento constitucional*, No. 4, año IV, Lima, PUC, 1997, p. 15.

Una situación que resulta aún más preocupante si se tiene en cuenta que en el ámbito internacional no se cuenta con instituciones con capacidad para imponerse a las empresas transnacionales, que se desenvuelven con gran libertad sorteando las leyes estatales en un campo yermo de objetivos políticos.

En estos tres espacios debemos reparar para apreciar en todo su significado la responsabilidad social de las empresas.

El ámbito estatal, la experiencia europea

La teoría constitucional del mercado ha de responder a los postulados del Estado social en la experiencia más reciente de Europa. Como es sabido, tras el intento de la Constitución de Weimar de 1919 de instaurar un marco jurídico que respondiera a las exigencias de las clases sociales excluidas del poder, el paso del Estado liberal al Estado democrático y social se produjo de forma más generalizada en Europa tras la Segunda Guerra Mundial,⁷ aunque ya se contaban con experiencias en este sentido.⁸

El entendimiento de lo que sea el Estado social no está exento de dificultades, lo que ha suscitado intensos debates en la doctrina con posiciones muy diferenciadas⁹ que no podemos reflejar en este momento. Sí debemos resaltar, sin embargo,

7. Una exposición sobre sus orígenes en Manuel García-Pelayo, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, pp. 14 y ss.; en este sentido también se afirma, “las nuevas fuerzas políticas (cristianos sociales, socialistas y comunistas) que afrontaron la reconstrucción y modernización de la Europa de posguerra coincidieron en el mantenimiento de las instituciones clásicas democráticas en lo referente al estatuto de las libertades políticas, si bien rechazaron unánimemente la vuelta a los postulados del liberalismo en el orden económico y social”, Bassols Coma, *Constitución y sistema económico*, Madrid, Tecnos, 1988, 2a. ed., p. 40. Véase también, “Fue tras el final de la Segunda Guerra Mundial cuando las democracias europeas debieron afirmar una fórmula política-jurídica que evolucionado desde sí misma pudiera adaptarse a las nuevas necesidades del desarrollo técnico, social y económico, impidiendo la caída en el totalitarismo fascista y las posibilidades de revolución y sistema de tipo soviético”, María Teresa Gallego Méndez, “Estado social y crisis del Estado”, en Rafael del Águila, edit., *Manual de ciencia política*, Madrid, Trotta, 2000, 2a. ed., p. 120. También, Rainer Arnold, “Bases dogmáticas del principio del Estado social en el Derecho constitucional alemán”, en Gregorio Cámara Villar y Juan Cano Bueso, eds., *Estudios sobre el Estado social*, Madrid, Tecnos, 1993, pp. 30 y ss.
8. Gerhard A. Ritter, “Los comienzos y el desarrollo del Estado social en Alemania, Europa y los Estados Unidos hasta la Segunda Guerra Mundial”, en *Studia histórica. Historia contemporánea*, No. 8, Universidad de Salamanca, 1990, pp. 157 y ss.
9. Sobre los diferentes significados atribuidos a la noción de Estado social, Beatriz González Moreno, *El Estado social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*, Madrid, Civitas, 2002, pp. 36 y ss. En este sentido, Ferrajoli entiende que los derechos fundamentales incluyen a los Derechos sociales y “forman el fundamento y el parámetro de la igualdad jurídica y por ello de la que llamaré dimensión ‘sustancial’ de la democracia, previa a la dimensión política o ‘formal’ de esta, fundada en cambio sobre los poderes de la mayoría”, Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 2002, 2a. ed., p. 42.

que el advenimiento del Estado Social está unido a la democracia. Su alumbramiento responde a la necesidad de acrecentar la participación efectiva de todas y todos en el destino de la sociedad, lo que solo podría ocurrir si se dota a la ciudadanía de las condiciones de igualdad y libertad indispensables para poder actuar de forma autónoma en los distintos espacios de decisión. Y para ello es necesario que se garantice el disfrute de los bienes esenciales mediante el reconocimiento de una serie de derechos sociales, al mismo tiempo que se legitima a los poderes públicos para intervenir en la economía a fin de corregir sus desviaciones más extremas. El Estado social es una respuesta a la necesidad de profundizar en el régimen democrático tras los terribles acontecimientos que asolaron la primera mitad del siglo XX en Europa. Se construye desde el convencimiento de que solo con justicia social es posible la participación de todas y todos en el gobierno del pueblo.¹⁰

Las Constituciones sociales responden a las exigencias de la igualdad sustancial, aquella que repara en la realidad de los hechos y tiene en cuenta la situación de desventaja de algunos colectivos que no pueden acceder a los bienes esenciales. Frente a la igualdad formal del constitucionalismo burgués se opone esta otra igualdad que requiere de la intervención de los poderes públicos para corregir la iniquidad de un modelo de desarrollo que llevaba a la exclusión de gran parte de la población, en contraste con la acumulación de riquezas por una oligarquía económica que controlaba también el poder político.¹¹

Pero el Estado social, como es sabido, no constituye una nueva forma de Estado, pues no reniega del que ha sido su modelo, el Estado liberal, del que asume sus señas de identidad que, en lo que aquí respecta, se concretan en la defensa y garantía de la economía de mercado, con la propiedad y la libre iniciativa econó-

10. Francisco Balaguer Callejón, “El Estado social y democrático de Derecho”, p. 91.

11. En palabras de Manuel García-Pelayo, “El Estado social parte de la experiencia de que la sociedad dejada total o parcialmente a sus mecanismos autorreguladores conduce a la pura irracionalidad y que solo la acción del Estado hecha posible por el desarrollo de las técnicas administrativas, económicas de programación de decisiones, etc., puede neutralizar los efectos disfuncionales de un desarrollo económico y social no controlado”, Manuel García-Pelayo, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, pp. 22 y 23. Así también se afirma, “surge el denominado Derecho constitucional económico como conjunto de preceptos que regulan la intervención del Estado en el orden económico y se generaliza la configuración constitucional de los llamados derechos sociales o preceptos que regulan la intervención del Estado en el orden social”, Carlos de Cabo, *La crisis del Estado social*, Barcelona, PPU, 1986, p. 19. Sobre el tema, Fernando Garrido Falla, *El modelo económico en la Constitución española*, vol. I, Madrid, Instituto de Estudios Económicos, 1981, pp. 107 y ss. Como ha dicho Miguel Ángel Aparicio Pérez, “el Estado social surge como producto de un pacto en virtud del cual se produce un cierto desapoderamiento de la capacidad de disposición del propio capital por parte de los empresarios, y se traslada capacidad directa decisoria sobre el proceso productivo y de intercambio al Estado y las organizaciones de trabajadores participan positivamente colaborando con el nuevo proceso”, Miguel Ángel Aparicio Pérez, “El Estado social en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en Gregorio Cámara Villar y Juan Cano Bueso, eds., *Estudios sobre el Estado social*, pp. 49 y 50.

mica como puntas de lanza del modelo que se quiere defender, al que somete a nuevos principios constitucionales. Por ello es un Estado débil, como afirma López y López, porque “se formula a partir del Estado liberal y con aceptación de muchos de sus postulados”.¹²

Unos nuevos principios constitucionales que ponen en el frontispicio del pacto político la igualdad sustancial,¹³ pero que se dota de herramientas jurídicas insuficientes para alcanzar en toda su plenitud la aspiración colectiva de igualdad real. Frente a ella se alzan la propiedad y la libre iniciativa económica, consagradas ahora como derechos fundamentales o garantías institucionales,¹⁴ cuyo contenido esencial en todo caso se ha de respetar. Este contenido esencial se convierte pues en garantía última de un sistema que se resiste a una transformación más profunda.

12. Como se ha dicho, “El principio de Estado social es congenial con una nueva concepción del principio democrático que viene a superar el mito de la voluntad uniforme del pueblo como colectivo homogéneo, acuñado por el constitucionalismo oligárquico para defender los intereses espurios de un determinado grupo social. No fue esta la transformación que protagonizó la burguesía en relación con las formas políticas del antiguo régimen: las abatió a *radice*. El Estado liberal nace, pues, de una transformación *fuerte*. De una transformación revolucionaria, por llamar a las cosas por su nombre. En cambio el Estado social es más bien fruto de unos a la revolución y el temor de otros a la dictadura, temores que se intentan conjurar con el encuentro de un punto medio de reformismo de compromiso, de reformismo defensivo para unos, único reformismo posible para a otros”, López y López, “Estado social y sujeto privado: una reflexión finisecular”, en *Quaderni Fiorentini*, No. 25, 1996, p. 430. En el mismo sentido, Luigi Ferrajoli cuando afirma que el Estado social se ha desarrollado sin las formas y garantías del Estado de Derecho, solo en la mediación política, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, p. 42.
13. Ahora bien, los instrumentos del Estado social suponen el paso de la igualdad formal expresada a través de un sujeto único a la igualdad sustancial del sujeto diferenciado. Se pasa así, pues, de un derecho de la uniformidad, típico del Estado liberal, a un *Derecho de la diversidad*; de una diversidad muy dispar, que repara en distintos sujetos que se encuentran en situación de debilidad o desventaja social, unos sujetos que se identifican precisamente por unas circunstancias o unas características contingentes, para hacerlos destinatarios de unas políticas específicas que corrijan su situación de desigualdad en el plano material: los consumidores, los enfermos, los menores de edad, las personas mayores, por poner algunos ejemplos; unos sujetos, todos ellos, a los que se les reconoce como atributos jurídicos los derechos sociales, que reflejan el compromiso de los poderes públicos con el disfrute real de unos bienes que se consideran imprescindibles para la realización del principio constitucional básico de la dignidad de la persona.
14. Las garantías institucionales son un tipo de protección constitucional que implican el mantenimiento de una institución, sin que pueda ser abolida, ni privada de su función esencial, generalmente también concebida como “contenido esencial”, aunque con más amplio poder de configuración por el legislador que con relación a los derechos fundamentales. Ese “contenido esencial” tiene un factor de identificación especialmente potente en el “rostro histórico” (Lange-Kuchinke) de la institución. Su formulación más acabada se encuentra en C. Schmitt, aunque la construcción primigenia, y referida a la propiedad, se encuentra en M. Wolf. Las más típicas desde el punto de vista de la preservación de la existencia de una organización, si se quiere de una administración, son la autonomía universitaria y la autonomía local; desde el punto de vista de la preservación de un ámbito de poder de los particulares, la propiedad, la libertad de empresa, y el *ius nubendi*, Ángel López y López, “La constitución económica entre derecho público y derecho privado: crónica de una dualidad”, en *Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, vol. 1, Dykinson, 2008.

Se asegura por esta vía el modelo de economía de mercado, que se puede someter a limitaciones o restricciones, pero en ningún caso desterrar en el diseño de la sociedad. Por su parte, los instrumentos de intervención de los poderes públicos en las relaciones económicas acusan la debilidad del pacto. En esta línea, los derechos sociales resultan ser de difícil justiciabilidad, siendo así que su desarrollo o implementación se deja en gran medida a la iniciativa de los poderes públicos; incluso, la eficacia horizontal de los derechos fundamentales se reconoce con dificultad por unos sistemas jurídicos que no habían asumido el compromiso de los actores económicos con los valores colectivos recogidos en la Constitución. En otro plano, las políticas de dirección de la economía han tenido un alcance más programático que vinculante; todo ello se refleja también en las restricciones a la actividad económica en defensa de los intereses generales, y en el tratamiento de las nacionalizaciones como instrumentos de intervención estatal en la economía.

Por estas razones se puede afirmar que el desarrollo de los postulados del Estado social en Europa se debe más al impulso político que a una exigencia jurídica. De ahí que no se hayan generado instrumentos eficaces para asegurar su permanencia.¹⁵

En este marco, la deriva de la relación entre empresa y Estado está marcada más por los acontecimientos económicos que por la transformación de un ordenamiento que en gran medida seguía con fidelidad los postulados del Estado liberal. Ello obedece en gran medida a que su implementación en el plano jurídico se ha hecho efectiva con instrumentos del derecho administrativo, normas de derecho público, sin tocar excesivamente la disciplina jurídico privada que regula las relaciones de intercambio, cuyas reglas han permanecido incólumes al cambio político, siendo así que gran parte de la doctrina cultivadora de esta rama del Derecho ha sido ajena a las exigencias de este nuevo constitucionalismo, interpretando sus disposiciones en claves propias del modelo burgués. Solo el derecho de consumidores ha irrumpido en este escenario jurídico, como exigencia del Estado Social, pero su capacidad de transformación ha sido limitada pues se ha visto como un fenómeno menor que en todo caso no toca los basamentos del derecho patrimonial.

15. Sin embargo, a pesar de sus limitaciones, la formulación en el plano constitucional del Estado social no está exenta de trascendencia normativa, es decir, de capacidad para conformar el ordenamiento jurídico, Beatriz González Moreno, *El Estado social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*, p. 56; Ángel Garrorena Morales, *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*, Madrid, Tecnos, 1984, pp. 99 y ss. Al efecto se ha resaltado que su potencialidad se despliega en una triple vertiente: como fijación teleológica del Estado, como valor interpretativo del resto del ordenamiento y como parámetro de constitucionalidad. En otro plano, se ha dicho también que “El principio del Estado social viene a caracterizar la estructura del ordenamiento y de la constitución, compromete a los órganos del Estado y a los mismos sujetos particulares en una acción de transformación de la sociedad que tiene como últimos fines la igualdad y la extensión del bienestar”, José Luis Cascajo Castro, *La tutela constitucional de los derechos sociales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988, p. 21.

En este contexto el derecho de la empresa ha tenido la misma deriva, su regulación responde con bastante fidelidad a las exigencias del liberalismo, y sus soluciones se han presentado generalmente como respuestas técnicas a un problema, sin ponderar el conflicto de intereses en claves sociales, pues se ha entendido que esta cuestión no correspondía a una disciplina cuya finalidad debía ser el fortalecimiento de las empresas como actores económicos, independientes del poder político y de los intereses generales,¹⁶ asumiendo por ello el tradicional concepto de eficiencia de la empresa en términos de maximización y productividad. Y así, se puede comprobar cómo aquellas en su actividad han sido poco permeables a los valores propios del Estado Social. Solo cuando estos se han impuesto a través de normas imperativas, se han acomodado a ellos en la medida que la disposiciones se lo exigían y con ese alcance.

Así desde el poder político se le ha impuesto limitaciones a la actividad empresarial en la defensa de los consumidores, o para preservar el medioambiente, o incluso se han intervenido los precios de los productos cuando los intereses generales así lo han reclamado, o se ha controlado desde el poder político algunos sectores económicos por su influencia estratégica para la consecución de objetivos sociales, por poner algunos ejemplos de las multiplicidad de actuaciones que los poderes públicos han tenido en el desenvolvimiento de la economía. Pero en todo caso, estas restricciones se han visto extrañas al modelo, ajenas a una actividad que debía desenvolverse a impulsos propios, es decir de los intereses empresariales; unas restricciones que, como hemos dicho, se debían soportar siempre que no amenazaran la pervivencia del sistema del que las empresas entienden que son sus señas de identidad.

Sin ánimo de hacer historia, ni de relatar de manera pormenorizada las vicisitudes de las empresas en los estados europeos, se puede decir que su comportamiento ha respondido, como hemos dicho, más a los acontecimientos económicos que a los impulsos jurídico políticos. Basta como ejemplo, el proceso de privatización y desregulación que desde los años 1980 se ha desarrollado en Europa como respuesta a la crisis económica provocada por la subida del petróleo y por otros hechos que no podemos reproducir. Y como evidencia más contundente podemos citar la situación creada por la actual crisis, en la que las empresas se han impuesto a los estados hasta el punto de anudar la pervivencia del sistema a la satisfacción de sus intereses, siendo así que la avaricia y la especulación de los dirigentes de las entidades financieras marcan la agenda económica a los gobernantes democráticamente elegidos.

16. Incluso se ha afirmado que los intereses generales en esta materia no son más que los de los particulares de las empresas.

Pero, más allá de todo lo expuesto, no se puede negar que en la ciudadanía se ha instalado una cultura ligada a valores sociales, que será la que a la postre se imponga a las empresas sin intermediación de los estados.

El escenario europeo

El escenario europeo es, si cabe más propicio a las empresas, el que se ha terminado configurando en los ámbitos estatales. El origen económico de la construcción europea ha propiciado que el marco jurídico configurado tenga un peso específico en el mercado, pues este fue su origen y aún sigue siendo el soporte principal del proceso de unificación europea.

El fortalecimiento de un mercado interior como respuesta a la internacionalización de las relaciones económicas ha propiciado, sin duda, que la producción normativa de las instituciones europeas esté orientada casi en exclusiva a dar seguridad a los intercambios de bienes y servicios en el ámbito regional. De ahí que el peso de estos intereses económicos ligados al fortalecimiento de las empresas sea evidente. Más evidente, si se quiere, por el hecho de que aún se carece de una Constitución que dé dimensión política a un proceso de integración y dote a las instituciones de la Unión de mecanismos de intervención en la economía con fundamento en intereses generales.

En esta línea, los diferentes tratados que se han sucedido en el proceso de construcción de la Unión Europea ha confirmado la libertad de empresa como fundamento de la misma, si bien se han asumido por el conjunto de los estados la necesidad de asumir algunos objetivos que sobrepasan la dimensión privada de la actividad económica, y que se han explicitado con más evidencia en el Tratado de Lisboa; estos son el desarrollo sostenible y la protección del medioambiente (artículo II, 97), la protección del consumidor (artículo II, 98), y la ayuda humanitaria a terceros países (artículo III, 321).

En todo caso no se puede negar la indudable influencia que tienen las empresas en la política que desarrollan las instituciones europeas. Buena prueba de ello es la razón que impulsa el importante desarrollo de los derechos de los consumidores, cuya justificación reside en la necesidad de fortalecer el mercado interior, que requiere articular un mismo nivel de protección de los adquirentes de bienes y servicios con independencia del país en el que residan, con el claro propósito de generar confianza en la contratación transnacional en el seno del espacio europeo. Y buena prueba de lo anterior es sin duda la dimensión que tiene la defensa de la competencia en la organización del mercado. Con una fe casi ciega en sus bondades para el progreso económico se ha impuesto incluso a las políticas intervencionistas de los estados, vetando la protección a determinadas actividades cuyo mantenimiento exigen los intereses sociales; hasta el punto de que se ha convertido en el gran eje vertebrador de una política económica que intenta escapar a los límites,

si bien débiles, del Estado social. Se ha producido, pues, una estrecha correlación del mercado y la defensa de la competencia, como esquemas de racionalización y organización del sistema económico.

De todo lo anterior da buena cuenta también el proceso de unificación del Derecho privado en la UE, que ha pasado a ser un asunto de los académicos, actúen estos por iniciativa propia o a instancia de las instituciones comunitarias. Y así, se está redactando un conjunto normativo del mercado sin referencia constitucional, y en gran medida al margen de las requisitorias constitucionales de los distintos estados. Los cultivadores de un Derecho que surgió bajo los auspicios de las constituciones liberales, y que a duras penas se han amoldado a las directrices del Estado social, son los que están articulando un conjunto de normas que nos presentan como neutrales y técnicas, pero que no son más que la expresión de la racionalidad de un mercado que se desenvuelve a impulsos propios porque el poder político así lo ha querido.

En este contexto, el poder de las empresas, como se ha dicho, es evidente, y su libertad de desenvolvimiento se escapa en gran medida al conjunto de la ciudadanía.

Sin embargo, se debe reparar en un fenómeno que puede resultar de interés para el tema que abordamos. Nos referimos a la asunción por la ciudadanía de los valores implícitos en el Estado social, de forma que ello se ha incorporado al imaginario colectivo sobre el modelo de sociedad a la que aspiran. Su dimensión es más cultural que jurídica, por las razones que hemos expuesto, pero no cabe duda que trasciende a la relación con las empresas e impregnan las aspiraciones que sobre ellas se tienen.

El escenario internacional

En este escenario es aún más evidente la falta de control de las empresas que se desenvuelven a impulsos propios, imponiendo sus intereses, y sorteando las limitaciones a las que lo puedan someter los distintos estados. Pocos ejemplos hay que poner para evidenciar una realidad que todos conocemos. Basta únicamente mencionar la crisis económica para poner de relieve cómo la falta de control por parte del Estado de empresas de los EE. UU. ha permitido unas prácticas mercantiles espurias que han contaminado la economía regional y estatal, sin que hasta día de hoy se haya impuesto un poder político que encauce la actividad de las entidades financieras hacia la defensa de los intereses de la ciudadanía.

Sin embargo, no se puede afirmar que estas empresas funcionan sin normas, pues, como hemos dicho, las empresas necesitan el derecho, si bien sea el suyo, para preservar sus beneficios al margen de cualquier preocupación colectiva. Un derecho que se está creando a medida de sus intereses en instancias internacionales. Hacemos referencia a la UNCITRAL que opera en el seno de Naciones Unidas

(NN. UU.), o a la Organización Mundial del Comercio (OMC). De tal modo que está surgiendo un nuevo *ius mercatorum* al margen de los estados o, mejor dicho, con la connivencia de los estados que se perciben incompetentes para controlar el poder unas empresas que actúan al margen de estos.

En otro plano se debe resaltar cómo, a impulsos de los movimientos sociales y de la opinión pública en general, se ha elaborado un cuerpo normativo que recoge los que se consideran valores universales; nos referimos a los diferentes tratados que reconocen y desarrollan los derechos humanos, también a los acuerdos internacionales sobre la defensa del medioambiente, de tal manera que al mismo tiempo que se cristaliza un derecho de empresa ajustado a los objetivos de la misma, se desarrolla este otro derecho que tiene mucho que ver con la dignidad humana en todas sus manifestaciones, y la protección de bienes esenciales para la humanidad. No obstante, ambos derechos se desenvuelven en planos diferentes pues se carece de instituciones internacionales que puedan imponer el respeto a los derechos humanos a empresas que se desenvuelven con muy pocas trabas.

Y en este sentido es evidente que, más allá de las convenciones, se ha generado una opinión pública comprometida con la defensa de los derechos humanos y la protección del medioambiente. Una opinión pública muy activa con capacidad de influir en el comportamiento de los ciudadanos en relación con las empresas. Ello se debe a la acción de los movimientos sociales y al activismo de las ONG que han llamado la atención acerca de la importancia de estos valores, denunciando las prácticas de gobiernos y empresas que los vulneran. En este punto también conviene resaltar el papel que desempeñan los medios de comunicación en la difusión de las ideas, los hechos o los acontecimientos que contribuyen sin duda a conformar una cierta conciencia colectiva de la necesidad de exigir a las empresas un mayor compromiso con los valores colectivos.

La huida del sistema: la responsabilidad social corporativa

En este recorrido hemos podido comprobar las dificultades con las que se ha encontrado el poder político para involucrar a las empresas en la realización de los principios y valores con dimensión social, es decir, aquellos que tienden a la realización de la igualdad sustancial y la justicia social. Las empresas se han mantenido ajenas a los mismos por entender que son incompatibles con sus propios fines, que se concretan en la maximización de ganancias y en la productividad. Una dificultad que es más evidente en aquellos ámbitos en los que existe una mayor debilidad institucional para actuar en el mercado. Ello ocurre a nivel regional, dado la dimensión económica que aún tienen los procesos de integración, pero es aún más cierto en el escenario internacional, en el que se carece de mecanismos donde se pueda imponer a las empresas una responsabilidad social.

Sin embargo, como hemos señalado, estos valores y principios, a los que hacemos referencia, tienen una gran influencia en el conjunto de la población. En efecto, cada vez y en mayor medida integran las aspiraciones colectivas, hasta el punto de influir en las decisiones que las personas adoptan en su relación con los poderes públicos y con los actores sociales y especialmente económicos. Y así podemos comprobar cómo la difusión de una empresa que recurre al trabajo infantil, o en su actividad es altamente contaminante, puede retraer a los consumidores o a los que invierten en bolsa, por poner algunos ejemplos, a adquirir sus productos, influyendo en consecuencia en la cuenta de resultado de las empresas involucradas.

De la constatación de esta realidad surge la propuesta de lo que se conoce como *responsabilidad social corporativa* que, como hemos dicho, implica el compromiso voluntario por parte de las empresas de incorporar a su actividad cánones de conducta más adecuados a los derechos humanos o la defensa de bienes que son asumidos socialmente.

Su origen es conocido, viene de la cultura anglosajona, y responde en un primer momento a un intento de moralización de la actividad económica, de comprometerla con valores ajenos a la empresa. Entonces no se trataba de interferir en su organización ni de imponerle criterios en lo que concierne a su actividad interna, solo de fijar unos límites externos referidos a la comercialización de determinados productos cuyo consumo era rechazado por algunos colectivos; nos referimos en concreto al alcohol, al tabaco, o a las armas. En otro nivel las exigencias a las empresas se concretaron en la reprobación de determinadas prácticas como la segregación racial existente en Sudáfrica, vetando por ello el comercio con este país. De estas primeras manifestaciones por las que algunos colectivos quisieron imponer sus creencias a la actividad de las empresas, se ha pasado a una cierta institucionalización de lo que se conoce como *la responsabilidad social corporativa*.

Esta se fundamenta en una contestación: la influencia que el comportamiento de las empresas tiene en los *stakeholders* en relación a determinados valores, y que pueden influir en su rentabilidad económica. Se entiende por *stakeholders* todos aquellos colectivos, personas o entidades de las que dependen las empresas para alcanzar sus objetivos; entre ellos están los trabajadores, los consumidores, las comunidades en las que ubican, también las ONG, como creadoras de opinión, así como los medios de comunicación por su capacidad de difundir informaciones y valoraciones sobre la actividad económica de las mismas.

Desde esta perspectiva, frente a la idea tradicional de que las empresas se deben a sus accionistas, se contraponen esta otra que coloca a los operadores antes mencionados, los *stakeholder*, como los destinatarios de la actividad empresarial, en la medida que con su comportamiento pueden determinar el éxito de una iniciativa económica. Es decir, es la rentabilidad de las empresas la que impulsa su compromiso con los valores dominantes, a través de lo que se conoce como *responsabilidad social corporativa (RSC)*. Y así, a los tradicionales parámetros que miden

la eficiencia económica de las mismas, que se miden en términos de maximización y productividad, se le suma la “eficiencia social”,¹⁷ que coloca a la reputación como una ventaja competitiva de las empresas.¹⁸

Este compromiso de responsabilidad social se opera sin la intermediación de los estados, se activa por la presión que diferentes grupos de interés, y en la medida que tengan capacidad para influir en el comportamiento de las empresas, lo que ocurre cuando contribuyen a la mejora de su propia rentabilidad.

Dicha responsabilidad no se concreta en la constitución de fondos de ayuda a proyectos de alcance humanitario, aunque se puede manifestar de esta forma. Se realiza mediante la implementación de prácticas, estrategias y objetivos que contribuyan a un desarrollo sostenible y de respeto del medioambiente, así como a la realización de los derechos humanos y de otras exigencias sociales, como la lucha contra la corrupción. Todo ello orientado a la finalidad implícita de integrar a las empresas en la sociedad civil, con la intención de que jueguen un papel más activo en la conformación de la misma.

Este compromiso de las empresas tiene carácter voluntario, como hemos dicho, no se corresponde con el cumplimiento de las prescripciones legales impuestas por el poder político, pues su carácter vinculante impide cualquier tipo de disposición por parte de las mismas. En consecuencia, viene a cubrir las carencias de las instituciones para imponer a la iniciativa privada objetivos sociales y medioambientales. La RSC responde a una decisión empresarial de compromiso más allá de las exigencias normativas, y tiene que ver con la influencia que en su actividad pueden tener los distintos operadores.

Por ello surge en el escenario internacional, donde la falta de control de las empresas es evidente, y la necesidad de su adecuación a los valores universalmente asumidos es una exigencia. Se inicia con el Pacto Mundial (*The Global Compact*) en el seno de NN. UU., que se elabora durante la Secretaría General de Kofi Annan (año 2000), con la intención de promover el desarrollo sostenible y la responsabilidad social de las empresas, involucrando para ello a las más representativas en el contexto internacional. Como se ha dicho, no tiene carácter vinculante, pues su cumplimiento se deja a la iniciativa de estos actores económicos.¹⁹

Para la elaboración de los códigos de conductas a los que se deben adecuar las empresas que suscriban tal Pacto, se tiene en cuenta la Declaración Universal de

17. José Álvaro Cuervo García, “Eficiencia y responsabilidad social corporativa”, en *Liber Amicorum: economía, empresa y trabajo. Homenaje a Manuel Alonso Olea*, Madrid, Civitas, 2003, pp. 101 y ss.

18. Eduardo Fuentes Ganzo, “La responsabilidad social corporativa. Su dimensión normativa: implicaciones para las empresas españolas”, en *Pecunia: revista de la Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales*, No. 3, Universidad de León, 2006, p. 15.

19. Son 204 empresas españolas las que se han adherido al Pacto Eduardo Fuentes Ganzo, “La responsabilidad social corporativa. Su dimensión normativa: implicaciones para las empresas españolas”.

los Derechos Humanos, los acuerdos de la Organización Internacional del Trabajo, la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. Aunque también hay que señalar que se toman en cuenta otros tratados internacionales sobre derechos humanos como el Pacto Internacional sobre los Derechos Económicos Sociales y Culturales, de 1966. En definitiva, estamos hablando de instrumentos internacionales de cumplimiento obligatorio cuando son ratificados por los estados, de tal forma que integran el ordenamiento jurídico de cada país; unos instrumentos internacionales a los que las empresas multinacionales escapan, precisamente por su dimensión internacional, de ahí que se plantee en este ámbito la necesidad de adecuar su actividad a estas exigencias.

Con estas referencias se formulan diez principios que han de guiar la actividad empresarial de las entidades que se adhieran. Estos son: 1. Las empresas deben apoyar y respetar la protección de los derechos humanos proclamados en el ámbito internacional; 2. Las empresas deben asegurarse de no ser cómplices en abusos a los derechos humanos; 3. Las empresas deben respetar la libertad de asociación y el reconocimiento efectivo del derecho a la negociación colectiva; 4. Las empresas deben eliminar todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio; 5. Las empresas deben abolir de forma efectiva el trabajo infantil; 6. Las empresas deben eliminar la discriminación con respecto al empleo y la ocupación; 7. Las empresas deben apoyar los métodos preventivos con respecto a problemas ambientales; 8. Las empresas deben adoptar iniciativas para promover una mayor responsabilidad ambiental; 9. Las empresas deben fomentar el desarrollo y la difusión de tecnologías inofensivas para el medioambiente; y 10. Las empresas deben trabajar contra la corrupción en todas sus formas, incluyendo la extorsión y el soborno. Como se puede comprobar los principios referidos representan la expresión mínima de unos derechos que en su aplicación tienen múltiples posibilidades y que se ignoran en el Pacto. Se trata pues de un compromiso de mínimos.

Este Pacto Mundial se refuerza con una cierta institucionalidad que se concreta en la creación de una Oficina del Pacto con sede en New York, a cuyo frente hay *Chief executive*, y en su organigrama se integran el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, la Organización Internacional del Trabajo (OIT), y los programas de Desarrollo y Medio Ambiente de las Naciones Unidas.

Antes de esta iniciativa incluso habían surgido otras de naturaleza privada con la finalidad de elaborar estándares de comportamiento que sirvieran de guía a las empresas para implementación de prácticas ligadas a determinados objetivos ligados al los Derechos humanos o a la protección del ambiente, sin embargo es después del Pacto Global cuando se toma conciencia de la responsabilidad social corporativa y proliferan las iniciativas en este sentido.

En concreto, nos referimos a *The Global Reporting Initiative* (GRI), constituido en 1997 por el impulso conjunto de dos organizaciones no gubernamentales, *Coalition of Environmentally Responsible Economies* (CEBES) y el Programa de

las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA). Su objetivo es aumentar la calidad, el rigor y la utilidad de las memorias de sostenibilidad. Para su desarrollo han contribuido representantes de empresas, organizaciones asesoras no lucrativas, sindicatos, empresas auditoras... Su propuesta se ha concretado en la *Guía para la elaboración de informes de sostenibilidad*, cuya primera edición es del año 2000, y cuenta con una nueva versión del año 2002. En la noción de sostenibilidad incluye también otros aspectos de índole económica, así como sociales y medioambientales. Se trata pues de guiar a las empresas para que den cuenta de su compromiso con un crecimiento equilibrado y sustentable.

Otra iniciativa en este sentido corresponde a *Social Accountability International* (SAI), organización no gubernamental en materia de derechos humanos, que ha elaborado una de las normas estándar más universalmente aceptada, la SA8000, que ofrece la posibilidad de verificar el cumplimiento de las normas de DD HH, de la OIT, y diversas convenciones de derechos. La *Social Accountability 8000* (SA8000) es una norma internacional para la responsabilidad social iniciada por el Consejo de la Agencia para la Prioridad Económica (CEPAA) a fin de definir criterios para la producción ética de bienes y servicios.

Como todas, tiene carácter voluntario y está diseñada para poder aplicarse a cualquier organización o empresa en el campo industrial. En concreto, toma en consideración determinadas prácticas que vulneran los derechos humanos, y a las que las empresas se comprometen a erradicar en su ámbito de actuación; más específicamente se refiere al trabajo infantil, el trabajo forzado, a la salud y la seguridad, a la libertad de asociación y al derecho de intercambio colectivo, a los comportamientos discriminatorios, a las prácticas disciplinarias, a las horas de trabajo y las compensaciones. Como se puede comprobar, de nuevo estamos ante un compromiso de mínimos, que debería ser exigido a todas las empresas sin necesidad de recurrir a la responsabilidad social corporativa.

Sus exigencias en las materias expuestas se fundamentan en las recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas (NU), en la Convención de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas y otras convenciones. Para su efectividad se requiere, además de unas reglas de funcionamiento, un Sistema de Gestión Social (*Social Management System*, SMS) con el fin de asegurar el acatamiento de las normas así como la permanencia de las prácticas referidas.²⁰ Su implementación requiere de un sistema de gestión que contemple una política social, un proceso de planificación y la designación de un director con experiencia para asegurar el cumplimiento de las normas de SA8000.

Bajo estos auspicios se han constituido organizaciones que integran empresas que se quieren adherir a estas prácticas. *World Business Council of Sustainable*

20. El SMS de SA 8000 está basado en el sistema de gestión ISO 9000/14000.

Development (WBCSR), es una coalición de 200 empresas internacionales con un objetivo común: el desarrollo sostenible ha de alcanzarse a través del crecimiento económico, el equilibrio ambiental y el progreso social. Mediante esta alianza las empresas en la consecución de los objetivos propuestos impulsan el intercambio mutuo de conocimientos y prácticas, en particular, entre las organizaciones asociadas en los países con similares características socioeconómicas y culturales y que a menudo, comparten retos comunes. En este sentido, el acceso a los programas del WBCSD permite la trasmisión de experiencias, herramientas y material de construcción de capacidad para la implementación de los objetivos propuestos. Así mismo, se facilita la comunicación con los principales actores internacionales y plataformas que trabajan por los negocios y el desarrollo sostenible, al mismo tiempo que se establecen contactos y vínculos con las corporaciones globales, fomentando al aprendizaje entre países y sectores.²¹

Por aportar algunos datos que nos permitan apreciar la dimensión de WBCSD, su capitalización en el mercado es US \$ 5.400 billones; cuentan con 12 millones de empleados, sus productos y servicios se distribuyen a 3.000 millones de consumidores cada día; se ha organizado en 55 Consejos Regionales en Europa, Asia, Norteamérica, Latinoamérica y Oceanía. Estos datos avalan su capacidad de influir en las agendas públicas y privadas del Desarrollo Sostenible.

Por su parte, la OCDE ha asumido también este objetivo de las empresas, y lo ha recogido en Líneas Directrices para Empresas Multinacionales de la OCDE, que se concretan en 11 propuestas que, en gran medida, recogen los principios del Pacto Global, con una adición, la prohibición de injerencia en las actividades políticas locales.

A nivel europeo, la recepción de este fenómeno se opera en el Libro Verde sobre el marco europeo de la Responsabilidad Social Corporativa, cuya iniciativa se adopta en la Cumbre de Lisboa del año 2000 y su realización culmina el año 2001.

En este ámbito, al igual que lo ocurrido a nivel internacional, han surgido organizaciones de empresas como *Corporate Social Responsibility* (CSR), para la elaboración de estándares de balance social, incorporando los ya realizados por otras organizaciones como la WBCSR o la SAI.

El reto que para las empresas y para la sociedad en general implica el desarrollo de la Responsabilidad Social Corporativa en línea de principios se puede considerar un avance importante en el desenvolvimiento de la economía de mercado. Sin embargo, si reparamos más detenidamente en su alcance y significado, las conclusiones deben ser otras.

En primer lugar pone de manifiesto el fracaso de los poderes públicos para imponer a las empresas objetivos ligados a los valores del Estado social. Lo dicho

21. Disponible en: [<http://www.fundacionentorno.org/Fundacion/Consejo,Regional,Espanol,WBCSD,179.htm>].

se manifiesta con mayor contundencia en los espacios regionales por su debilidad institucional. Y es clamoroso en el ámbito internacional donde es más evidente la falta de control de las empresas. En definitiva, lo que se conoce como responsabilidad social corporativa no es más que un nuevo intento de someter la actividad económica a las exigencias de los derechos humanos o de la economía sostenible y respetuosa del medioambiente.

Este sometimiento de las empresas a los valores antes referidos no se implementa con la intermediación de los estados o los poderes públicos que representan al conjunto de la ciudadanía, sino por la presión de los denominados, que son, como hemos dicho, los operadores o grupos de interés con capacidad de influir en el comportamiento de las empresas. Ello significa que el cumplimiento de normas tan elementales, como las expuestas en los principios, se deja a la iniciativa de estos, cuyo comportamiento puede estar mediatizado por un conjunto de circunstancias que se nos escapan.

Finalmente, son razones económicas de rentabilidad empresarial las que han acercado a las empresas a este tipo de preocupaciones que hemos relatado, por lo que estas mismas razones económicas pueden aconsejar otro tipo de comportamiento empresarial cuando la rentabilidad así lo requiera, como puede ocurrir en la actual crisis del mercado.

BIBLIOGRAFÍA

- Aparicio Pérez, Miguel Ángel,
1993 “El Estado social en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en Gregorio Cámara Villar y Juan Cano Bueso, eds., *Estudios sobre el Estado social*, Madrid, Tecnos.
- Arnold, Rainer,
1993 “Bases dogmáticas del principio del Estado social en el Derecho constitucional alemán”, en Gregorio Cámara Villar y Juan Cano Bueso, eds., *Estudios sobre el Estado social*, Madrid, Tecnos.
- Balaguer Callejón, Francisco,
2002 “El Estado social y democrático de Derecho. Significado, alcance y vinculación de la cláusula del Estado social”, en José Luis Moreno Pérez, Cristóbal Molina Navarrete y María Nieves Moreno Vida, eds., *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, Granada, Comares.
- Cascajo Castro, José Luis,
1988 *La tutela constitucional de los derechos sociales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- Coma, Bassols,
1988 *Constitución y sistema económico*, Madrid, Tecnos, 2a. ed.
- Cuervo García, José Álvaro,
2003 “Eficiencia y responsabilidad social corporativa”, en *Liber Amicorum: economía, empresa y trabajo. Homenaje a Manuel Alonso Olea*, Madrid, Civitas.

- De Cabo, Carlos,
1986 *La crisis del Estado social*, Barcelona, PPU.
- Ferrajoli, Luigi,
2002 *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 2a. ed.
- Fuentes Ganzo, Eduardo,
2006 “La responsabilidad social corporativa. Su dimensión normativa: implicaciones para las empresas españolas”, en *Pecunia: revista de la Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales*, No. 3, Universidad de León.
- Gallego Méndez, María Teresa,
2000 “Estado social y crisis del Estado”, en Rafael del Águila, edit., *Manual de ciencia política*, Madrid, Trotta, 2a. ed.
- García-Pelayo, Manuel,
1977 *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid, Alianza.
- Garrido Falla, Fernando,
1981 *El modelo económico en la Constitución española*, vol. I, Madrid, Instituto de Estudios Económicos.
- Garrorena Morales, Ángel,
1984 *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*, Madrid, Tecnos.
- González Moreno, Beatriz,
2002 *El Estado social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*, Madrid, Civitas.
- Häberle, Peter,
1997 “Incurtus. Perspectiva de una doctrina constitucional del mercado”, en *Pensamiento constitucional*, No. 4, año IV, Lima, PUC.
- Irti, Natalino,
1999 “Derecho y mercado”, en *Revista de Derecho patrimonial*, No. 3, Aranzadi.
- López y López, Ángel,
1996 “Estado social y sujeto privado: una reflexión finisecular”, en *Quaderni Fiorentini*, No. 25, s. e.
- 2008 “La constitución económica entre Derecho público y Derecho privado: crónica de una dualidad”, en *Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, vol. I, Dykinson.
- Paz-Ares, José Cándido,
1981 “Economía política como jurisprudencia racional”, en *Anuario de Derecho civil*, vol. 34, No. 3, Ministerio de Justicia.
- Ritter, Gerhard A.,
1990 “Los comienzos y el desarrollo del Estado social en Alemania, Europa y los Estados Unidos hasta la Segunda Guerra Mundial”, en *Studia histórica. Historia contemporánea*, No. 8, Universidad de Salamanca.
- Suárez, Andrés,
2000 “Progreso económico y justicia social”, en Luis García San Miguel, edit., *El principio de igualdad*, Madrid, Dykinson.

A VUELTAS CON EL CONCEPTO DE EMPRESA: LA EMPRESA COMUNITARIA Y LA EMPRESA PÚBLICA

Francisco Oliva Blázquez¹

INTRODUCCIÓN

La empresa, en cuanto instrumento primordial a través del cual se ejercen las libertades económicas en el mercado, es una realidad ante todo económica que consecuentemente encuentra su definición más natural en el ámbito de la economía. Así, los economistas entienden que una empresa es una “organización de capital y trabajo destinada a la producción o a la intermediación de bienes y servicios para el mercado con el fin de generar ganancias”.² Como puede verse, se trata en suma de una simple combinación de factores de producción (capital, materias primas y trabajo) con el objeto de producir bienes o servicios para el mercado.³

Ahora bien, la aparente claridad del concepto económico de empresa se torna en oscuridad cuando se trata de acceder a un concepto de empresa uniforme y omnicomprendivo de la plural realidad que entraña el fenómeno empresarial. En este sentido se ha identificado a la empresa, desde posiciones subjetivadoras, con la institución de la persona jurídica, mientras que desde una concepción estrictamente patrimonialista se ha vinculado la idea de empresa a la existencia de un patrimonio autónomo. Junto a estas clásicas (en cuanto asentadas en las seculares categorías jurídicas de las *personas* y los *bienes*) aproximaciones al concepto de empresa se han aportado otras decididamente más innovadoras: la empresa como actividad económica del empresario (concepción dinámica), como unidad productiva (concepción espiritualista o inmaterialista)⁴ o como conjunto de contratos entre los

1. Secretario general de la Universidad Pablo de Olavide (Sevilla).
2. Juan Ignacio Font Galán, “La empresa en el Derecho mercantil”, en Guillermo J. Jiménez Sánchez, *Derecho mercantil I*, Barcelona, Ariel, 2007, 11a. ed., p. 59.
3. “Empresa y empresario: un planteamiento contractual”, p. 1, en: [<http://www.uam.es/centros/derecho/privado/mercanti/investigacion/jaar%20%20empresa%20y%20empresario.pdf>].
4. Para ver una completa exposición de todas las concepciones en, Juan Ignacio Font Galán, “La empresa en el Derecho mercantil”, pp. 59-64. Este autor añade a la lista de teorías expuestas la llamada “tesis atomista” que, según sus propias palabras, entiende que la empresa solo puede

titulares de los diferentes factores de producción (concepción contractualistas).⁵ Tal panoplia de enfoques conceptuales concurrentes ha provocado que, en palabras de Font Galán, muchos juristas hayan terminado por asumir una actitud pesimista consistente en considerar imposible cohesionar, por inducción de los elementos normativos dados, un concepto jurídico de empresa suficientemente comprensivo e integrador de su heterogénea realidad económica.⁶

No pretendo unirme a las voces que propugnan el desánimo y la abdicación ante la tarea de construir un concepto jurídico de empresa, pero sí creo que la posibilidad de acceder a un concepto unitario y suficientemente claro, capaz de absorber la multitud de matices y aspectos heterogéneos que esta encierra, es muy compleja y hasta cierto punto remota.

En cualquier caso, resulta evidente que el principal obstáculo al que se enfrenta la doctrina especializada a la hora de definir desde un punto de vista jurídico a la empresa reside, como se ha señalado, en la complejidad, variabilidad y mutabilidad constante del siempre vivo fenómeno empresarial, difícilmente reconducible a una unidad conceptual apriorística y concluyente. Pues bien, a lo largo del presente trabajo pretendo justamente afrontar el estudio de dos modelos o tipos empresariales que, por sus especiales características, contribuyen a tensionar o agitar nuevamente el concepto jurídico de empresa: la empresa comunitaria y la empresa pública. Efectivamente, el interés de la empresa comunitaria consiste en que implica la aparición por vez primera de empresas de carácter y base estrictamente transnacional, superándose de esa forma el dogma de las empresas necesariamente vinculadas al ámbito nacional y de las regulaciones normativas de carácter local.⁷ Las empresas públicas, por su parte, amén de constituir en cierto modo una anomalía histórica frente al planteamiento decimonónico de la empresa exclusivamente privada, siguen, a pesar de la dilatada experiencia jurídica que a lo largo de los años se ha generado en torno a las mismas, planteando numerosos interrogantes, dudas y cuestiones que merecen ser tomadas una vez más en consideración.

considerarse, desde un punto de vista patrimonial, atomísticamente, esto es, descompuesta en la diversidad de sus elementos simples y regulada con arreglo a las normas que a cada uno de estos corresponda según su naturaleza jurídica.

5. “Empresa y empresario: un planteamiento contractual”, p. 2.
6. Juan Ignacio Font Galán, “La empresa en el Derecho mercantil”, p. 64.
7. En el ordenamiento jurídico español se reconoce a las sociedades mercantiles una nacionalidad, como a las personas físicas. Así, el artículo 5.1 LSA establece que “serán españolas y se registrarán por la presente Ley todas las sociedades anónimas que tengan su domicilio en territorio español, cualquiera que sea el lugar en que se hubieren constituido”. Además, en el segundo párrafo determina que “deberán tener su domicilio en España las sociedades anónimas cuyo principal establecimiento o explotación radique dentro de su territorio”.

LA EMPRESA COMUNITARIA

La Unión Europea (UE) goza de competencias para aproximar las legislaciones de los estados miembros con el objeto de eliminar las trabas al mercado interior único que garanticen una mejor operatividad del mismo (artículos 26 y 114 Tratado de Funcionamiento de la UE).⁸ Estas competencias las ha ejercitado en numerosos ámbitos del derecho privado, tanto civil como mercantil, y en materias y aspectos tan variados como los contratos, la responsabilidad civil extracontractual, la propiedad industrial, y, por supuesto, el derecho societario.

En este contexto de aproximación legislativa, la Unión Europea ha desarrollado reglamentariamente hasta tres formas empresariales diferentes: la Agrupación Europea de Interés Económico (AEIE), regulada por el Reglamento 2137/85, del Consejo de 25 de julio de 1985; la Sociedad Anónima Europea, oficialmente denominada como *Societas Europaeae* (SE), creada en virtud del Reglamento 2157/2001, de 8 octubre de 2001, por el que se aprueba el estatuto de la Sociedad Anónima Europea; y, finalmente la Sociedad Cooperativa Europea (SCE), contemplada en el Reglamento 1435/2003, de 22 de julio de 2003, del Consejo relativo al Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea, y por la Directiva 2003/72/CE, por la que se completa el Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores.⁹

La AEIE “es un ente asociativo, nacido de un contrato de agrupación, que, una vez inscrito, tiene capacidad, en nombre propio, de ser titular de derechos y obligaciones de toda especie, celebrar contratos o llevar a cabo otros actos jurídicos, y de litigar”¹⁰ (Artículo 1.2 Reglamento 2137/85). La actividad de la AEIE se centra en facilitar e impulsar la realización de ciertas actividades económicas que sus miembros por sí solos difícilmente podrían llevar a cabo.¹¹ Además, este mo-

8. El artículo 26 establece que “la Unión adoptará las medidas destinadas a establecer el mercado interior o a garantizar su funcionamiento, de conformidad con las disposiciones pertinentes de los Tratados”, por su parte, el artículo 114 determina con toda claridad que “el Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario y previa consulta al Comité Económico y Social, adoptarán las medidas relativas a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que tengan por objeto el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior”.
9. Para ver una exposición breve y clara de estas figuras: José Carlos Fernández Rozas, Rafael Arenas García, Pedro Alberto de Miguel Asensio, *Derecho de los negocios internacionales*, Madrid, Iustel, 2009, 2a. ed., pp. 241-244.
10. Agustín Madrid Parra, “Uniones y agrupaciones de empresarios y cuentas de participación”, en Guillermo J. Jiménez Sánchez, *Derecho mercantil I*, Barcelona, Ariel, 2007, 11a. ed., p. 571. Igualmente, ver en José María García Callejo, *Las agrupaciones de interés económico (española y europea)*, Madrid, Ediciones Analíticas Europeas, 1991.
11. El artículo 3 del Reglamento establece que su finalidad “será facilitar o desarrollar la actividad económica de sus miembros, mejorar o incrementar los resultados de esta actividad; no es la de

delo empresarial se caracteriza porque no busca directamente adquirir beneficios económicos mediante su actividad mercantil. Por otro lado, la SCE es una forma de cooperativa de dimensión comunitaria que, en palabras de Vázquez Cueto, manifiesta una especial vocación hacia la culminación de los procesos de integración intercooperativa, revelándose como un expediente particularmente idóneo para el establecimiento de vínculos duraderos entre cooperativas de diversos países comunitarios, lo que permite a la sazón satisfacer el objetivo consistente en el reforzamiento del carácter empresarial de este tipo social.¹²

Finalmente, la *SE* responde a la estructura y al funcionamiento clásico de una sociedad anónima, si bien tiene carácter comunitario.

Aun cuando las tres figuras mercantiles citadas constituyen por sí mismas instrumentos útiles para la consecución de los objetivos buscados por la UE mediante su creación (básicamente, libertad de establecimiento y más mercado único), por obvias razones de limitación espacial en este estudio nos centraremos únicamente en el análisis de la que seguramente es la más importante y significativa de todas ellas, la Sociedad Anónima Europea.

LA SOCIEDAD EUROPEA

Previo: el camino de la armonización del Derecho de sociedades mediante directivas

Resulta evidente que el principio comunitario de la libertad de establecimiento (artículo 49 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea), entendido como el derecho que tienen los nacionales de un Estado miembro al acceso a actividades económicas independientes en territorios de otros estados mediante la fijación de una sede física-económica de carácter permanente,¹³ no resulta precisamente favorecido ni estimulado por la pluralidad de normativas nacionales divergentes que coexisten en el ámbito de la Unión Europea.¹⁴ Por ello, prácticamente desde

realizar beneficios para sí misma. Su actividad debe vincularse con la actividad económica de sus miembros y solo puede tener un carácter auxiliar con respecto a esta”.

12. José Carlos Vázquez Cueto, “Sociedades con base mutualista”, en Guillermo J. Jiménez Sánchez, *Derecho mercantil I*, Barcelona, Ariel, 2007, 11a. ed., p. 512. Sobre la SCE, ver con detalle, Rosalía Alfonso Sánchez, “La sociedad cooperativa europea. Un nuevo tipo social de escenario complejo”, en *Noticias UE*, No. 252, 2006, pp. 19-34.
13. El mismo artículo 49 del Tratado de Funcionamiento UE establece que la libertad de establecimiento comprende “la constitución y gestión de empresas y, especialmente de sociedades, tal como se definen en el párrafo segundo del artículo 54, en las condiciones fijadas por la legislación del país de establecimiento para sus propios nacionales, sin perjuicio de las disposiciones del capítulo relativo a los capitales”.
14. Las diferencias son muy marcadas tanto en derecho material como en derecho internacional priva-

los albores de la Comunidad Económica Europea se trabaja en el proyecto de crear una sociedad de rango comunitario capaz de superar las fronteras jurídicas que la diversidad legislativa impone.¹⁵

Sin embargo, la vía que tuvo mayor éxito en un principio fue la de armonización legislativa de los estados de la Unión mediante el recurso a la técnica de las Directivas comunitarias. Efectivamente, el número de directivas dictadas en este campo ha sido muy considerable: Directiva 68/151, de 9 de marzo de 1968, sobre publicidad, validez de los compromisos sociales y las nulidades (modificada por la Directiva 2003/58/CEE); Directiva 77/91, de 13 de diciembre de 1976, sobre capital social; Directiva 78/855, de 9 de octubre de 1978, sobre fusiones de sociedades anónimas; Directiva 78/660, de 25 de julio de 1978, sobre cuentas anuales de ciertas sociedades; Directiva 82/891, de 17 de diciembre de 1982, sobre escisión de sociedades; Directiva 83/349, de 13 de junio de 1983, sobre cuentas consolidadas; Directiva 84/253, de 10 de abril de 1984, sobre habilitación de personas encargadas del control legal de documentos contables; Directiva 89/666, de 21 de diciembre de 1989, sobre publicidad de sucursales creadas en un Estado miembro por ciertas sociedades de otros estados miembros; Directiva 89/667, de 21 de diciembre de 1989, sobre sociedades de responsabilidad limitada con un solo socio; Directiva 90/435 del Consejo, de 23 de julio de 1990, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de estados miembros diferentes; Directiva 2005/56 del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de octubre de 2005, relativa a las fusiones transfronterizas de las sociedades de capital.¹⁶

No cabe ninguna duda de que este conjunto de directivas han coadyuvado a la consecución de un grado considerable de armonización de la materia societaria en las diferentes legislaciones de los estados que componen la UE.¹⁷ Sin embargo, tales medidas de aproximación del derecho de sociedades –constituyendo pasos muy importantes desde un punto de vista histórico– pueden considerarse insufi-

do, lo cual crea verdaderos conflictos de leyes en la materia, Alfonso Luis Calvo Caravaca, Javier Carrascosa González, “Derecho europeo de sociedades”, en Sergio Cámara Lapuente, coord., *Derecho privado europeo*, Madrid, Colex, 2003, p. 284.

15. No en vano, cabe recordar que el que pasa por ser considerado como padre espiritual de la idea, el jurista holandés Peter Sanders, impartió en el año 1959 en el Instituto de Altos Estudios Económicos de Rotterdam una conferencia que llevaba el siguiente título “Hacia una sociedad anónima europea”. El primer proyecto que se realizó sobre la Sociedad Europea, en 1966, es conocido precisamente como Proyecto Sanders.
16. Respecto a esta importante Directiva, ver en Sonsoles González y Jaime Pereda, “La Directiva 2005/56 del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las fusiones transfronterizas de las sociedades de capital”, en *Actualidad jurídica Uría-Menéndez*, No. 13, Madrid, 2006. Disponible en: [http://www.uria.com/esp/actualidad_juridica/n13/b04.pdf].
17. Una exposición de los factores que han posibilitado la realización de este *corpus iuris* sobre el Derecho de sociedades puede consultarse en: Alfonso Luis Calvo Caravaca, Javier Carrascosa González, “Derecho europeo de sociedades”, p. 318.

cientes por las siguientes razones: a) De pronto, el principal inconveniente que presentan las directivas –y hablamos de ellas con carácter general– es que no son un instrumento jurídico directamente aplicable y vinculante, sino que deben ser incorporadas a los ordenamientos jurídicos nacionales,¹⁸ lo que provoca innumerables retrasos, inexactitudes, divergencias e incrementa la inflación legislativa, en contra de su buen conocimiento y aplicación por los operadores jurídicos;¹⁹ b) Al no existir un cuerpo de principios o conceptos generales del derecho privado comunitario, se plantean numerosos problemas derivados de la necesidad de interpretar normas comunitarias con principios nacionales; c) Además, la regulación de las directivas suele ser superficial, incompleta, sectorial y fragmentaria, hasta el punto de que Sánchez Lorenzo ha afirmado muy elocuentemente que la situación actual del Derecho privado comunitario se compara con un estilo pictórico impresionista: el puntillismo;²⁰ d) Finalmente, desde un punto de vista jurídico, las directivas suelen ser poco precisas y de escasa calidad técnica, lo cual provoca innumerables problemas conceptuales.

Pero, más allá de los límites técnicos que las directivas presentan como instrumento de armonización jurídica, lo cierto es que a través de las mismas se aproximan las legislaciones nacionales para hacer que no disten mucho unas de otras, pero no se aporta ninguna solución al objeto de favorecer la creación de estructuras societarias íntegramente europeas que permitan a las empresas nacionales traspasar los límites locales y agruparse bajo una forma comunitaria. En otras palabras, las empresas con vocación de actividad supranacional tienen que seguir enfrentándose con muchos problemas cuando pretenden llevar a cabo operaciones que podrían favorecer las concentraciones societarias intracomunitarias, como la fusión de sociedades²¹ o las transferencias internacionales de domicilio.²² Y tal y como señala Hommelhoff, es muy complejo organizar actividades comerciales

18. Se ha dicho que la Directiva es la versión moderna del senadoconsulto, que debía ser desarrollado por el Pretor en su edicto en función de los consejos que recibía de la auctoritas de los senadores, Emilio Valiño del Río, “Historia de los modernos intentos de unificación en el ámbito del Derecho privado patrimonial. Los principios sobre los contratos comerciales internacionales y su inspiración romanística”, en Guillermo Palao Moreno, Lorenzo Prats Albentosa, María José Reyes López, *Derecho patrimonial europeo*, Pamplona, Thomson-Aranzadi, 2003, p. 406.
19. Sergio Cámara Lapuente, “Un Derecho privado o un Código civil para Europa: planteamiento, nudo y (esquivo) desenlace”, en Sergio Cámara Lapuente, coord., *Derecho privado europeo*, Madrid, Colex, 2003, p. 55.
20. No obstante, el autor reconoce que la expresión es del jurista alemán Kötz; véase en Sixto Sánchez Lorenzo, *Derecho privado europeo*, Granada, Comares, 2002, pp. 164-165, nota a pie de página No. 26.
21. Precisamente, la finalidad de la Directiva 2005/56, relativa a las fusiones transfronterizas de las sociedades de capital, es la de favorecer esas operaciones intracomunitarias, si bien a través del mecanismo de la armonización legislativa.
22. En este sentido, para más detalle en José Carlos Fernández Rozas, Rafael Arenas García, Pedro Alberto de Miguel Asensio, *Derecho de los negocios internacionales*, p. 239.

dentro de la Unión Europea recurriendo únicamente a estructuras societarias nacionales, especialmente cuando se trata de grandes compañías, ya que inmediatamente afloran problemas legales, fiscales y, especialmente psicológicos.²³

LA SOCIETAS EUROPEA (SE)

El Reglamento 2157/2001 relativo a la sociedad anónima Europa

A la vista de todo lo dicho, parece que la creación de una estructura societaria uniforme, bajo el modelo de la sociedad anónima, debería ser un elemento crucial para la consecución del anhelado objetivo de un mercado único y la aplicación efectiva del principio de la libertad de establecimiento en la UE. La creación de las llamadas “supranational organization forms”,²⁴ esto es, de un instrumento jurídico transfronterizo, dotado de un único marco jurídico independiente, debería coadyuvar a superar las barreras jurídicas que impiden la constitución de estructuras societarias estrictamente comunitarias, capaces de superar las actividades de ámbito puramente local y de alcanzar un nivel de competitividad superior (asentado en la existencia de menos costes y una estructura más simple) que redunde en el logro de un mayor crecimiento económico.²⁵

23. Peter Hommelhoff, “Corporate and Business Law in the European Union”, en A. Hartkamp, Martijn W. Hesselink, Ewoud Hondius, Carla Joustra, Edgar Du Perron, *Towards a European Civil Code*, The Hague / London / Boston, Ars Aequi Libri-Nijmegen-Kluwer International, 1998, 2a. ed., p. 592.

24. *Ibid.*, p. 593.

25. Es cierto que puede pensarse en otras fórmulas alternativas, como la fusión internacional de sociedades, pero esta choca con una serie de obstáculos fiscales y sustantivos que la convierten en especialmente gravosa. En este sentido, el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo relativo a la Directiva 2005/56/CE pone de manifiesto la disparidad de la legislación comunitaria frente al fenómeno de las fusiones internacionales, ya que mientras países como España, Portugal o Reino Unido las permiten, otros como Alemania o los Países Bajos las rechazan. Respecto a la posibilidad de constituir grupos de sociedades (sociedades multinacionales), debe recordarse que en estos cada sociedad mantiene su nacionalidad, lo cual plantea serios problemas desde el punto de vista del Derecho internacional privado. La transferencia internacional de la sede social afronta igualmente trabas fiscales pero, sobre todo, se enfrenta con una considerable disparidad legislativa –a nivel europeo– en el tratamiento del problema, esencialmente cifrado en la determinación de si es posible dicho traslado sin que la sociedad se disuelva y a la vez, mantenga su personalidad jurídica. Finalmente, las Joint-Venture internacionales no dejan de ser acuerdos temporales en virtud de los cuales varias sociedades deciden crear una sociedad *ad hoc* (Joint-Venture Corporation) para realizar una determinada obra o servicio. Alfonso Luis Calvo Caravaca, Javier Carrascosa González, “Derecho europeo de sociedades”, pp. 301 y 308-309. Como veremos más adelante, tanto la fusión internacional como la transferencia de sede social se contemplan como opciones perfectamente legales en el Reglamento 2157/2001, de 8 octubre de 2001, por el que se aprueba el estatuto de la Sociedad Anónima Europea.

Pues bien, a pesar de que la sociedad anónima europea se encuentra en la agenda del legislador comunitario desde los años de 1970,²⁶ hubo que esperar tres decenios, concretamente hasta el Consejo Europeo de Niza, celebrado en diciembre del año 2000,²⁷ para que el proyecto se concluyera de forma definitiva, fructificando en el Reglamento 2157/2001, de 8 octubre de 2001, por el que se aprueba el estatuto de la Sociedad Anónima Europea.²⁸ Aunque seguramente son muchas y variadas las razones que explican que las instituciones comunitarias tardaran tanto tiempo en completar el trabajo, pueden citarse entre las más relevantes la cuestión de la participación de los trabajadores en los órganos de la sociedad anónima europea²⁹ (finalmente resuelta mediante la aprobación de la Directiva del Consejo 2001/86/CE, de 8 de octubre de 2001, por la que se completa el estatuto de la Sociedad Anónima Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores³⁰), el acceso a la personalidad jurídica y la configuración de la estructura orgánica de la sociedad.³¹ Lo cierto es que finalmente se consiguió un texto de consenso que, tal

26. La Comisión Europea presentó en el año 1970 una propuesta de “Reglamento sobre el Estatuto de las sociedades anónimas europeas”, que sería modificado en 1975. Sobre estos trabajos, véase en José Girón Tena, Joaquín Garrigues, *Estudios y textos de Derecho de sociedades de la Comunidad Económica Europea*, Madrid, Universidad de Madrid, 1978.
27. En ese momento el Estado español finalmente aceptó la solución propuesta en materia de participación de los trabajadores (el resto de estados lo habían hecho dos años antes), Alfonso Luis Calvo Caravaca, Javier Carrascosa González, “Derecho europeo de sociedades”, p. 320.
28. Una exposición clara de los diferentes hitos de esta evolución puede consultarse en Luis Fernández de la Gándara, “El Reglamento de la sociedad europea en el marco del Derecho comunitario de sociedades: consideraciones de política y técnica jurídica”, en Gaudencio Esteban Velasco, Luis Fernández del Pozo, *La sociedad anónima europea. Régimen jurídico societario, laboral y fiscal*, Madrid / Barcelona, Marcial Pons, 2004, pp. 20 y ss.
29. “Uno de los caballos de batalla con más influencia en el proceso”, puede verse en Jesús Quijano González, “La sociedad anónima europea”, en *Derecho de sociedades. Libro homenaje a Fernando Sánchez-Calero*, vol. IV, Madrid, McGraw-Hill, 2002, p. 4286.
30. La Directiva 2001/86/CE está destinada a garantizar que los trabajadores tengan el derecho de implicarse en las cuestiones y decisiones que afecten la vida de sus SE. A tal fin, se prevé la constitución de un órgano de representación compuesto por trabajadores de la SE y de sus filiales y establecimientos elegidos o designados por y entre los representantes de los trabajadores o, en su defecto, por el conjunto de los trabajadores. La competencia del órgano de representación se limitará a las cuestiones que afecten a la SE en sí misma y a cualquiera de sus filiales o establecimientos situados en otros estados miembros o a aquellos que excedan de la competencia de los órganos de decisión en un solo Estado miembro. El órgano de representación tendrá derecho a ser informado y consultado y, a tal efecto, a reunirse al menos una vez al año con el órgano competente de la SE, sobre la base de informes periódicos elaborados por el órgano competente, en relación con la evolución y perspectivas de las actividades de la SE. De la importancia de la Directiva otorga testimonio el hecho de que la entrada en vigor del Reglamento quedó aplazada hasta el momento en que todos los estados miembros pudieran incorporar en su Derecho nacional sus disposiciones y establecer con anterioridad los mecanismos necesarios para la constitución y funcionamiento de las SE con domicilio social en su territorio, de modo que el Reglamento y la Directiva pudieran aplicarse concomitantemente (Considerandos 21 y 22).
31. Véase en Justino F. Duque Domínguez, “La Societas europea: los caracteres, el significado y el

y como se ha afirmado, es “mucho menos ambicioso de lo inicialmente previsto”,³² lo cual, como veremos más adelante, ha acabado por afectar al propio grado de uniformización alcanzado.

Determina el Reglamento (RSE)³³ que resulta esencial establecer, tanto como sea posible, una correspondencia entre la unidad económica y la unidad jurídica de la empresa en la comunidad, y por ello considera conveniente prever la constitución, junto a las sociedades de Derecho nacional, de sociedades cuya formación y funcionamiento estén regulados por un Reglamento de Derecho comunitario directamente aplicable en todos los estados miembros. De esta forma, se podrán crear sociedades de dimensión europea, sin que los obstáculos derivados de la disparidad y de la aplicación territorial limitada de las legislaciones nacionales aplicables a las sociedades mercantiles puedan impedir o dificultar tales operaciones (Considerandos 6 y 7 RSE).

Por otro lado, el propio reglamento considera como “objetivo esencial” que pueda constituirse una SE tanto para permitir a sociedades de estados miembros diferentes que se fusionen o creen una sociedad holding, como para ofrecer a sociedades y otras personas jurídicas que ejerzan una actividad económica y que estén sometidas a la legislación de estados miembros diferentes la posibilidad de crear filiales comunes (Considerando 10 RSE).

En definitiva, se pretenden favorecer todos los procesos jurídicos que conduzcan al fortalecimiento del tejido empresarial europeo mediante la creación de sociedades de dimensión europea, superándose los obstáculos que hasta el momento existían frente a las fusiones internacionales o las transferencias supranacionales de las sedes sociales.

Características de la SE

En el artículo 1 del Reglamento se establece que “podrán constituirse sociedades en el territorio de la Comunidad en forma de sociedades anónimas europeas (*Societas Europaea*) en las condiciones y con arreglo a las modalidades previstas en el presente Reglamento”. Puede observarse, en primer lugar, cómo el legislador comunitario ha optado por la forma de la sociedad anónima, por entender que el régimen de la sociedad de capital por acciones es el que “mejor se adapta, tanto

acceso a este tipo comunitario”, en *Libro conmemorativo del bicentenario de la Universidad de La Laguna*, t. I, La Laguna, Universidad de La Laguna, Facultad de Derecho, 1993, pp. 241 y ss.

32. José Miguel Embid Irujo, “Balance y perspectivas de la armonización del Derecho de sociedades en la Unión Europea”, en Daniel Roque Vitolo, José Miguel Embid Irujo, *El Derecho de sociedades en un marco supranacional. Unión Europea y Mercosur*, Granada, Comares, 2007, p. 31.

33. Una aproximación al mismo puede consultarse en Francisco Garcimartín Alférez, “El reglamento de la sociedad europea: una primera lectura”, en *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, No. 217, Einsa Multimedia, 2002, pp. 7-38.

desde el punto de vista financiero como del de su gestión, a las necesidades de las empresas que lleven a cabo sus actividades a escala europea” (Considerando 13 RSE). Por otro lado, el mismo precepto recoge las tres características esenciales de este tipo de sociedades:³⁴

- El capital se encuentra dividido en acciones.
- Cada accionista solo responderá hasta el límite del capital que haya suscrito (principio de responsabilidad limitada de los accionistas).
- La Sociedad Europea tendrá personalidad jurídica propia, siendo necesario para ello su inscripción en el Registro (art. 16.1 RSE).³⁵

Además, se establece expresamente que queda prohibida la discriminación de este tipo de sociedades a nivel nacional: “la SE recibirá en cada Estado miembro el mismo trato que una sociedad anónima constituida con arreglo a la legislación del Estado miembro en el que la SE tenga su domicilio social” (artículo 10 RSE).

Requisitos de la SE

Por de pronto, requisito imprescindible de cualquier SE es que el domicilio social se encuentre situado dentro de la Comunidad, en el mismo Estado miembro que su administración central (artículo 7 RSE). No obstante, se podrá trasladar el domicilio social de la SE a otro Estado miembro sin que haya que entender que se ha disuelto la SE o que se ha creado una nueva persona jurídica (artículo 8 RSE).³⁶

Además, a efectos formales la SE deberá hacer constar delante o detrás de su denominación social la sigla “SE” (artículo 11.1 RSE), estando reservadas estas siglas únicamente a este tipo de sociedades (artículo 11.2 RSE).

Respecto al capital, se establece que para poder constituir una SA este no podrá ser en ningún caso inferior a 120.000 euros (artículo 4.2 RSE).³⁷ El propio

34. En alguno de los proyectos que se manejaron con anterioridad se añadía una cuarta característica: el carácter mercantil con independencia de su objeto social. No obstante, es evidente que la desaparición de este requisito carece de importancia, puesto que la naturaleza mercantil es connatural a la sociedad anónima.

35. En este sentido, el artículo 314.2 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (LSA), aprobado por el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre (reformada por la Ley 19/2005, de 14 de noviembre, sobre la sociedad anónima europea domiciliada en España), establece que “la constitución y demás actos inscribibles de una sociedad anónima europea que tenga su domicilio en España se inscribirán en el Registro Mercantil conforme a lo dispuesto para las sociedades anónimas”.

36. Se ha afirmado acertadamente que es necesario que las legislaciones fiscales de los estados miembros no contemplen la transferencia internacional de sede social como un supuesto de disolución, si no se quiere obstaculizar la libre circulación de SE contemplada por el Reglamento. Alfonso Luis Calvo Caravaca, Javier Carrascosa González, “Derecho europeo de sociedades”, p. 321.

37. No obstante, el artículo 4.3 establece que “cuando la legislación de un Estado miembro fije un capital suscrito superior para sociedades que ejerzan determinados tipos de actividad, dicha legislación se aplicará a las SE que tengan su domicilio social en dicho Estado miembro”. Por otro

Reglamento considera que es conveniente fijar ese umbral mínimo para garantizar una dimensión razonable a este tipo de empresas que garantice que las sociedades disponen de un patrimonio suficiente, sin que por ello se pongan trabas a la constitución de SE por parte de pequeñas y medianas empresas (PYME). Teniendo en cuenta la cuantía, no está claro que las PYMES puedan llegar a emplear con cierta asiduidad esta forma societaria.³⁸ No en vano, en la propia Exposición de Motivos de la Ley 19/2005, de 14 de noviembre, sobre la sociedad anónima europea domiciliada en España,³⁹ se reconoce explícitamente que se ha optado por un modelo orientado hacia las grandes sociedades (EM II).⁴⁰

Formas de constitución de la SE

Una de las cuestiones más discutidas a lo largo de todo el *iter* legislativo del Reglamento fue la del acceso a la sociedad europea o las formas de constitución de la misma. Tal como indica Quijano González, si la SE se caracterizaba por ser un tipo societario de dimensión europea, parecía congruente exigir ciertos requisitos con algún rigor que permitieran acreditar indicios suficientes de la llamada “vocación europea” en la iniciativa, como la pertenencia al menos a dos estados miembros, la limitación a un *numerus clausus* de supuestos fundacionales, etc.⁴¹ Pues bien, finalmente el Reglamento UE prevé cuatro posibilidades distintas de constitución de la SE: mediante fusión, *holding*, constitución de una filial o transformación.

a) Fusión

Establece el artículo 2.2. del Reglamento que las sociedades anónimas constituidas con arreglo al ordenamiento jurídico de un Estado miembro que tengan su domicilio social y su administración central en la Comunidad, podrán constituir una SE mediante fusión, siempre que al menos dos de ellas estén sujetas al ordena-

lado, el Reglamento establece que el resto de las cuestiones relacionadas con el capital de la SE, su mantenimiento y sus modificaciones, así como sus acciones, obligaciones y demás títulos asimilables, estarán regulados por las disposiciones que se aplicarían a una sociedad anónima que tuviera el domicilio social en el Estado miembro en el que esté registrada la SE (artículo 5).

38. En el mismo sentido, Luis Fernández de la Gándara, “El reglamento de la sociedad europea en el marco del Derecho comunitario de sociedades: consideraciones de política y técnica jurídica”, pp. 39-40.

39. Véase en Josefina Boquera Matarredona, dir., *La sociedad anónima europea domiciliada en España*, Navarra, Thomson-Aranzadi, 2006.

40. No en vano, entre los múltiples factores que han coadyuvado a la creación de la SE hay que incluir la necesidad de aumentar la competitividad de las grandes empresas europeas frente a las estadounidenses o las japonesas, al respecto véase en Justino F. Duque Domínguez, “La Societas europea: los caracteres, el significado y el acceso a este tipo comunitario”, pp. 241 y ss.

41. Jesús Quijano González, “La sociedad anónima europea”, p. 4304.

miento jurídico de estados miembros diferentes. La fusión puede realizarse de dos formas diferentes: bien con arreglo al procedimiento de fusión por absorción, de conformidad con el apartado 1 del artículo 3 de la Tercera Directiva 78/855/CEE del Consejo, de 9 de octubre de 1978, bien con arreglo al procedimiento de fusión por constitución de una nueva sociedad, de conformidad con el apartado 1 del artículo 4 de dicha Directiva (artículo 17.2 RSE). En cualquier caso, como puede observarse se establece como requisito imprescindible la internacionalidad o el carácter transfronterizo de la operación de fusión llevada a cabo.

Los órganos de dirección o de administración de las sociedades que se fusionen elaborarán un proyecto de fusión que contendrá los requisitos recogidos en el artículo 20 RSE y que se publicará en el boletín oficial del Estado miembro donde esté registrada la sociedad de que se trate conforme a lo establecido en el artículo 21 RSE. Finalmente, la junta general de cada una de las sociedades que se fusionen deberá aprobar el proyecto de fusión (artículo 23 RSE).

La fusión y la constitución simultánea de la SE surtirán efecto el día en que quede registrada con arreglo a lo dispuesto en el artículo 12 (artículo 27.1 RSE). Debe destacarse, finalmente, que todo el proceso estará bajo el control de un tribunal, un notario u otra autoridad competente que expedirá un certificado que acredite de manera concluyente el cumplimiento de todos los actos y trámites previos a la fusión (artículo 25.2 RSE).⁴²

b) Holding

La creación de una SE holding presenta algunas peculiaridades:

- En primer lugar, es evidente que, al tratarse de un holding, las sociedades que promuevan la constitución conservarán su personalidad jurídica (artículo 32.1).
- Por otro lado, puede ser promovida tanto por sociedades anónimas como por sociedades de responsabilidad limitada constituidas con arreglo al ordenamiento jurídico de un Estado miembro y con domicilio social y administración central en la comunidad.
- Además, se exige como requisito adicional, que al menos dos de ellas estén sujetas al ordenamiento jurídico de distintos estados miembros o, alternativamente, tengan una filial sujeta al ordenamiento jurídico de otro Estado miembro o una sucursal en otro Estado miembro desde, por lo menos, dos años antes (artículo 2.2). Así pues, el carácter internacional o la europeidad de la SE puede determinarse a través de la existencia de una filial o sucursal en un Estado miembro diferente al de su administración central.

42. Se trata de un “mecanismo de control” que supervisa todo el procedimiento de fusión, Alfonso Luis Calvo Caravaca y Javier Carrascosa González, “Derecho europeo de sociedades”, p. 324.

Con relación al proceso necesario para su constitución, los órganos de dirección o de administración de las sociedades que promuevan la operación redactarán un proyecto de constitución de la SE (es importante destacar que, *ex art.* 32.2. RSE, las sociedades promotoras deberán aportar más del 50% de los derechos de voto permanentes). A continuación, uno o más peritos independientes de las sociedades que promuevan la operación, designados o autorizados por una autoridad judicial o administrativa del Estado miembro del que dependa cada sociedad con arreglo a las disposiciones nacionales adoptadas en aplicación de la Directiva 78/855/CEE, examinarán el proyecto de constitución y elaborarán un informe escrito destinado a los accionistas de cada una de las sociedades (artículo 32.4 RSE). El informe deberá indicar las dificultades especiales de evaluación y declarar si la relación de canje de acciones o de participaciones propuesta es pertinente y razonable y señalará también qué métodos se siguieron para su determinación y si dichos métodos son adecuados en el caso concreto de que se trate (artículo 32.5 RSE). Finalmente, el proyecto de constitución de la SE se someterá a la aprobación de la junta general de cada una de las sociedades que promuevan la operación (art. 32.6 RSE).

c) SE Filial

Las sociedades a las que se refiere el párrafo segundo del artículo 48 del TCE (actualmente, artículo 54 Tratado de Funcionamiento de la UE),⁴³ y en general cualquiera de las otras entidades jurídicas de Derecho público o privado constituidas con arreglo al ordenamiento jurídico de un Estado miembro y con domicilio social y administración central en la Comunidad, podrán constituir una SE filial suscribiendo sus acciones, siempre que al menos dos de ellas: estén sujetas al ordenamiento jurídico de distintos estados miembros; o tengan una filial sujeta al ordenamiento jurídico de otro Estado miembro o una sucursal en otro Estado miembro desde, por lo menos, dos años antes (art. 2.3).

d) Transformación de una SA previa en SE

Finalmente, se contempla la posibilidad de constitución de una SE por transformación de una sociedad anónima nacional, constituida con arreglo al ordenamiento jurídico de un Estado miembro y con domicilio social y administración central en la comunidad, siempre y cuando haya tenido una filial sujeta al ordenamiento jurídico de otro Estado miembro durante, al menos, dos años. En un principio, la transformación de una sociedad anónima en SE no producirá su disolución

43. “Por sociedades se entiende las sociedades de Derecho civil o mercantil, incluso las sociedades cooperativas, y las demás personas jurídicas de Derecho público o privado, con excepción de las que no persigan un fin lucrativo”.

ni la creación de una nueva persona jurídica (art. 37.2 RSE), por lo entendido, la operación no habrá de estar sometida a ninguna obligación fiscal al respecto. Además, el domicilio social de la SE no podrá trasladarse de un Estado miembro a otro con motivo de la transformación (37.3 RSE), lo cual ha sido interpretado como una cautela para reducir los riesgos de huida del derecho nacional.⁴⁴

El órgano de dirección o de administración de la sociedad establecerá un proyecto de transformación, que se hará público, y un informe en el que se explicarán y justificarán los aspectos jurídicos y económicos de la transformación y se indicarán las consecuencias que supondrá para los accionistas y para los trabajadores la adopción de la forma de SE (art. 37.4 RSE). La junta general de la sociedad de que se trate aprobará el proyecto de transformación y los estatutos de la SE (art. 37.7 RSE), si bien con anterioridad uno o más peritos independientes designados o autorizados, con arreglo a las disposiciones nacionales adoptadas en aplicación del artículo 10 de la Directiva 78/855/CEE, por una autoridad judicial o administrativa del Estado miembro del domicilio de la sociedad que se transforma en SE, certificarán, de conformidad con la Directiva 77/91/CEE, *mutatis mutandis*, que la sociedad dispone de activos netos que corresponden, como mínimo, al capital aumentado con las reservas que la legislación o los estatutos no permitan distribuir (art. 37.6 RSE).

Si se contemplan los cuatro supuestos de manera conjunta, puede fácilmente colegirse que el legislador comunitario ha contemplado de forma bastante generosa las diferentes posibilidades de creación de una SE. De hecho, la figura societaria europea tan solo ha quedado vetada, lógicamente, a las personas físicas y a las personas jurídicas pertenecientes a estados no miembros de la UE. No obstante, incluso en este último caso es posible que los estados miembros dispongan que una sociedad que no tenga su administración central en la comunidad pueda participar en la constitución de una SE siempre y cuando esa sociedad esté constituida con arreglo al ordenamiento jurídico de un Estado miembro, tenga su domicilio social en ese mismo Estado miembro y tenga una vinculación efectiva y continua con la economía de un Estado miembro (art. 2.5 RSE).

e) Participación de los trabajadores en los procesos de creación de la SE

Finalmente, debe tenerse en cuenta que, con carácter general, siempre que los órganos de dirección o de administración de las sociedades participantes establezcan el proyecto de constitución de una SE, iniciarán lo antes posible (en todo caso, una vez publicado el proyecto de fusión o de constitución de una sociedad holding,

44. Alfonso Luis Calvo Caravaca y Javier Carrascosa González, "Derecho europeo de sociedades", p. 325.

o después de adoptarse un proyecto de crear una filial o de transformarse en una SE) las gestiones necesarias, incluida la comunicación de las informaciones relativas a la identidad de las sociedades participantes, filiales o establecimientos afectados, así como el número de sus trabajadores, para entablar negociaciones con los representantes de los trabajadores de las sociedades sobre las disposiciones relativas a la implicación de los trabajadores en la SE. A tal fin, se constituirá una comisión negociadora representativa de los trabajadores de las sociedades participantes y sus filiales o establecimientos interesados (arts. 3.1 y 2 Directiva 2001/86/CE). Los órganos competentes de las sociedades participantes y la comisión negociadora deberán negociar con espíritu de colaboración para llegar a un acuerdo sobre las normas de implicación de los trabajadores en la SE (art. 4 Directiva 2001/86/CE).

Estructura de la SE

La estructura orgánica de la SE constituyó, a lo largo de toda su tramitación normativa, una de las cuestiones más debatidas y complejas de resolver. Efectivamente, junto a la presencia ineludible de la Junta General de Accionistas, desde un punto de vista teórico se plantearon a nivel europeo diferentes opciones para regular el llamado gobierno corporativo interno: a) Sistema monista. Es el sistema tradicional empleado en las sociedades anónimas españolas e inglesas (*Boardsystems*), caracterizado por la existencia de un único órgano de administración de la sociedad; b) Sistema dualista. Se trata de un sistema de clara inspiración y procedencia alemana (*Aufsichtsratsystem*), en el que hay un órgano de control o Consejo de control y un órgano de dirección; c) Además, en otros estados, como Italia o Francia, se permite optar entre uno u otro sistema.

Los proyectos de 1970 y 1975 se inspiraban inicialmente en el modelo dualista, y contemplaban la existencia de un Comité de Dirección y un Comité de Vigilancia, integrado por representantes de los trabajadores y de los accionistas.⁴⁵ Sin embargo, finalmente⁴⁶ el Reglamento ha optado, creemos que oportunamente, por flexibilizar el modelo y otorgar la posibilidad de que sean las propias sociedades y el resto de personas jurídicas con opciones de constituir una SE las que opten voluntariamente por el sistema dual o por el monista en sus Estatutos de constitución de la SE (art. 38 RSE). Por otro lado, debe destacarse la desaparición de la versión final del texto aprobado de un inciso que, en obsequio de la realidad alemana, preveía que los estados miembros podrían imponer a las SE domiciliadas en su

45. Véase en Gaudencio Esteban Velasco, “El sistema dual”, en Gaudencio Esteban Velasco y Luis Fernández del Pozo, *La sociedad anónima europea. Régimen jurídico societario, laboral y fiscal*, Madrid / Barcelona, Marcial Pons, 2004, p. 526.

46. Para ver una exposición histórica de la evolución de la cuestión en Jesús Quijano González, “La sociedad anónima europea”, pp. 4314 y ss.

territorio uno de los sistemas optativos. De esta forma, ha acabado por imponerse un derecho de opción puro y sin restricciones ni limitaciones de ningún tipo.⁴⁷

En las sociedades anónimas europeas que opten por el sistema dual habrá un “órgano de dirección”, responsable de la gestión de la SE (art. 39.1 RSE) y obligado a informar al órgano de control, como mínimo cada tres meses, acerca de la marcha de los asuntos de la SE y de su evolución previsible (art. 41.1 RSE). Por otro lado se encuentra el llamado “órgano de control”, cuya función es la de, valga la redundancia, controlar la gestión encomendada al órgano de dirección, gozando del derecho de solicitarle toda la información que sea necesaria para ejercer correctamente su tarea (art. 41.3 RSE), sin que en ningún caso pueda llegar a ejercer por sí mismo el poder de gestión de la SE (art. 40.1 RSE). Los miembros de este órgano serán nombrados por la Junta General (art. 40.2 RSE), mientras que los del órgano de dirección serán designados y revocados por el órgano de control (art. 39.2 RSE). El número de miembros en ambos casos vendrá determinado por los Estatutos (arts. 39.4 y 40.3 RSE).

Si la SE elige el sistema monista existirá un único “órgano de administración” que asumirá toda la gestión de la SE (art. 43.1 RSE). Este órgano estará formado por el número de miembros que determinen los Estatutos (art. 43.2 RSE) y serán designados por la Junta general (art. 43.3 RSE).⁴⁸

Finalmente, debe señalarse que el reconocimiento de este derecho de opción abre la posibilidad teórica de que los ordenamientos jurídicos comunitarios que tan solo reconocen el sistema monista puedan extender esta solución flexible a las sociedades estrictamente locales. La Ley 19/2005, de 14 de noviembre, sobre la sociedad anónima europea domiciliada en España, considera que la opción entre *sistema monista* y *sistema dual* debe concederse a todas las sociedades anónimas europeas, pero, “respetando la solución tradicional del Derecho español, no ha procedido a generalizar esa opción estatutaria a las demás sociedades anónimas españolas, a la espera de que la práctica permita apreciar si las sociedades anónimas europeas que se constituyan en España prefieren el *sistema monista* o el *sistema dual* y, en este último caso, cuáles son los principales problemas operativos de este nuevo modelo de organización”.

47. Véase al respecto, Jesús Quijano González, “El sistema monista”, en Gaudencio Esteban Velasco y Luis Fernández del Pozo, *La sociedad anónima europea. Régimen jurídico societario, laboral y fiscal*, p. 593.

48. José Carlos Fernández Rozas, Rafael Arenas García y Pedro Alberto de Miguel Asensio, *Derecho de los negocios internacionales*, pp. 240 y 241.

Conclusión crítica: una unificación incompleta y fragmentaria

Se ha afirmado que el Reglamento comunitario favorecerá la actividad internacional de las sociedades en Europa en cuanto que, al eliminar cualquier problema vinculado con la potencial falta de reconocimiento en el ámbito comunitario, se facilitan las fusiones transfronterizas y el cambio de domicilio, amén de que cada SE podrá establecerse en el Estado que favorezca en mayor medida su estrategia empresarial, sin las limitaciones jurídicas que sufren las sociedades creadas de acuerdo con el Derecho de un Estado.⁴⁹ No hay duda de que estas conclusiones están llenas de sentido común y ponen de manifiesto que el largo camino recorrido no ha sido precisamente en balde.

No obstante, nada de lo dicho obsta a que se pongan de manifiesto una serie de problemas y deficiencias estructurales que, en mi opinión, lastran el resultado del trabajo realizado. Uno de los puntos más criticables del Reglamento, según mi entender, es que no pretende regular de forma exhaustiva los distintos problemas que, en el ámbito societario, pueden plantearse con este tipo de sociedades, por lo que inevitablemente abren la puerta al recurso a lo determinado en los Estatutos sociales y, supletoriamente, a lo establecido por el derecho nacional del Estado en el que la SE tenga su domicilio social (art. 9.c i y ii, 12, 13, 15, 22, 47.2, 51, 55, 61, 63 y 64 RSE), impidiendo de esa forma que pueda alcanzarse realmente el objetivo unificador. En este sentido, el legislador español reconoce con toda claridad que, “junto con esa normativa supranacional, conviven necesariamente, en una muy compleja relación jerárquica, las normas legales aplicables a las sociedades anónimas en el derecho interno. Como consecuencia de este sistema de fuentes, la sociedad europea pierde grados de unidad, en la medida en que una parte sustancial de esa normativa será la correspondiente a las distintas sociedades anónimas nacionales” (E.M. II). Igualmente, señalan Calvo Caravaca y Carrascosa González que el papel real de las legislaciones nacionales es muy superior al que hubiera cabido esperar de este nuevo instituto jurídico, ya que siguen estando sometidas a la normativa local cuestiones tan importantes como el capital, la modificación de las acciones o, entre otras, las medidas de publicidad obligatorias.⁵⁰

Debe recordarse que en un principio el proyecto giró en torno a la oportunidad de regular exhaustivamente el régimen jurídico de la SA, en todos sus aspectos, tal y como lo pone de manifiesto el hecho de que el proyecto de Reglamento de 30 de abril de 1975 contuviera más de cuatrocientos artículos, número que contrasta

49. *Ibíd.*, pp. 240 y 241.

50. Alfonso Luis Calvo Caravaca y Javier Carrascosa González, “Derecho europeo de sociedades” p. 326.

poderosamente con los setenta artículos del Reglamento en vigor. ¿Qué ocurrió en el camino? Pues, esencialmente, que, tal y como indica Fernández de la Gándara, hubo un rechazo casi unánime a un estatuto jurídico de la SE de carácter totalizador y sin referencia alguna a los ordenamientos nacionales.⁵¹ En otros términos, se entendió que la normativa europea debía contemplar los aspectos más básicos y elementales para conseguir cierta uniformidad, dejando el resto de cuestiones a lo que determine cada regulación nacional. Nos encontramos, así pues, ante un episodio más del conocido pragmatismo del legislador europeo, que, con una gran dosis de sentido común, prefiere sacrificar el grado de uniformidad alcanzado al objeto de evitar un más que posible fracaso de un texto normativo excesivamente ambicioso.

LA EMPRESA PÚBLICA

Libertad de empresa, economía de mercado e iniciativa pública económica

Es suficientemente conocido el hecho de que tanto el Estado como otras administraciones públicas territoriales (Comunidades Autónomas⁵² y Entidades Locales⁵³) tienen la facultad de intervenir en el mercado como auténticos agentes económicos, y no como simples reguladores, con el fin de atender ciertas necesidades e intereses de carácter general. Así, en determinados supuestos los poderes públicos compiten en condiciones de igualdad con el sector privado en el mercado del suministro de bienes y servicios, y en otras ocasiones asumen directamente la gestión de ciertos servicios públicos de carácter esencial que, de otra forma, no serían

51. Luis Fernández de la Gándara, “El reglamento de la sociedad europea en el marco del Derecho comunitario de sociedades: consideraciones de política y técnica jurídica”, p. 21.
52. Numerosas Comunidades Autónomas han regulado la figura de las empresas públicas, como la Ley de 29 de marzo de 1985 del Estatuto de la empresa pública catalana, la Ley 3/1989, de Entidades Autónomas y Empresas Públicas de la Comunidad Balear o la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de Administración de la Junta de Andalucía que regula las Agencias Públicas Empresariales (artículo 68).
53. El Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Disposiciones Legales vigentes en materia de Régimen Local, establece en su artículo 97 los requisitos necesarios para el ejercicio de actividades económicas por las entidades locales. Además, el artículo 103 señala que “en los casos en que el servicio o actividad se gestione directamente en forma de empresa privada, habrá de adoptarse una de las formas de sociedad mercantil de responsabilidad limitada. La sociedad se constituirá y actuará conforme a las disposiciones legales mercantiles, y en la escritura de constitución constará el capital, que deberá ser aportado íntegramente por la Entidad local, la forma de constituir el Consejo de Administración y la determinación de quienes tengan derecho a emitir voto representando al capital social”. Por el contrario, para la gestión indirecta de los servicios podrán las Entidades locales utilizar las formas de sociedad mercantil o cooperativa cuyo capital social solo parcialmente pertenezca a la entidad (artículo 104).

satisfechos por el sector privado habida cuenta su escasa rentabilidad económica. En cualquier caso, la empresa pública es el instrumento técnico al que la Administración recurre con mayor asiduidad para articular su intervención en el mercado.

Sin embargo, desde un punto de vista jurídico y económico resulta aparentemente complejo determinar la posible compatibilidad de esta previsión de la intervención de los poderes públicos en la economía con el proclamado principio de la libertad de empresa en un sistema de economía de mercado. Y para responder a esta aparente aporía, no hay más que analizar el estatuto jurídico constitucional de la empresa pública, que se contiene en dos preceptos básicos de la Carta Magna, los artículos 38 y 128, que en un principio dieron lugar a extensos debates actualmente superados.⁵⁴

Efectivamente, por un lado, el artículo 38 establece que “se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación”. El reconocimiento expreso de la economía de mercado, como modelo económico, y de la libertad de empresa, como pilar fundamental del orden constitucional y derecho subjetivo garantizado con la reserva de ley (artículo 53.1 CE), no significa –como podría a primera vista deducirse– que el constituyente haya optado por privilegiar de forma absoluta a la iniciativa privada sobre la iniciativa pública (subsidiariedad),⁵⁵ entre otras cosas porque la función social modula a la libertad de empresa⁵⁶ que, en el fondo, no es más que la concreción del reconocimiento de la propiedad privada en el sector empresarial (artículo 33 CE).⁵⁷ Al contrario, los poderes públicos pueden intervenir para proteger el propio principio de la libertad de empresa⁵⁸ o su presupuesto fundamental, la libre competencia.⁵⁹

Por otro lado, el artículo 128 determina en primer lugar que “toda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad está subordinada al

54. Posiblemente habría que añadir a estos dos preceptos fundamentales el artículo 130, que determina que “los poderes públicos atenderán a la modernización y desarrollo de todos los sectores económicos y, en particular, de la agricultura, de la ganadería, de la pesca y de la artesanía, a fin de equiparar el nivel de vida de todos los españoles”.

55. Véase en Gaspar Ariño Ortiz, “Propiedad, libertad y empresa”, en AA. VV., *La empresa en la Constitución española*, Pamplona, Aranzadi, 1989, p. 107.

56. En este sentido, para mayor detalle en Encarnación Montoya Martín, *Las empresas públicas sometidas al Derecho privado*, Madrid, Marcial Pons, 1996, p. 41.

57. Ángel M. López y López, *La disciplina constitucional de la propiedad privada*, Madrid, Tecnos, 1988.

58. Véase en STS 17 diciembre 1986 (RJ 1986, 7472), en la que se justifica la intervención de la empresa Hytasa para proteger el ejercicio de la libertad de empresa y garantizar la defensa de la productividad de acuerdo con las exigencias del mercado y de la planificación.

59. Para mayor referencia, STC 88/1986, de 1 de julio, que declara que la protección de la libre competencia entre empresas ampara la actuación de los poderes públicos.

interés general”, y a continuación señala que “se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica. Mediante Ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general”. Por lo tanto, el precepto constitucional otorga con toda nitidez legitimidad absoluta a la iniciativa pública económica, en un marco de compatibilidad y coexistencia ordenada –que no de subsidiariedad– con la iniciativa privada.⁶⁰ Sin embargo, la iniciativa pública económica se desarrolla en el campo de juego de la economía de mercado reconocida en el artículo 38 CE y por ello, debe respetar los principios que inspiran la libre competencia.⁶¹ En este sentido, resulta evidente que la intervención de los poderes públicos tiene su límite en la garantía institucional del derecho a la libertad de empresa, manifestada a través del principio de reserva de ley y, por otro lado, del respeto a su contenido esencial, que no puede dejar de ser reconocible en ningún caso, lo que implicaría, como mínimo, el respeto ineludible a la libertad de acceso al mercado, a la libertad de ejercicio de la actividad empresarial y de cesación en el mercado.⁶²

A modo de conclusión puede afirmarse que los poderes públicos tienen la potestad discrecional –en cuanto que no se trata de un deber de estos, sino de una posibilidad a la que pueden optar– de intervenir en el mercado, esto es, de llevar a cabo determinadas actividades económicas como un agente económico más. Sin embargo, tal y como señala Montoya Martín, en el ejercicio de esa potestad la Ad-

60. Juan Ignacio Font Galán, “Notas sobre el modelo económico de la Constitución española de 1978”, en *Revista de Derecho Mercantil*, No. 152, Civitas, 1979, pp. 205-239.

61. La STS de 10 octubre 1989 (RJ 1989, 7352) establece que “la coexistencia de empresas públicas con fines empresariales (artículo 128.2 de la Constitución) y de empresas privadas (artículo 38 de la misma) en el marco de una economía de mercado, y la pertenencia de España a la Comunidad Económica Europea, exigen que se garantice y salvaguarde la libre competencia, y para ello han de regir las mismas reglas para ambos sectores de producción público y privado. Por tanto, las empresas públicas que actúen en el mercado, se han de someter a las mismas cargas sociales, fiscales, financieras y de toda índole que afecten a las privadas y a sus mismos riesgos, sin poder gozar de privilegios de ningún tipo, pues ello podría impedir, restringir o falsear el juego de la libre competencia del mercado vulnerando el artículo 85 del Tratado de Roma, no pudiendo tampoco estas empresas de capital público prevalecerse de ninguna forma de posición dominante ni subordinar la celebración de contratos a la aceptación por los otros contratantes de prestaciones suplementarias que por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos (artículo 86 del mismo Tratado); y no pueden por último estas empresas privadas de capital público recibir ayudas ni subvenciones de fondos públicos de ninguna clase, con las solas salvedades que enumeran los apartados 2 y 3 del artículo 92 del Tratado, y aun siempre sometiendo previamente las excepciones (con una antelación mínima de 3 meses antes de poder aplicarlas) a la consideración de la Comisión del Mercado Común –artículos 93.3 del Tratado y 1o., 1 del Real Decreto 1755/1987 de 23 de diciembre”.

62. Para mayor detalle referirse a Ramón Entrena Cuesta, “El principio de libertad de empresa”, en Fernando Garrido Falla, dir., *El modelo económico en la Constitución española*, vol. II, Madrid, IEE, 1981, pp. 102-165.

ministración “está sometida al mismo estatuto jurídico-constitucional de todos los operadores económicos, lo que significa igualdad con la empresa privada y respeto de la libre competencia”.⁶³ En este sentido, la Sala 3a. del Tribunal Supremo estableció con toda claridad en su sentencia de 10 de octubre de 1989 (RJ 1989, 7352) que la creación de una empresa pública estaba sujeta a la condición de que “en el ejercicio de la actividad económica de que se trate la empresa pública se someta sin excepción ni privilegio a las mismas reglas de libre competencia que rigen en el mercado”.⁶⁴ Finalmente, es evidente que la actividad que los poderes públicos lleven a cabo en el mercado debe dirigirse a servir con objetividad los intereses generales (art. 103.1 CE).⁶⁵

Empresa pública: concepto, clases y características

La empresa pública es una de las formas jurídicas a través de las cuales se organiza e instrumentaliza la iniciativa pública en la economía. Se trata de una técnica o modelo de autoorganización a través de la cual las Administraciones Públicas llevan a cabo la potestad discrecional que la Carta Magna les atribuye para intervenir en el mercado. La Constitución española no hace ninguna referencia expresa a este tipo de empresas,⁶⁶ dejando deliberadamente abierta en el artículo 128 CE la cuestión de las distintas posibilidades y mecanismos a través de los cuales dicha iniciativa pública puede llegar a concretarse, claro está siempre y cuando se respete el marco constitucional de su ejercicio. Debe, no obstante, destacarse que en diferentes Estatutos de Autonomía de las Comunidades Autónomas sí se recoge expresamente la figura de las empresas públicas.⁶⁷

63. Encarnación Montoya Martín, *Las empresas públicas sometidas al Derecho privado*, p. 52.

64. A nadie escapa que diferentes medidas, como la admisión de subvenciones y ayudas o la permanencia consentida de ciertas empresas públicas que incurren en pérdidas flagrantes, atentan contra los principios más básicos que informan el Derecho de la competencia.

65. Agustín Madrid Parra, “La sociedad anónima pública. Otras sociedades anónimas especiales y la fundación como empresario”, en Guillermo J. Jiménez Sánchez, *Derecho mercantil I*, Barcelona, Ariel, 2007, 11a. ed., p. 587.

66. Al parecer, según Encarnación Montoya Martín, *Las empresas públicas sometidas al Derecho privado*, p. 199; dicha omisión se explica por el contexto en el que se elaboró la Constitución (Pactos de la Moncloa), en el que estaba presente el compromiso de la promulgación del Estatuto de la Empresa Pública. Por el contrario, en la Constitución ecuatoriana la empresa pública alcanza rango constitucional en el artículo 315, que señala lo siguiente: “El Estado constituirá empresas públicas para la gestión de sectores estratégicos, la prestación de servicios públicos, el aprovechamiento sustentable de recursos naturales o de bienes públicos y el desarrollo de otras actividades económicas”.

67. Por ejemplo, el artículo 158 del Estatuto de Andalucía establece que “La Comunidad Autónoma podrá constituir empresas públicas y otros entes instrumentales, con personalidad jurídica propia, para la ejecución de funciones de su competencia”.

En cualquier caso, hay que afirmar con toda claridad que el concepto de empresa pública es muy problemático y altamente controvertido, al menos en España, ya que estas carecen de un patrón estructural preestablecido y nítido, asumiendo diferentes formas, contenidos y límites de actuación en función de las necesidades concretas y coyunturales que la administración pública quiere satisfacer con su creación ante situaciones contingentes y determinadas. Tal y como indica Garrido Falla, se trata de un modelo funcional que se desarrolla luego bajo modelos jurídicos diferentes,⁶⁸ y por ello, añadimos nosotros, no se puede hablar de “empresa pública” sino, en todo caso, de “empresas públicas”, en plural, en tanto que la diversidad de formas que asume hace muy difícil reconducirlas a una unidad dogmática y conceptual uniforme y coherente. En definitiva, como expresa con toda claridad De Miguel García, el punto de partida de cualquier aproximación a la empresa pública debe ser el de su consideración como realidad económica y no como figura jurídica concreta.⁶⁹

En España, la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, distingue, dentro de la categoría general de los “Organismos públicos”, tres categorías diferentes:

- Los “Organismos autónomos”, que se rigen por el derecho administrativo y se les encomienda, en régimen de descentralización funcional y en ejecución de programas específicos de la actividad de un Ministerio, la realización de actividades de fomento, prestacionales o de gestión de servicios públicos (art. 45.1).⁷⁰
- Las “entidades públicas empresariales”, que pueden realizar actividades prestacionales, gestión de servicios o producción de bienes de interés público susceptibles de contraprestación (artículo 53.1), y se rigen por el Derecho privado, excepto en la formación de la voluntad de sus órganos, en el ejercicio de las potestades administrativas que tengan atribuidas y en los aspectos específicamente regulados para las mismas en la Ley, en sus estatutos y en la legislación presupuestaria (artículo 53.2).

68. Fernando Garrido Falla, “La empresa pública en el Derecho español”, en *La empresa pública*, vol. I, Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España, 1970, pp. 856-875.

69. Pedro de Miguel García, “Hacia un estatuto de la empresa pública”, en *Revista Española de Financiación y Contabilidad*, vol. IV, No. 11, Asociación Española de Contabilidad y Administración de Empresas, 1975, p. 187.

70. Parece que el constituyente ecuatoriano piensa en una figura similar, ya que en el artículo 315 establece que: “las empresas públicas estarán bajo la regulación y el control específico de los organismos pertinentes, de acuerdo con la ley; funcionarán como sociedades de derecho público, con personalidad jurídica, autonomía financiera, económica, administrativa y de gestión, con altos parámetros de calidad y criterios empresariales, económicos, sociales y ambientales”. Aun cuando existe una referencia a la actuación bajo “criterios empresariales”, se determina con toda claridad que funcionarán como “sociedades de derecho público”.

- Finalmente, se encuentran las “sociedades mercantiles estatales”, que se registrarán íntegramente, cualquiera que sea su forma jurídica, por el ordenamiento jurídico privado, salvo en las materias en que les sean de aplicación la normativa presupuestaria, contable, patrimonial, de control financiero y contratación. En ningún caso podrán disponer de facultades que impliquen el ejercicio de autoridad pública (Disp. Adc. 12a.).

Las diferencias entre cada una de las categorías saltan a la vista. En los organismos autónomos la Administración pretende intervenir como agente económico sin salirse de los márgenes del Derecho público, mientras que en las otras dos figuras los poderes públicos acuden al Derecho privado, produciéndose lo que muy gráficamente se ha denominado como “Huida del Derecho Administrativo”.⁷¹

71. Entre la doctrina jurídica especializada, el recurso por parte de la administración pública a las técnicas y fórmulas del derecho privado fue acuñada con el ilustrativo nombre de “huida del derecho administrativo”. Cabe decir, que la figura de la empresa pública dedicada a la gestión industrial (comunicaciones y transportes) y sometida al ámbito privado (mediante el empleo de figuras societarias) goza de una historia y tradición consolidada en España. Véase con mayor detalle en Encarnación Montoya Martín, *Las empresas públicas sometidas al Derecho privado*, pp. 219 y ss., esta autora sitúa el origen de la empresa pública en España en la dictadura de Primo de Rivera, con la creación de CAMPSA, las Confederaciones Sindicales Hidrográficas, la Compañía Telefónica Nacional de España o la Compañía de Líneas Aéreas Subvencionadas. Evidentemente, la creación del Instituto de Industria en 1941 supuso un hito en esta historia de la empresa pública. Resulta imprescindible al respecto la lectura de: José Luis Villar Palasí, “La actividad industrial del Estado en el Derecho administrativo”, en *Revista de Administración Pública*, No. 3, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1950, pp. 54-130. Sin embargo, existe un cierto consenso en afirmar que el verdadero rubicón hay que situarlo en los artículos 4 y 6 de la Ley General Presupuestaria de 1977 que, en palabras de Sebastián Martín-Retortillo, van a facilitar el cauce para la huida del Derecho administrativo por parte de las administraciones públicas en el ejercicio de sus funciones administrativas”. Y ello, continúa el autor, por una doble vía: por una parte, remitiendo el actuar de muchas de las entidades públicas señaladas –art. 4.1, art. 6A.b, y art. 6.5– a procedimientos de Derecho privado; por otra, encomendando el ejercicio de tales funciones administrativas a personificaciones de carácter mercantil con forma societaria (Sebastián Martín-Retortillo, “Reflexiones sobre la huida del Derecho administrativo”, en *Revista de Administración Pública*, No. 140, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1996, p. 33). Efectivamente, a partir de ese momento la empresa pública deja de ser una entidad destinada a la distribución de bienes y servicios en ciertos sectores estratégicos para convertirse en una unidad que ejerce funciones de carácter claramente administrativo que con anterioridad estaban encomendadas a diferentes órganos de las administraciones públicas (posiblemente RENFE, creada en virtud de la Ley de 24 de enero de 1941, fue el primer exponente de una empresa pública configurada como entidad con personalidad de Derecho público actuando en régimen de empresa mercantil). Y el problema se incrementa con la intervención de las Comunidades Autónomas, que a lo largo de los años han ido creando empresas públicas para gestionar algunas de las funciones y competencias que les transfirió el propio Estado. Evidentemente, la razón que justifica el empleo del derecho privado en detrimento del derecho administrativo es la mayor eficacia y operatividad que aquel proporciona a la actividad de la administración pública. Algunos autores precisamente se aferran a esta realidad incontestable para defender la aplicabilidad del Derecho privado a la actividad administrativa, lo cual, se añade, no implica que los poderes públicos dejen de estar sometidos a controles y deberes que condicionan su actuación (véase, por todos, Ignacio Borrajo Iniesta, “El intento de huir del De-

Incluso, entre estas últimas hay diferencias, ya que las sociedades mercantiles estatales se someten prácticamente de forma íntegra al derecho privado, mientras que en las entidades públicas empresariales ciertas materias están exentas de su ámbito de aplicación.

En cualquier caso, ese constatado carácter heterogéneo y poliforme de la empresa pública no debe desanimarnos a la hora de intentar aportar un concepto de empresa pública.⁷² El Tribunal Supremo español, en su sentencia de 28 de septiembre de 1978 (RJ 1978, 2887), aporta una definición en los siguientes términos: “La empresa, en cuanto actividad económica, tendrá la calificación de pública cuando haya sido creada o en ella participe la Administración asumiendo el riesgo o la dirección de modo pleno o relativo de acuerdo con la forma que adopte, para la realización de una actividad económica que, como fin esencial, motivó su existencia”. Además, continúa afirmando la existencia de una “unidad jurídica en el conjunto de empresas públicas por muy variadas que puedan ser sus especies, así como los bienes y derechos que las constituyan, aun cuando unas veces las normas

recho administrativo”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, No. 78, Madrid, Civitas, 1993, pp. 233-249). Sin embargo, otros autores entienden que bajo el loable fin de garantizar una mayor eficacia de la administración realmente se oculta el deseo de eludir los controles y garantías a los que la legislación pública somete a la actividad de los poderes públicos. “Y es por esto que cabe afirmar que el permanente y reiterado recurso a las fórmulas jurídico-privadas, a la postre, no ha respondido sino a la finalidad de eludir esos controles, con el fin de que así el poder público no se viera limitado en su actuar consecuencias de notoria gravedad ya de *lege data*, repito, máxime en los supuestos en que se ejercen funciones públicas a través de procedimientos jurídico-privados suponen, ni más ni menos, la reducción, cuando no la cancelación, del sistema de garantías que impone el Estado de Derecho. Así de simple; también, así de grave” (Sebastián Martín-Retortillo, “Reflexiones sobre la huida del Derecho administrativo”, p. 39). Por su parte, Jiménez de Cisneros Cid se refiere al deseo de evadir los siempre incómodos controles presupuestarios (Javier M. Jiménez de Cisneros Cid, *Los organismos autónomos en el Derecho público español. Tipología y régimen jurídico*, Madrid, INAP, 1987, p. 349). En este sentido, se ha llegado a afirmar que, en el fondo, la huida del Derecho administrativo es, además, una “huida del Derecho” (José M. Sala Arquer, “Huida al Derecho privado y huida de Derecho”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, No. 75, Madrid, Civitas, 1992, pp. 399 y ss.), y por ello debe rechazarse (Silvia del Saz Cordero, “La huida del Derecho Administrativo. Últimas manifestaciones. Aplausos y críticas”, en *Revista de Administración Pública*, No. 133, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1994, pp. 82 y ss.). En mi opinión, siempre y cuando la administración desee intervenir en el mercado, como un agente económico más, llevando a cabo actividades empresariales en régimen de concurrencia, resulta perfectamente posible y hasta un cierto punto, lógico, recurrir a las técnicas, fórmulas e instrumentos que aporta el derecho privado.

72. El artículo 4 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas de Ecuador, de 16 de octubre de 2009, establece que “las empresas públicas son entidades que pertenecen al Estado en los términos que establece la Constitución de la República, personas jurídicas de derecho público, con patrimonio propio, dotadas de autonomía presupuestaria, financiera, económica, administrativa y de gestión. Estarán destinadas a la gestión de sectores estratégicos, la prestación de servicios públicos, el aprovechamiento sustentable de recursos naturales o de bienes públicos y el desarrollo de otras actividades económicas”.

a que se sometan sean de Derecho administrativo o de Derecho privado, porque lo trascendente es la organización montada para desarrollar una actividad económica que entra en los fines previstos por el Estado”.

Pues bien, en función del concepto aportado por la Sala 3a. del Tribunal Supremo, creo que puede afirmarse que la empresa pública viene caracterizada por los siguientes elementos:

- a) Se trata de un instrumento o forma jurídica a través de la cual los poderes públicos pretenden intervenir en el mercado, ya sea para desarrollar actividades de naturaleza comercial o industrial, ya sea al objeto de prestar ciertos servicios públicos.
- b) Toda empresa pública se encuentra bajo al control último de la administración pública, gozando por lo tanto de un carácter instrumental. Tal control implicará una participación accionarial mayoritaria de la administración así como el ejercicio de tareas de gestión y dirección [STS de 10 marzo 1979 (RJ 1979, 870)].
- c) La empresa pública ha de actuar siempre en beneficio y al servicio del interés general (*ex art. 128.1 CE*).
- d) Finalmente, la empresa puede estar sometida al derecho público, al derecho privado o, parcialmente, a ambos sectores del ordenamiento jurídico, dependiendo este hecho de la estructura técnica que libremente haya escogido la administración en el desempeño de su potestad de autoorganización.

Empresa pública y derecho comunitario

El concepto de empresa pública ha tenido un largo recorrido en el ámbito europeo, ya que al derecho comunitario le resulta esencial a efectos de poder aplicar lo establecido en el actual artículo 106 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (antiguo artículo 86 TCU). Efectivamente, determina este precepto que “los Estados miembros no adoptarán ni mantendrán, respecto de las empresas públicas y aquellas empresas a las que concedan derechos especiales o exclusivos, ninguna medida contraria a las normas de los Tratados, especialmente las previstas en los artículos 18 y 101 a 109, ambos inclusive”. Y en el párrafo segundo del mismo artículo se añade que “las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a las normas de los Tratados, en especial a las normas sobre competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada. El desarrollo de los intercambios no deberá quedar afectado en forma tal que sea contraria al interés de la Unión”. Así pues, resulta claro que al derecho comunitario le interesa determinar correctamente qué se entiende por empresa pública a efectos de lograr la aplicación de las normas sobre Derecho de la competencia previstas en los dife-

rentes Tratados de la Unión Europea, lo que implica, en pocas palabras, garantizar el principio de igualdad de trato de estas empresas con relación a las privadas.

Si como acabamos de ver, resulta arduo llegar a establecer un concepto de empresa pública a nivel nacional, el hacerlo a escala comunitaria se antoja como una tarea prácticamente imposible, habida cuenta, como señala Muñoz Machado, que las regulaciones difieren de un Estado a otro, y varían, incluso, en sus aplicaciones por los diferentes entes territoriales dentro de un mismo Estado.⁷³ Ahora bien, la inexistencia de un “concepto *Comisión v. Italia*, universal de empresa pública aplicable a todos los miembros de la Comunidad”⁷⁴ no impide que sea absolutamente necesaria realizar la tarea de fijar algunas pautas que permitan identificar a este tipo de empresas ya que, como demostró convincentemente el abogado general Micho en las conclusiones presentadas en el asunto resuelto por la sentencia de 16 de junio de 1987, las diferentes nociones concurrente sobre la empresa pública podrían hacer que el respeto y aplicación del derecho de la competencia se convirtan en una utopía en la Unión Europea.

Pues bien, una primera aproximación al concepto de empresa pública lo encontramos en el artículo 2 de la Directiva 80/723/CEE, sobre transparencia de las relaciones financieras entre los estados miembros y las empresas públicas, que establece que una empresa pública es “cualquier empresa en la que los poderes públicos puedan ejercer, directa o indirectamente, una influencia dominante en razón de la propiedad, de la participación financiera o de las normas que la rigen”.⁷⁵ La existencia de una “influencia dominante” es la clave de bóveda sobre la que reposa la construcción conceptual de la empresa pública a nivel comunitario, y dicha

73. Añade el autor que las fórmulas empleadas dependen de circunstancias históricas y políticas, de tradiciones administrativas o de orientaciones organizativas particulares de cada Estado, Santiago Muñoz Machado, “Voz empresa pública”, en Santiago Muñoz Machado, *Diccionario de Derecho administrativo*, t. I, Madrid, Iustel, 2005, p. 1074.

74. “Actividades competitivas y actividades no competitivas en el sector público español”, son palabras de Ana Isabel Olmedo Gaya, *Panorama jurídico de las administraciones en el siglo XXI*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública / Boletín Oficial del Estado, 2002, p. 1010.

75. No obstante, es conveniente recordar que la regla general de la paridad o igualdad en el trato entre empresas públicas y privadas se encuentra expresamente excepcionada en una serie de supuestos recogidos en el artículo 4 de la Directiva 80/723/CEE (de acuerdo con la redacción que le dio la Directiva de 24 de julio de 1985, incluyendo a los sectores de la energía, agua, transporte, correos y telecomunicaciones en las obligaciones generales sobre transparencia de las relaciones financieras). “La presente Directiva no afecta a las relaciones financieras entre los poderes públicos y a) las empresas públicas, en lo que se refiere a las prestaciones de servicios que no puedan afectar de modo sensible a los intercambios entre los Estados miembros; b) los bancos centrales y el Instituto monetario luxemburgués; c) las entidades públicas de crédito en lo que se refiere a los depósitos por los poderes públicos de fondos públicos en las condiciones normales del mercado; d) las empresas públicas cuyo volumen de negocios antes de impuestos no haya alcanzado un total de 40 millones de ECUS durante los dos ejercicios anuales anteriores al de la puesta a disposición o utilización de los recursos a que se refiere el artículo 1. Sin embargo, por lo que se refiere a las entidades públicas de crédito, este límite será de 800 millones de ECUS del total del balance”.

influencia viene determinada por el hecho de que los poderes públicos posean la mayoría del capital social, de los votos o de que puedan designar a más de la mitad de los miembros del órgano de administración. Se ha afirmado acertadamente que se trata de un concepto “estrictamente orgánico”, que alude a un complejo instrumental que se caracteriza por no funcionar con arreglo a un patrón organizativo que es el tradicional de las compañías y sociedades mercantiles.⁷⁶

En cuanto a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en un principio se empleó el criterio de la personalidad jurídica separada para definir a la empresa pública (sentencia de 22 de mayo de 1961, *SNUPAT v. Alta Autoridad*). Posteriormente, las sentencias de 30 de abril de 1974 (*Sacchi*), 18 de junio de 1975 (IGAV/ENCC) y de 12 de julio de 1984,⁷⁷ ponen su acento en la existencia de actividades de naturaleza económica, desdeñando aparentemente la cuestión de la influencia dominante. De esta forma, puede concluirse que, para la jurisprudencia comunitaria, “en el contexto de las normas de la competencia prevalece un concepto de empresa pública basado antes que en un criterio estrictamente orgánico en un enfoque puramente económico o funcional”.⁷⁸

Una vez aclarado el concepto, hay que decir que el derecho comunitario se ha preocupado especialmente por la financiación de las empresas públicas, ya que, sin duda, ahí reside una fuente inagotable de potenciales ejercicios puntuales de discriminación frente a las empresas privadas. Pero, habida cuenta de que está en la naturaleza de la empresa pública la financiación mediante recursos públicos prácticamente ilimitados, ¿cómo puede controlarse la igualdad de condiciones financieras entre ambos tipos de empresas? La jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha venido desarrollando una doctrina conocida con el nombre de “principio del inversor en una economía de mercado”.⁷⁹ Así, la sentencia BOCH de 10 de julio de 1986 (asunto 40/85), establece que una forma apropiada de establecer si una determinada medida constituye ayuda estatal a una empresa pública consiste “en determinar en qué medida la empresa sería capaz de obtener esos fondos en los mercados privados de capital”.⁸⁰

76. Santiago Muñoz Machado, *Servicio público y mercado. I. Los fundamentos*, Madrid, Civitas, 1988, p. 154.

77. “El concepto de empresa en el derecho de la competencia debe entenderse como que designa a una entidad económica”.

78. Santiago Muñoz Machado, “Voz empresa pública”, p. 1077.

79. Con relación a este principio, véase en Santiago Muñoz Machado, “Voz empresa pública-empresa privada (igualdad de condiciones financieras)”, en Santiago Muñoz Machado, *Diccionario de Derecho administrativo*, pp. 1077-1079.

80. En la sentencia de 14 de noviembre de 1984 (*Intermills v. Comisión*) se determinó que unas ayudas que el Gobierno belga pretendía otorgar a la empresa Intermills constituían una “ayuda de salvaguarda” a la empresa que, en condiciones de mercado normales, tendría que haber cerrado.

La empresa pública sometida al derecho privado

La sociedad anónima pública

Hemos visto cómo la empresa pública puede manifestarse de muy diferentes maneras, siendo posible que la administración cree un organismo autónomo sometido al derecho público e incluso que sea la propia administración la que actúe en el mercado a través de un servicio administrativo carente de personalidad jurídica.

Sin embargo, si lo que realmente desea la administración es intervenir en el mercado actuando como un agente económico más, lo más lógico será que recurra a la creación de una entidad dotada de personalidad jurídica propia, autónoma y sometida en su funcionamiento a las reglas propias del derecho privado. No debe olvidarse que la rigidez y formalismo connatural al derecho administrativo no se adapta en absoluto a las necesidades típicas de un mercado basado en la celeridad y agilidad de las transacciones e intercambios comerciales. Las empresas públicas que quieran actuar eficazmente en el mercado precisan de una gestión flexible y ágil que supere la legendaria lentitud y el carácter gravoso de los procesos administrativos. En palabras de Javier García de Enterría, “la rigidez que caracteriza a los procedimientos administrativos en materias tales como contratación, régimen de personal o gestión de ingresos y gastos, entre otras, resulta normalmente incompatible con la necesidad de organización y de actuación de cualquier entidad que desarrolle una actividad económica y que participe activamente en el mercado, especialmente cuando esta actividad se realiza en situación de competencia con empresas privadas”.⁸¹ En consecuencia, no debe extrañar que las sociedades mercantiles y muy particularmente, la sociedad anónima, sea la institución jurídica a la que con más frecuencia se recurre por parte de la administración para ejercer su actividad económica, y precisamente por ello le dedicaremos a continuación nuestra atención al objeto de exponer sus características básicas.⁸²

Podríamos comenzar por preguntarnos si la subordinación inexcusable de la empresa pública a la consecución de un interés general no resulta incompatible

81. Javier García de Enterría, “Las sociedades públicas”, en Rodrigo Uría, Aurelio Menéndez, *Curso de Derecho mercantil*, t. I, Madrid, Civitas, 2006, p. 1354.

82. Sin embargo, ya hemos podido ver cómo la Constitución ecuatoriana no contempla la existencia de este tipo sociedades anónimas públicas. Por ello, la Disposición Transitoria segunda de la Ley Orgánica de Empresas Públicas de Ecuador prevé que las sociedades anónimas públicas existentes en las que el Estado sea el accionista único se disolverán, sin liquidarse, y transferirán su patrimonio a la nueva empresa pública que se cree en su lugar. Igualmente, se contempla un específico régimen transitorio para las empresas en las que el Estado sea accionista mayoritario, dándose la opción de que el Ministerio competente adquiere el capital propiedad de los socios minoritarios, o acuerde la fusión, escisión o disolución de las sociedades anónimas o de economía mixta.

con la naturaleza propia de las sociedades mercantiles como personas jurídicas de derecho privado caracterizadas por la existencia de un ánimo de lucro. Y al respecto debe aclararse que el deber de actuar siempre en beneficio del interés general no tiene por qué resultar incompatible con el ánimo de lucro propio de cualquier empresa mercantil [SSTS de 15 noviembre 1985 (RJ 1985, 5787) y 16 abril 1987 (RJ 1987, 2673)], ya que la obtención de una rentabilidad económica puede considerarse incluso como un presupuesto natural del principio de eficacia y eficiencia de la actividad administrativa (art. 103.1 CE). Las posibles ganancias y beneficios que se obtengan habrán de revertir, claro está, en la propia administración pública, pero nada impide *ab initio* la obtención de un lucro.⁸³

La constitución de las sociedades anónimas públicas se encuentra sometida al principio de legalidad, en el sentido de que, en palabras de Madrid Parra, por un lado, la decisión administrativa de constituir una sociedad anónima ha de estar fundamentada en la ley, y por otro lado, tal decisión debe adoptarse con los requisitos y para conseguir la finalidad determinada por la propia ley.⁸⁴ Normalmente, la creación de una sociedad anónima pública de dimensión estatal se acordará por el Consejo de Gobierno y adoptará la forma de decreto, debiendo ser publicado en el Boletín Oficial del Estado.⁸⁵ Además, la autorización de creación, como acto administrativo separado, debe contar con un contenido mínimo obligatorio que, según Montoya Martín, habrá de contener al menos los siguientes extremos: voluntad expresa y manifiesta de autorizar la creación de una entidad mercantil, actividades que constituyen su objeto social y, finalmente, participación de la administración pública en el capital social.

Como es lógico, la sociedad pública, al igual que cualquier otra estructura societaria, habrá de especificar su objeto social (art. 9.b LSA y art. 117.1 RRM). Sin embargo, la jurisprudencia ha señalado, con relación al objeto social, que rige además el “principio de especialidad”, que “exige determinar con rigor y precisión el objeto de la empresa pública, así como la actividad o negocio que vaya a desarrollar” [STS 10 de octubre de 1989 (RJ 1989, 7352)]. Solo conociéndolos, continúa

83. El artículo 315 de la Constitución de Ecuador es muy claro: “Los excedentes podrán destinarse a la inversión y reinversión en las mismas empresas o sus subsidiarias, relacionadas o asociadas, de carácter público, en niveles que garanticen su desarrollo. Los excedentes que no fueran invertidos o reinvertidos se transferirán al Presupuesto General del Estado”. El artículo 39 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas de Ecuador regula dicho el régimen de los excedentes.

84. Agustín Madrid Parra, “La sociedad anónima pública. Otras sociedades anónimas especiales y la fundación como empresario”, pp. 588 y 589.

85. El artículo 5 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas de Ecuador distingue tres formas diferentes de constitución: mediante decreto ejecutivo para las empresas constituidas por la función Ejecutiva; por acto normativo legalmente expedido por los gobiernos autónomos descentralizados, mediante escritura pública para las empresas que se constituyan entre la función Ejecutiva y los gobiernos autónomos descentralizados, para lo cual se requerirá del decreto ejecutivo y las normas legalmente expedidas, respectivamente.

la sentencia, podrá examinarse la empresa pública en todos sus aspectos (técnico, económico, social y jurídico), y se podrá determinar después objetivamente si su ejercicio conviene o no al interés público. Es decir, el Tribunal Supremo parece exigir un mayor rigor en la concreción y especificación de ese objeto social con la finalidad de poder controlar la oportunidad o conveniencia de una medida de intervención económica que lleva a cabo la administración pública. Ahora bien, esta aplicación del principio de especialidad ha sido criticada con dureza por la doctrina jurídica,⁸⁶ sugiriéndose por ello que sea reconducido “al principio de legalidad y de capacidad de la actuación de las personas jurídico-públicas en general”, que implica que los entes públicos solo pueden entablar relaciones allí donde una ley les autorice y, consecuentemente, que su capacidad se reduce a las potestades que la legalidad estatutaria les atribuye.⁸⁷ En el fondo, debe tenerse en cuenta que la intervención de la Administración en el mercado se encuentra sometida, como cualquier potestad pública discrecional, al límite del interés público que a su vez, se convierte en su *leitmotiv* fundamental (la llamada “vinculación positiva al interés general”),⁸⁸ siendo posible, incluso, que precisamente el servicio al interés general obligue a la administración a ejercer sus potestades inicialmente discrecionales.⁸⁹

A efectos de la determinación del concreto régimen jurídico que aplica a las sociedades mercantiles públicas, debe distinguirse entre sociedades que desarrollan típicas actividades comerciales o industriales en régimen de concurrencia con la iniciativa privada, y sociedades de servicio público en sentido estricto. Las primeras se someten de forma prácticamente completa y sin excepciones dignas de mención al régimen propio de cualquier sociedad anónima, incluyendo por tanto

86. Así, se ha afirmado que se trata “de una rigurosa invención de los magistrados que firman la sentencia”, puede verse en Francisco Sosa Wagner, “Comentario a la desafortunada sentencia del Tribunal Supremo de 6 de septiembre de 1989 (Asunto, empresa municipal de Barcelona Iniciativas)”, en *Poder Judicial*, No. 19, Consejo Nacional del Poder Judicial, 1990, p. 310.

87. Encarnación Montoya Martín, *Las empresas públicas sometidas al Derecho privado*, pp. 527 y 528.

88. STC 122/1983, de 16 de diciembre, que establece que la sujeción a la Constitución española que deriva de lo establecido en el artículo 9.1 CE “actúa como deber positivo de obrar con arreglo a la misma, respecto a quienes son titulares de poderes públicos”.

89. Recuérdese que el artículo 103.1 CE determina que “la administración pública sirve con objetividad los intereses generales” y que, por otra parte, “los tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de esta a los fines que la justifican” (artículo 106.1). Por todo ello, la STS de 10 octubre de 1989 (RJ 1989, 7352), establece que “mientras los particulares pueden crear sus empresas con plena libertad de criterios, sin más condición que la de que sus fines sean ilícitos (artículo 38 de la Constitución), todas las actuaciones de los órganos de la administración pública deben responder al interés público que en cada caso y necesariamente siempre ha de concurrir (artículo 103.1 de la Constitución), tanto si se trata de actos de autoridad, como de actuaciones empresariales, pues en cuanto a estas últimas el artículo 31.2 de la propia Constitución también exige una equitativa asignación de los recursos públicos y que su programación y ejecución responda a criterios de eficiencia y de economía, lo cual no es compatible con actuaciones empresariales públicas carentes de justificación”.

su estructura orgánica, actuación, etc. Por el contrario, la segunda modalidad se conforma por sociedades que pretenden gestionar un determinado monopolio, actividades especiales que afectan al interés general o un servicio público, y esa presencia acentuada de los intereses públicos hace que se incremente la presencia de los mecanismos típicos de control y actuación públicos, especialmente en materia de designación y cese de administradores.

En cualquier caso, el régimen jurídico general de las sociedades anónimas públicas será el establecido en la LSA, con algunas peculiaridades establecidas en los artículos 64 y 65 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria (en la redacción que les dio la Ley 2/2008, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2009), relativos a la obligatoriedad de, por un lado, elaborar un presupuesto de explotación, que detallará los recursos y dotaciones anuales correspondientes, y de formar un presupuesto de capital con el mismo detalle, que se integrarán en los Presupuestos Generales del Estado, y por otro, de formular un programa de actuación plurianual que reflejará los datos económico-financieros previstos para el ejercicio relativo al proyecto de Presupuestos Generales del Estado y a los dos ejercicios inmediatamente siguientes, según las líneas estratégicas y objetivos definidos para la entidad.⁹⁰

Además, puede señalarse, que con carácter general, su actividad está sometida a la labor fiscalizadora del Tribunal de Cuentas (art. 4 Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas) y, según lo establecido en el artículo 2 d) de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, se considerarán incluidas en el ámbito subjetivo de aplicación de la citada ley las “sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación, directa o indirecta, de entidades de las mencionadas en las letras a) a f) del presente apartado sea superior al 50 por ciento”.

Las formas de la sociedad anónima pública:

sociedad anónima pública unipersonal y sociedad anónima mixta

La existencia de una sociedad de carácter unipersonal constituye por principio una contradicción en los términos, ya que la idea de sociedad conlleva tradicionalmente la coexistencia de al menos tres socios.⁹¹ Sin embargo, el artículo 125 de

90. El artículo 34 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas de Ecuador se refiere a la obligatoriedad de un plan estratégico y un plan anual de contrataciones de las empresas públicas.

91. El párrafo primero del artículo 14 LSA exigía un mínimo de tres fundadores. No obstante, la existencia de sociedades públicas en las que la administración aparecía como único socio no es en absoluto extraña a nuestra tradición jurídica, hasta el punto de que la Ley de Sociedades Anónimas de 1989 eximía en el mismo precepto del deber de contar con al menos tres socios a las sociedades constituidas por el Estado, comunidades autónomas, corporaciones locales o por organismos o entidades de ellos dependientes.

la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada, dio carta de naturaleza legal a las sociedades, anónimas o de responsabilidad limitada, de carácter unipersonal. Así pues, es perfectamente posible que la administración pública cree una sociedad anónima pública unipersonal (art. 311 LSA), que puede definirse como aquella en la “el único accionista es una Administración pública directamente o a través de un organismo o entidad de carácter público, bien porque la sociedad es constituida con tal característica o porque en un momento posterior se llega a tal situación (por compra de acciones, expropiación, etc.)”.⁹²

No obstante, la sociedad anónima pública unipersonal no se somete íntegramente al régimen aplicable a este tipo de sociedades. Efectivamente, la disposición adicional quinta de la Ley 2/1995, de Sociedades de Responsabilidad Limitada, establece que el apartado 2 del artículo 126, los apartados 2 y 3 del artículo 128 y el artículo 129 de dicha ley no serán de aplicación a las sociedades anónimas o de responsabilidad limitada cuyo capital sea propiedad del Estado, comunidades autónomas o corporaciones locales, o de organismos o entidades de ellos dependientes. Esto quiere decir que quedan exentas de la obligación de hacer constar expresamente su condición de unipersonal en toda su documentación, correspondencia, notas de pedido y facturas, así como en todos los anuncios que haya de publicar por disposición legal o estatutaria (art. 126.2). En supuestos de insolvencia, los contratos del socio único con la sociedad serán oponibles a la masa, aunque no hayan sido transcritos al libro registro y no se hallen referenciados en la memoria anual o lo hayan sido en memoria no depositada con arreglo a la ley (art. 128.2). En tercer lugar, se excluye la responsabilidad del socio frente a la sociedad por las ventajas que directa o indirectamente haya obtenido en perjuicio de esta como consecuencia de dichos contratos (art. 128.3). Finalmente, queda excluida la responsabilidad del socio único por la falta de inscripción de la situación de unipersonalidad (art. 129).

Por otro lado, la ausencia de una pluralidad de componentes modifica sustancialmente el régimen propio de toda sociedad anónima, desde el momento en que no existen ni acciones repartidas ni socios que formen parte de la misma. En este sentido, la presencia de la Junta General, como órgano deliberante por excelencia (art. 93 LSA), pierde sentido y suele sustituirse por el órgano colegiado correspondiente de la Administración que aparezca como socio único.

Finalmente, también es posible que la iniciativa pública aúne sus esfuerzos con la iniciativa privada en la creación de “sociedades anónimas de economía mixta”,⁹³ especialmente en aquellos supuestos en los que la propia entidad, magni-

92. Agustín Madrid Parra, “La sociedad anónima pública. Otras sociedades anónimas especiales y la fundación como empresario”, p. 593.

93. El artículo 315 de la Constitución ecuatoriana establece que “La ley definirá la participación de las empresas públicas en empresas mixtas en las que el Estado siempre tendrá la mayoría accionaria, para la participación en la gestión de los sectores estratégicos y la prestación de los servicios públicos”. En desarrollo de esta previsión constitucional, el artículo 4 de la Ley Orgánica de Empre-

tud o especialización del objeto social (gestión de servicios públicos, obras públicas) de la sociedad aconseje la participación en el accionariado de socios privados. Es indudable que el funcionamiento de este tipo de sociedades no es precisamente fácil, ya que en ellas se reflejan los conflictos entre unos socios públicos que actúan en todo caso bajo el presupuesto de la consecución del interés general, y unos socios privados que, lógicamente, buscan el mayor lucro posible y, además, contarán con un capital inferior al público.⁹⁴ Este difícil encaje de intereses, no necesariamente contrapuestos pero al menos no idénticos ni coincidentes, es el que hace que estas sociedades de economía mixta no sean tan frecuente.⁹⁵

La crisis de la empresa pública: las privatizaciones

En el ámbito de la Unión Europea, el proceso de expansión y crecimiento de las empresas públicas tocó a su fin hace algunos años y dio lugar a un proceso contrario en el que las administraciones públicas comenzaron a desembarazarse de las participaciones de titularidad pública que tenían en tales empresas, que de esta forma pasaron a integrarse progresivamente en el sector privado.⁹⁶ Las razones que dieron lugar a esta tendencia son muchas y de muy variada etiología, pudiendo destacarse entre las más relevantes a las siguientes: en primer lugar, el marco del Derecho comunitario que exigía terminar con determinados monopolios públicos;⁹⁷ la propia viabilidad de muchas de las empresas públicas, condenadas a la ruina y a la inmediata desaparición;⁹⁸ la necesidad por parte de los estados de obtener recursos

sas Públicas de Ecuador crea la categoría de las “empresas subsidiarias”, conceptualizadas como auténticas sociedades mercantiles de economía mixta creadas por la empresa pública, en las que el Estado o sus instituciones tengan la mayoría accionaria.

94. Por ello, en estas sociedades resultarán fundamentales las peculiaridades que se introduzcan en los estatutos sociales dirigidas a la mejor conciliación de esos intereses y a permitir un correcto funcionamiento de la sociedad. Agustín Madrid Parra, “La sociedad anónima pública. Otras sociedades anónimas especiales y la fundación como empresario”, p. 596.

95. Javier García de Enterría, “Las sociedades públicas”, pp. 1358-1359.

96. En España, el “Programa de Modernización del Sector Público Empresarial del Estado”, aprobado el 28 de junio de 1996, supuso el inicio de un proceso de privatización global de las empresas públicas estatales.

97. La que podríamos llamar “polémica franco-británica” (nacionalizaciones *versus* privatizaciones) la gana el Reino Unido, incluso entre críticos del thatcherismo. Después “todo el mundo privatiza”. Luis Gámir Casares, “El proceso de transformación de la empresa pública”, en *ICE, 25 años de Constitución*, No. 811, Madrid, Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, 2003, p. 228.

98. En el Programa de Privatizaciones al que hemos aludido anteriormente se establece que el objetivo que se busca alcanzar con la política de privatizaciones es “la reducción y saneamiento del sector público empresarial tiene como fin último la mejora de la eficiencia productiva y la adecuada asignación de recursos escasos”.

públicos;⁹⁹ la búsqueda de unas estructuras más ágiles y flexibles que permitan una mejor gestión de ciertos sectores, etc.

No obstante, muchas de estas privatizaciones no han sido todo lo completas que podría haberse esperado, ya que, amén de que en determinados casos el poder público se reserva una participación muy significativa, el Estado ha hecho uso de la llamada *golden share* o “acción de oro”, un instrumento de control que permite supeditar la adopción de determinadas decisiones por parte de las empresas privatizadas que puedan incidir especialmente sobre los intereses públicos (disolución, fusión, escisión, adquisición de participaciones accionariales considerables) a la previa autorización de la administración. En España, la Ley 5/1995, de 23 de marzo, de Régimen jurídico de enajenación de Participaciones Públicas en determinadas empresas, permitía el uso de este clase de autorizaciones por parte de la administración. Sin embargo, la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 13 de mayo de 2003 (asunto C-463/00) consideró contrarios al Derecho comunitario sus preceptos, por lo que acabó siendo derogada mediante la Ley 13/2006, de 26 de mayo.

En cualquier caso, la empresa pública, que fue calificada como “la innovación más importante del siglo XX en la esfera de las instituciones fundamentales”,¹⁰⁰ ha afrontado un período de reajuste tanto estructural como funcional que le ha llevado a perder de manera muy significativa la histórica importancia que antaño tuvo en el ámbito de la Unión Europea.

BIBLIOGRAFÍA

- Alfonso Sánchez, Rosalía,
2006 “La sociedad cooperativa europea. Un nuevo tipo social de escenario complejo”, en *Noticias UE*, No. 252.
- Ariño Ortiz, Gaspar,
1989 “Propiedad, libertad y empresa”, en AA. VV., *La empresa en la Constitución española*, Pamplona, Aranzadi.

99. Así, tan solo durante el gobierno de Felipe González, en el que se iniciaron tímidamente las privatizaciones, el Estado ingresó 13.000 millones de euros en concepto de privatizaciones, Luis Gámir Casares, “El proceso de transformación de la empresa pública”, p. 227. A septiembre de 2003, la cifra de las privatizaciones realizadas con posterioridad al Programa de Privatizaciones ascendía a 32.000 de euros. Más recientemente, el gobierno de España aprobó en el Consejo de Gobierno celebrado el viernes 30 de abril de 2010 una serie de medidas, enmarcadas en el plan de austeridad destinado a combatir la crisis económica, que afectan a las empresas públicas: sobre 106 empresas públicas, se han eliminado 14 y se han fusionado 24, que pasan a quedarse en nueve, lo que supone en total 29 empresas menos y una reducción del 27% en las sociedades con participación mayoritaria del Estado (diario *El País*, 30 de abril de 2010).

100. William A. Robson, *Industrias nacionalizadas y propiedad pública*, Madrid, Tecnos, 1964, p. 30.

- Boquera Matarredona, Josefina, dir.,
2006 *La sociedad anónima europea domiciliada en España*, Navarra, Thomson-Aranzadi.
- Borrajo Iniesta, Ignacio,
1993 “El intento de huir del Derecho administrativo”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, No. 78, Madrid, Civitas.
- Calvo Caravaca, Alfonso Luis, y Javier Carrascosa González,
2003 “Derecho europeo de sociedades”, en Sergio Cámara Lapuente, coord., *Derecho privado europeo*, Madrid, Colex.
- Cámara Lapuente, Sergio,
2003 “Un Derecho privado o un Código civil para Europa: planteamiento, nudo y (esquivo) desenlace”, en Sergio Cámara Lapuente, coord., *Derecho privado europeo*, Madrid, Colex.
- De Miguel García, Pedro,
1975 “Hacia un estatuto de la empresa pública”, en *Revista Española de Financiación y Contabilidad*, vol. IV, No. 11, Asociación Española de Contabilidad y Administración de Empresas.
- Del Saz Cordero, Silvia,
1994 “La huida del Derecho administrativo. Últimas manifestaciones. Aplausos y críticas”, en *Revista de Administración Pública*, No. 133, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Duque Domínguez, Justino F.,
1993 “La Societas europea: los caracteres, el significado y el acceso a este tipo comunitario”, en *Libro conmemorativo del bicentenario de la Universidad de La Laguna*, tomo I, La Laguna, Universidad de La Laguna, Facultad de Derecho.
- Embid Irujo, José Miguel,
2007 “Balance y perspectivas de la armonización del Derecho de sociedades en la Unión Europea”, en Daniel Roque Vitolo y José Miguel Embid Irujo, *El derecho de sociedades en un marco supranacional. Unión Europea y Mercosur*, Granada, Comares.
- Entrena Cuesta, Ramón,
1981 “El principio de libertad de empresa”, en Fernando Garrido Falla, dir., *El modelo económico en la Constitución española*, vol. II, Madrid, IEE.
- Fernández de la Gándara, Luis,
2004 “El reglamento de la sociedad europea en el marco del Derecho comunitario de sociedades: consideraciones de política y técnica jurídica”, en Gaudencio Esteban Velasco y Luis Fernández del Pozo, *La sociedad anónima europea. Régimen jurídico societario, laboral y fiscal*, Madrid / Barcelona, Marcial Pons.
- Fernández Rozas, José Carlos, Rafael Arenas García y Pedro Alberto de Miguel Asensio,
2009 *Derecho de los negocios internacionales*, Madrid, Iustel, 2a. ed.
- Font Galán, Juan Ignacio,
1979 “Notas sobre el modelo económico de la Constitución española de 1978”, en *Revista de Derecho Mercantil*, No. 152, Civitas.
- 2007 “La empresa en el Derecho mercantil”, en Guillermo J. Jiménez Sánchez, *Derecho mercantil I*, Barcelona, Ariel, 11a. ed.
- Gámir Casares, Luis,
2003 “El proceso de transformación de la empresa pública”, en *ICE, 25 años de Constitución*, No. 811, Madrid, Ministerio de Industria, Turismo y Comercio.

- García Callejo, José María,
1991 *Las agrupaciones de interés económico (española y europea)*, Madrid, Ed. Analíticas Europeas.
- García de Enterría, Javier,
2006 “Las sociedades públicas”, en Rodrigo Uría y Aurelio Menéndez, *Curso de Derecho mercantil*, tomo I, Madrid, Civitas.
- Garcimartín Alférez, Francisco,
2002 “El reglamento de la sociedad europea: una primera lectura”, en *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, No. 217, Einsa Multimedia.
- Garrido Falla, Fernando,
1970 “La empresa pública en el derecho español”, en *La empresa pública*, vol. I, Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España.
- Girón Tena, José, y Joaquín Garrigues,
1978 *Estudios y textos de Derecho de sociedades de la Comunidad Económica Europea*, Madrid, Universidad de Madrid.
- González, Sonsoles, y Jaime Pereda,
2006 “La Directiva 2005/56 del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las fusiones transfronterizas de las sociedades de capital”, en *Actualidad Jurídica Uría-Menéndez*, No. 13, Madrid. Disponible en: [http://www.uria.com/esp/actualidad_juridica/n13/b04.pdf].
- Hommelhoff, Peter,
1998 “Corporate and Business Law in the European Union”, en A. Hartkamp, Martijn W. Hesselink, Ewoud Hondius, Carla Joustra y Edgar Du Perron, *Towards a European Civil Code*, The Hague / London / Boston, Ars Aequi Libri-Nijmegen-Kluwer International, 2a. ed.
- Jiménez de Cisneros Cid, Javier M.,
1987 *Los organismos autónomos en el Derecho público español. Tipología y régimen jurídico*, Madrid, INAP.
- López y López, Ángel M.,
1988 *La disciplina constitucional de la propiedad privada*, Madrid, Tecnos.
- Madrid Parra, Agustín,
2007 “Uniones y agrupaciones de empresarios y cuentas de participación”, en Guillermo J. Jiménez Sánchez, *Derecho mercantil I*, Barcelona, Ariel, 11a. ed.
- Martín-Retortillo, Sebastián,
1996 “Reflexiones sobre la huida del Derecho administrativo”, en *Revista de Administración Pública*, No. 140, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Montoya Martín, Encarnación,
1996 *Las empresas públicas sometidas al Derecho privado*, Madrid, Marcial Pons.
- Muñoz Machado, Santiago,
1988 *Servicio público y mercado. I. Los fundamentos*, Madrid, Civitas.
- 2005 “Voz empresa pública”, en Santiago Muñoz Machado, *Diccionario de Derecho administrativo*, tomo I, Madrid, Iustel.
- 2005 “Voz empresa pública-empresa privada (igualdad de condiciones financieras)”, en Santiago Muñoz Machado, *Diccionario de Derecho administrativo*, tomo I, Madrid, Iustel.

- Olmedo Gaya, Ana Isabel,
2002 *Panorama jurídico de las administraciones en el siglo XXI*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública / Boletín Oficial del Estado.
- Quijano González, Jesús,
2002 “La sociedad anónima europea”, en *Derecho de sociedades. Libro homenaje a Fernando Sánchez-Calero*, vol. IV, Madrid, McGraw-Hill.
- Robson, William A.,
1964 *Industrias nacionalizadas y propiedad pública*, Madrid, Tecnos.
- Sala Arquer, José M.,
1992 “Huida al Derecho privado y huida de Derecho”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, No. 75, Madrid, Civitas.
- Sánchez Lorenzo, Sixto,
2002 *Derecho privado europeo*, Granada, Comares.
- Sosa Wagner, Francisco,
1990 “Comentario a la desafortunada sentencia del Tribunal Supremo de 6 de septiembre de 1989 (Asunto, empresa municipal de Barcelona Iniciatives)”, en *Poder Judicial*, No. 19, Consejo Nacional del Poder Judicial.
- Valiño del Río, Emilio,
2003 “Historia de los modernos intentos de unificación en el ámbito del Derecho privado patrimonial. Los principios sobre los contratos comerciales internacionales y su inspiración romanística”, en Guillermo Palao Moreno, Lorenzo Prats Alentosa y María José Reyes López, *Derecho patrimonial europeo*, Pamplona, Thomson-Aranzadi.
- Vázquez Cueto, José Carlos,
2007 “Sociedades con base mutualista”, en Guillermo J. Jiménez Sánchez, *Derecho mercantil I*, Barcelona, Ariel, 11a. ed.
- Velasco, Gaudencio Esteban,
2004 “El sistema dual”, en Gaudencio Esteban Velasco y Luis Fernández del Pozo, *La sociedad anónima europea. Régimen jurídico societario, laboral y fiscal*, Madrid / Barcelona, Marcial Pons.
- Villar Palasí, José Luis,
1950 “La actividad industrial del Estado en el Derecho administrativo”, en *Revista de Administración Pública*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

CONSTITUCIÓN ECONÓMICA Y RESPONSABILIDAD SOCIAL DE LAS EMPRESAS

Angélica Porras Velasco¹

INTRODUCCIÓN

La Constitución de 2008 plantea, en el ámbito económico, un cambio de paradigma que al menos lleva aparejado cuatro transformaciones sustanciales: la consideración del trabajo sobre el capital y de esta forma la centralidad del ser humano en la actividad económica; la conversión de la naturaleza en sujeto de derechos y no solamente en un recurso explotado por el capital; en tercer lugar el cuestionamiento al contenido clásico de la noción de desarrollo y su matriz productiva basada en el libre mercado, el extractivismo y la empresa como única unidad productiva reconocida; y, en cuarto lugar, el fortalecimiento de las garantías de los derechos económicos y sociales.

Al mismo tiempo, el nuevo modelo económico de la Constitución, con sus tensiones y continuidades, se inscribe en un momento histórico de características complejas, en el que se cruzan las repercusiones de las crisis económica y ecológica mundiales, que ponen al límite la capacidad de carga de la tierra y que enfrenta a la humanidad a una verdadera crisis civilizatoria² y la fuerte presión de nuevos y renovados actores sociales que cuestionan el proceso de globalización económica desigual que beneficia solo a algunos y perjudica a la mayoría.

En este marco, las diversas fuerzas de la economía y la producción están llamadas a reorganizarse. Cabe entonces preguntarse sobre cuál es el papel de las empresas en el nuevo modelo económico que trae la Constitución. Intentar definir algunas líneas explicativas en esa dirección es el objeto de este trabajo. Para ello partiremos de la identificación de los retos que implica la construcción de una nueva noción de desarrollo y economía en el contexto de la globalización y las crisis; luego analizaremos las transformaciones que introduce la Constitución; y,

1. Docente de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.
2. Véase Alberto Acosta y Esperanza Martínez, comps., *El buen vivir. Una vía para el desarrollo*, Quito, Abya-Yala, 2009.

finalmente, aterrizar en el estudio de las exigencias que se plantean para la empresa y en ese esquema su responsabilidad social.

LAS NOCIONES DE DESARROLLO Y ECONOMÍA

Dos cuestiones son importantes para comprender el espacio en el que se plantea la noción de desarrollo y economía que trae la Constitución de 2008; por un lado, las características de la relación trabajo-capital y naturaleza-capital, ambas han sido sintetizadas en una definición de desarrollo, como principio ordenador de la vida social, basado en la depredación de la naturaleza y la explotación del trabajo humano.

En cuanto a la dupla trabajo-capital abordaremos dos dimensiones importantes en la actualidad: los cambios producidos en su estructura y la influencia de la crisis mundial en el mercado laboral.

En las últimas décadas va desapareciendo el trabajo estable y ligado a la industria, ya sea por la importancia que ha tomado el sector servicios y financiero, o por la preeminencia de los derechos del capital por sobre los del ser humano que han facilitado la flexibilización laboral asegurando mayores ganancias solo para algunos. Cada vez más el trabajo estable se puede encontrar solo en el núcleo de actividades económicas principales como las financieras y tecnológicas, rodeado de una amplia periferia de trabajo inestable que es incorporado o expulsado de la empresa o empresas según sus necesidades.³ Esta diferenciación coincide con divisiones de carácter espacial, cultural, sexual y etario. Hay países o regiones que proveen principalmente mano de obra no calificada; otros, tecnología; algo similar se puede encontrar al interior de los países; la población rural tiene mayores probabilidades de tener un empleo precario al igual que las mujeres y los jóvenes.

Otra característica del trabajo en este esquema es su individualización, con la correlativa pérdida de su capacidad de integración social e identitaria; así, se reeditan y profundizan la descolectivización y la atomización de la relación laboral haciendo cada vez más escasa la capacidad de organización y negociación de los trabajadores.⁴ El trabajo tal y como se conoció durante el capitalismo clásico se va situando fuera del sistema salarial.

Por otro lado, la empresa también ha cambiado al menos en dos sentidos: funciona en red y desagrega las etapas productivas para situarlas en distintos lugares según los beneficios que pueda obtener en ellos. El funcionamiento en red consiste en la coalición de las empresas en torno a unos objetivos concretos, comunes y

3. Manuel Castels, "Globalización, tecnología, trabajo, empleo y empresa", en *La Factoría*, No. 7, noviembre 1998, pp. 1-10.

4. Zygmunt Bauman, *Modernidad líquida*, México, FCE, 2002, p. 146.

coyunturales, como pueden ser la captación de un mercado o la introducción de un producto, después del logro de la meta desaparece la alianza y se va en busca de otra. Además, la empresa descoyunta los segmentos productivos con el fin de situarlos en distintas latitudes sometiéndolos a regímenes jurídicos diferentes, los actores globales tienen movilidad y pueden permitirse un *shopping trip* entre distintos ordenamientos jurídicos⁵ para situarse en los que sean más favorables.

En el caso ecuatoriano, estos fenómenos también se han presentado pero con sus propias particularidades. La primera constatación al respecto es la fragmentación del mercado de trabajo, pues el proceso de industrialización inacabado del país supuso la convivencia de un grupo estable de trabajadores asociados a la industria, un porcentaje de desempleo estructural y una gran masa de subempleo. Esta lectura puede complementarse con aquella que rescata y valora todas aquellas otras formas de trabajo (no industrial) que han permitido sobrevivir a las familias ecuatorianas: formas de trabajo de autosustento, de cuidado humano y trabajo en el hogar que han constituido un verdadero motor de la economía en tiempos de crisis.

En cuanto a la empresa, también su realidad es muy desigual: coexisten empresas grandes, con flujo de capital importante orientadas a la exportación, con empresas pequeñas, micro y medianas con serias dificultades de mantenerse activas en el mercado, con problemas de productividad y competitividad y ambos grupos con bajos estándares de cumplimiento de derechos laborales y ambientales.

El contexto no puede estar completo si no se hace referencia a las repercusiones de la crisis económica mundial de 2008, la que ha tenido drásticos impactos en los niveles de bienestar de las personas. Aunque el efecto sobre el empleo fue menor del esperado en América Latina, debido a que la región estuvo mejor preparada que en ocasiones anteriores para enfrentar una crisis, el número de pobres ha aumentado de forma importante. Según el informe de OIT-CEPAL de 2009,⁶ un mínimo de 2,9 millones de personas engrosaron las filas del desempleo en América Latina en ese año; las empresas, frente a la contracción de la demanda, buscaron disminuir costos, trasladando el recorte hacia los salarios de los trabajadores o, en su defecto, hacia sus prestaciones, lo que necesariamente deriva en una escasez de puestos de trabajo o en una informalización de las relaciones laborales.

Parece ser que el Ecuador y algunos otros países en la región lograron sortear de alguna manera la crisis, como resultado de políticas públicas anticíclicas y de una decidida intervención del Estado en la economía.

La otra dicotomía relevante es la que se plantea entre naturaleza y capital; hasta ahora la naturaleza ha sido vista como objeto de propiedad, un factor más

5. Véase Francisco J. Laporta, "Globalización e imperio de la ley. Algunas dudas westfalianas", en Miguel Carbonell y Rodolfo Vázquez, *Globalización y Derecho*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, pp. 221-223.

6. OIT/CEPAL, *Boletín coyuntura laboral en América Latina y el Caribe*, No. 2, junio 2009.

de la producción sobre el cual, según el régimen legal vigente, estaba autorizado la destrucción, la depredación⁷ y, en el mejor de los casos, la reparación en torno al daño producido en contra de las personas que vivían o estaban relacionadas con el espacio que fue dañado. Es decir, la naturaleza no se percibía más que como un lugar para el ser humano puesto a su servicio; un recurso que como tal debe ser cuidado pero solo en la medida en que es funcional, se lo puede utilizar. El modelo económico imperante no solo ha degradado el ambiente, sino también las formas culturales que han cultivado o mantenido una forma diferente de integrarse y asociarse con la naturaleza, además subvalora la diversidad cultural y desconoce al otro, mientras “privilegia el modo de producción y un estilo de vida insustentables que se han vuelto hegemónicos en el proceso de civilización”.⁸

El modelo industrial depredador fundamentado en la dominación de la naturaleza, en la identificación de la riqueza con la acumulación y el consumo de bienes materiales y las expectativas de crecimiento ilimitado se ha demostrado imposible, al menos para todos. La sociedad del consumo y la acumulación capitalista han sobrepasado ya el límite de explotación de la tierra, llegando necesariamente a la reducción de los recursos de los pobres.⁹

El modelo de desarrollo ha sido pensado durante muchas décadas como antropocentrista y economicista, empeñado en homogeneizar en una sola forma la diversidad de la vida, articulada a los mercados, donde las personas se dividen en productores y consumidores siempre en competencia. Precisamente construir esa ciudadanía unidimensional y homogénea fue el objeto del proceso civilizatorio que significó la imposición de los diferentes modelos llevados hasta espacios percibidos como no desarrollados.¹⁰

A pesar de los agresivos y constantes intentos de desarrollar las sociedades que no lo estaban, el proceso ha demostrado fisuras y deficiencias, principalmente basadas en el desconocimiento de formas de organización social y económica diferentes. Se invisibilizan no solo culturas y formas de vida que no corresponden con el individuo productor/consumidor, sino también todas aquellas actividades económicas que han permitido la sobrevivencia como el trabajo de autosustento, cuidado humano y trabajo en el hogar. De la misma manera, consideran y denominan pro-

7. Alberto Acosta, “Los grandes cambios requieren de esfuerzos audaces. A manera de prólogo”, en Alberto Acosta y Esperanza Martínez, *Derechos de la naturaleza. El futuro es ahora*, Quito, Abya-Yala, 2009, pp. 18-19.
8. Antonio Elizalde Hevia, “Derechos de la naturaleza: ¿problema jurídico o problema de supervivencia colectiva?”, en Alberto Acosta y Esperanza Martínez, *Derechos de la naturaleza. El futuro es ahora*, pp. 66-67.
9. Edgardo Lander, “Hacia otra noción de riqueza”, en Alberto Acosta y Esperanza Martínez, *El buen vivir. Una vía para el desarrollo*, pp. 31-32.
10. Patricio Carpio Benalcázar, “El buen vivir, más allá del desarrollo. La nueva perspectiva constitucional en Ecuador”, en Alberto Acosta y Esperanza Martínez, *El buen vivir. Una vía para el desarrollo*, pp. 115 y ss.

ductivos solo ciertos procedimientos que facilitan la acumulación del capital como, por ejemplo, la explotación de recursos naturales.

En este mismo orden de ideas se plantea no solo buscar formas alternativas de desarrollo, sino alternativas al mismo, que respeten los pueblos, las culturas y los formas de ser diversas, así como instaurar una distinta relación con la naturaleza respetuosa de sus derechos.

EL BUEN VIVIR. UN NUEVO MODELO DE DESARROLLO

Tanto el título VI sobre el “Régimen de Desarrollo” como el VII sobre “El buen vivir” recogen los lineamientos principales de lo que constituye el régimen económico de la Constitución que cambia de manera profunda la matriz productiva e incorpora el buen vivir como fin de la misma. No se trata entonces de transferir el poder de un grupo hegemónico a otro, o de dar mayor presencia al Estado en las actividades económicas, sino, en palabras de Magdalena León, de liberar la economía de la tiranía del mercado y orientarla hacia la justicia, la vida y la democracia.¹¹

Nueva matriz productiva

La matriz productiva –propia de la era neoliberal– entendía que únicamente la empresa clásica, por medio del mercado, podía hacer economía. Eran desconocidas y llamadas a desaparecer cualquier otra forma económica, especialmente las populares, sociales y solidarias. Precisamente en este campo, la Constitución innova al reconocer otros modos de hacer economía tomando como base una interdependencia entre el trabajo y el capital, donde el ser humano es sujeto y fin de la economía.¹²

El texto constitucional regula en el capítulo sexto referido al trabajo y producción, del Régimen de Desarrollo, distintas dimensiones de esta conceptualización:

a) Las formas de organización de la producción y su gestión que integra la organización económica tanto pública, privada, mixta, popular y solidaria,¹³ incluye la economía de subsistencia desarrollada principalmente por campesinos indígenas¹⁴ y mujeres; reconoce la economía solidaria a través de las diversas vías de asociatividad, cooperativismo y acciones comunitarias;¹⁵ comprende además la

11. Magdalena León, “Cambiar la economía para cambiar la vida. Desafíos de una economía de la vida”, en Alberto Acosta y Esperanza Martínez, *El buen vivir. Una vía para el desarrollo*, p. 63.

12. Constitución de la República del Ecuador, art. 283.

13. *Ibíd.*

14. *Ibíd.*, arts. 325 y 333.

15. *Ibíd.*, arts. 283 y 319.

economía del cuidado humano,¹⁶ es decir aquellas actividades orientadas a la atención de las personas que por cualquier situación no pueden cuidarse por sí mismas como: niños, adultos mayores, enfermos, etc.

b) Los distintos tipos de propiedad reconocidos en la Constitución no solo protegen la propiedad privada y pública –con ciertas limitaciones sociales y ambientales–, sino también la comunitaria, asociativa, cooperativa, entre otras. Todo esto ha desembocado en el retorno al papel preponderante del Estado en la economía; esto supone que la regulación y control de los procesos de apropiación, producción, comercialización y consumo no están enteramente sometidos a las fuerzas del mercado, sino que pueden organizarse en torno a objetivos políticos. Sin embargo, debido a la fuerte influencia de prácticas e instituciones creadas por el neoliberalismo, inclusive las empresas estatales han tenido que someterse a la búsqueda de la productividad y competitividad, muchas veces en franca violación de exigencias laborales, sociales y ambientales.¹⁷ La Constitución actual mantiene la clásica división entre propiedad privada y pública, constante en las cartas constitucionales anteriores;¹⁸ sin embargo, introduce una interesante innovación respecto a la propiedad comunitaria, asociativa, cooperativa, estatal y mixta; aunque no las define específicamente, acepta formas de propiedad que han sido parte de la vida social y económica ecuatoriana, sobre todo en los campesinos, pueblos y nacionalidades indígenas. La propia norma fundamental señala los límites de la propiedad, no solo circunscribiéndolo a su función social como había sido costumbre en algunas Constituciones anteriores, sino también refiriéndola a los límites ambientales.

Ahora bien, el debate en torno a la función social de la propiedad ha sido largo pero, a pesar de ello, persisten concepciones contradictorias que van desde tomarla como una referencia formal sin contenido, hasta quienes encuentran en ella una forma de redistribución de la riqueza a través de la producción y en consecuencia a la generación de trabajo.¹⁹

Otros datos relevantes en la Constitución son los referidos a la prohibición de apropiación de las ciencias, tecnologías y saberes ancestrales, así como los recursos genéticos, diversidad biológica y agrobiodiversidad.²⁰ De la misma manera la

16. *Ibid.*, art. 333.

17. Eduardo Gudynas, “Seis puntos clave en ambiente y desarrollo”, en Alberto Acosta y Esperanza Martínez, *El buen vivir. Una vía para el desarrollo*, pp. 44 y 45.

18. Constitución de la República del Ecuador, art. 321.

19. *Ibid.* Para un extenso análisis del tema de la propiedad en la Constitución de 2008. Véase Pablo Egas Reyes, “La propiedad en la Constitución de 2008”, en Santiago Andrade, Agustín Grijalva y Claudia Storini, eds., *La nueva Constitución del Ecuador. Estado, derechos e instituciones*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar / Corporación Editora Nacional, 2009, pp. 329 y ss.

20. Constitución de la República del Ecuador, art. 322.

Constitución introduce un elemento importante al garantizar la igualdad de derechos y oportunidades para las mujeres y los hombres en el acceso a la propiedad.²¹

c) La Constitución reconoce todas las modalidades de trabajo incluidas las de autosustento y cuidado humano y a sus actores como entes productivos.²² Este posicionamiento parte de una crítica –principalmente feminista– a la economía convencional, con el fin de visibilizar las dimensiones reproductivas de la economía muy imbricadas con las productivas, a la vez que reivindica la necesidad de mejorar las condiciones de igualdad en que deben realizarse las actividades de cuidado humano.²³ Otra consecuencia de este acercamiento es que al ser todos ellos trabajadores se les garantiza los derechos laborales, poniendo énfasis en ciertos grupos que han sido excluidos del acceso al trabajo o han sufrido precarización e informalización de la relación laboral como las mujeres y los jóvenes.²⁴

d) En la sección de la democratización de los factores de producción, la Constitución promueve el acceso equitativo a ellos, para lo cual prohíbe la concentración y el acaparamiento, impulsa y apoya el desarrollo de conocimiento y tecnología, garantiza la producción, sobre todo la encaminada a fortalecer la soberanía alimentaria y energética, promueve los servicios financieros para mejorar el acceso al crédito y la toma medidas específicas para erradicar la desigualdad y discriminación.²⁵

e) La Constitución, en la sección de intercambios económicos y comercio justo, se ha preocupado por prohibir los monopolios, oligopolios, prácticas de acaparamiento; impulsar el comercio justo y la inversión del Estado en infraestructura que facilite el acopio, transformación y comercialización de productos.²⁶

f) En el punto de ahorro e inversión, la Constitución pone énfasis en la regulación a las inversiones extranjeras, así como en la explicitación de lineamientos generales aplicables a la inversión nacional.²⁷

21. *Ibíd.*, art. 324.

22. *Ibíd.*, art. 325.

23. Magdalena León, “Cambiar la economía para cambiar la vida. Desafíos de una economía de la vida”, pp. 67 y ss.

24. Constitución de la República del Ecuador, arts. 326-332.

25. *Ibíd.*, art. 334.

26. *Ibíd.*, arts. 335, 336, 337.

27. *Ibíd.*, arts. 338, 339.

Sumak kawsay

Este nuevo concepto constitucional parte de una noción indígena que piensa al ser humano de manera relacional, no solo con otros seres humanos sino también con su entorno. Desde esta cosmovisión, la vida y la energía son atributos de todas las cosas y no exclusivamente de las personas; precisamente por eso, el equilibrio y la armonía entre ellas, los animales, las plantas y las cosas son la base del mundo.²⁸ Cualquier desequilibrio en la esfera de la naturaleza o el entorno afecta a todo incluyendo a los seres humanos.

El *sumak kawsay* de la Constitución es una forma de entender el derecho pero también la economía y el desarrollo basada en una concepción de la naturaleza, como sujeto de derechos, y no como objeto de explotación, o de protección; por tanto, el entendimiento de que una buena vida solo es posible si se protege y garantiza el cumplimiento de los derechos económicos y sociales.²⁹

Este concepto jurídico presenta también diversas caracterizaciones conforme la propia Constitución, que se pueden recoger en las siguientes categorías:

a) La consideración de la naturaleza como sujeto de derechos, pues, según sostiene Mario Melo, “no es una simple cosa sujeta a propiedad. En (sic) un sujeto con existencia más real y concreta que las “personas jurídicas”, asociaciones de capitales con existencia ficticia a las que sí hemos reconocido derechos”.³⁰

Esta relacionalidad con la naturaleza constituye el abandono de la idea de ella simplemente como un factor de producción y el inicio de la construcción del camino para dejar atrás el modelo extractivista, que ha marcado la vida del país desde sus inicios como república y quizás más atrás. Esto que para algunos podría ser una “novelería” demuestra su profunda relevancia si tomamos en cuenta que la destrucción de la naturaleza que trae aparejado el sistema de producción capitalista actual pone en duda la permanencia de la misma especie humana en el planeta.

Sin embargo, cualquier cambio profundo no es inmediato, y menos aún haciendo tabla rasa del pasado, por más inadecuado que este haya sido; esto nos pone frente al dilema de los pasos que seguir, siendo que ahora mismo la naturaleza es percibida enteramente una cosa susceptible de explotación con muy pocos límites. Entonces, como sostiene Gudynas, es menester: “generar un balance entre los usos

28. Nina Pacari, “Naturaleza y territorio desde una mirada de los pueblos indígenas”, en Alberto Acosta y Esperanza Martínez, *Derechos de la naturaleza. El futuro es ahora*, pp. 31 y ss.

29. Eduardo Gudynas, “Seis puntos clave en ambiente y desarrollo”, en Alberto Acosta y Esperanza Martínez, *El buen vivir. Una vía para el desarrollo*, pp. 43 y ss. Véase también Magdalena León, “Cambiar la economía para cambiar la vida. Desafíos de una economía para la vida”, p. 64.

30. Mario Melo, “Los derechos de la naturaleza en la nueva Constitución ecuatoriana”, en Alberto Acosta y Esperanza Martínez, *Derechos de la naturaleza. El futuro es ahora*, p. 53.

económicos y la protección del ambiente. Es acomparar los usos económicos a los ritmos de la Naturaleza, igualar los ritmos de extracción a la cadencia de regeneración de la vida”.³¹ En definitiva, en la edificación del respeto a la naturaleza y de su constitución efectiva como sujeto de derechos se requiere, en cada momento, encontrar una armonía entre las necesidades de los seres humanos y las propias de la naturaleza.

La naturaleza, el entorno, no es exclusivamente capital natural; es el espacio donde todo se desarrolla, es el marco de la vida y como tal debe ser tratada; para eso son de vital importancia los aportes de los conocimientos y formas de vivir ancestrales, de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas y otros pueblos.

La Constitución reconoce como sujeto de derechos a la naturaleza en el capítulo séptimo del título II; en esta parte señala que son sus derechos el respeto integral a su existencia, mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos. Varias ideas introduce la normativa constitucional en este aspecto. Por un lado, da una respuesta a un problema jurídico constantemente utilizado para argumentar en torno a la imposibilidad de que la naturaleza sea sujeto de derechos, y es la incapacidad de esta de exigir por sí mismo sus derechos. Al respecto la Constitución señala que cualquier persona puede exigir a la autoridad pública el cumplimiento de esos derechos. Otra innovación es la doble obligación que se establece para el Estado y las personas naturales o jurídicas para indemnizar en caso de que haya perjudicados humanos por algún daño ambiental y restaurar los daños causados a la naturaleza.³²

En la parte orgánica, en el título VII, capítulo II, se señalan los principios, lineamientos de política pública, deberes del Estado y régimen institucional que garantizan los derechos del *sumak kawsay* referidos a la naturaleza. Estas normas están organizadas en siete secciones: naturaleza y ambiente, biodiversidad, patrimonio natural y ecosistema, recursos naturales, suelo, agua, biósfera, tecnología urbana y energías alternativas.³³ Varias cuestiones son transformadoras en esta parte: por primera vez, la norma Constitucional se preocupa por desarrollar los límites de la actividad humana en la naturaleza tomando en cuenta las necesidades de las generaciones presentes y futuras; la capacidad de regeneración natural de los ecosistemas; la responsabilidad del Estado; la posibilidad de que cualquier persona –independientemente de su interés directo– pueda obtener la tutela efectiva en materia ambiental; y la consulta a la comunidad que pudiera ser afectada ambientalmente por una decisión estatal.³⁴

31. Eduardo Gudynas, “Seis puntos clave en ambiente y desarrollo”, p. 46.

32. Constitución de la República del Ecuador, arts. 71-74.

33. *Ibíd.*, arts. 395-415.

34. *Ibíd.*, arts. 395-415.

b) El cumplimiento y garantía de los derechos económicos y sociales constituye un deber ser, el horizonte que se ha dado a sí mismo el país. Sin embargo, al declararlos como normas constitucionales la Constitución los hace exigibles, los convierte en valores de la sociedad entera a los que deben suscribirse el Estado en primer lugar, los ciudadanos y los pueblos.

La Constitución de 2008 se refiere de manera profunda y concreta al *sumak kawsay* tanto en el título II de los Derechos, en el capítulo segundo, y, en el título VII en el denominado Régimen del Buen Vivir. La norma fundamental reconoce como derechos del buen vivir, cuyos titulares son todos los seres humanos, las comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos, los derechos al agua y alimentación, ambiente sano, comunicación e información, cultura y ciencia, educación, hábitat y vivienda, salud y trabajo y seguridad social.³⁵ Si bien podríamos entender que en esta sección están recogidas los denominados derechos económicos y sociales, cabe destacar que no se agotan en ellos por dos razones, ya sea porque incorpora a otros derechos complementarios como los del medioambiente, agua, comunicación, hábitat, entre otros, o ya sea porque estos se complementan con lo recogido en el régimen del *sumak kawsay* de la parte orgánica donde se integran también los derechos de la naturaleza.

En el título VII se desarrollan los lineamientos de política pública y régimen institucional que garantiza los derechos económicos y sociales recogidos en el régimen del *sumak kawsay*, en dos capítulos: en el denominado de inclusión y equidad donde se agrupan los temas de: educación, salud, seguridad social, hábitat y vivienda, cultura, cultura física y tiempo libre, comunicación social, ciencia, tecnología, innovación y saberes ancestrales, gestión de riesgo, población y movilidad humana, seguridad humana, transporte³⁶ y en el de biodiversidad y recursos naturales, ya tratado *supra*.

La Constitución manda que se integren y desarrollen sistemas nacionales integrales referidos a los diversos aspectos (educación, salud, seguridad, social, cultura, etc.) integrados en el sistema nacional de inclusión y equidad cuyo fin es asegurar el ejercicio, garantía y exigibilidad de los derechos constitucionales a través de la política pública nacional recogida en el Plan Nacional de Desarrollo, formulado mediante el sistema nacional descentralizado de planificación y participación. Se rescata en esta parte el papel interventor del Estado.

35. *Ibíd.*, arts. 12-34.

36. *Ibíd.*, arts. 340-394.

RESPONSABILIDAD SOCIAL DE LA EMPRESA

¿Cómo entender la responsabilidad social de la empresa en el marco de la nueva Constitución? Para responder esta pregunta es necesario empezar por establecer en qué sentido se entenderá la responsabilidad social de la empresa.

La empresa es responsable, en primer lugar, de cumplir con todas las normas legales de carácter laboral, fiscal, ambiental o de cualquier otra naturaleza a las que estén obligadas. Sin embargo, las empresas pueden ir más allá del cumplimiento legal e interesarse en los problemas sociales y ambientales del entorno que rodea su emprendimiento. Precisamente eso se conoce como responsabilidad social. Al respecto existen varias acepciones, pero la mayoría coincide en que corresponde al conjunto de iniciativas principalmente económicas, no fundadas en requisitos jurídicos y por tanto de carácter voluntario, realizadas por las empresas en las que se integran inquietudes sociales y ambientales.³⁷

El grado de esa responsabilidad se discute entre dos extremos: por un lado están quienes sostienen que basta con que la empresa se mantenga productiva especialmente en un contexto de alta competitividad o en situación de crisis; al otro extremo se sitúan quienes arguyen que la responsabilidad social debe estar orientada por normas obligatorias que puedan ser exigidas a las empresas más allá de las actuales.

Quienes se sitúan en el primer acercamiento, argumentan que las obligaciones relacionadas con el bienestar social corresponden al Estado y no a las empresas, menos aun a las pequeñas y medianas empresas que tienen dificultades incluso para cumplir con la normativa mínima. Sin embargo, los procesos de reducción del Estado, las facilidades para el movimiento del capital, la pérdida de poder de negociación de los sindicatos harían pensar que el camino es el contrario.

Muchas empresas desafortunadamente demuestran interés en cuestiones sociales afuera de su propio espacio, preocupándose por temas como la educación o el acceso a cultura de la comunidad en la que están, y dejan de lado la discusión dentro de su empresa, como, por ejemplo, los derechos laborales y, muy especialmente, la libertad de sindicación y la negociación colectiva, principios laborales básicos.

Algunas de las corrientes actuales señalan que la responsabilidad social de las empresas tiene que ver con las relaciones de ella con todos los interesados: accionistas, proveedores, clientes, empleados, familias y miembros de la comunidad. Este enfoque se fundamenta en la noción de que la empresa debe ser transparente

37. Gerardina González Marroquín, "Responsabilidad social de las empresas: alcance y cuestionamientos sobre el tema", ponencia presentada en el V Congreso Nacional e Internacional, realizado por la ADOARH, San José, 2001.

y abierta al intercambio, a la participación y casi a la cogestión con sus empleados y la comunidad.

Las presiones de los consumidores y otros grupos sociales buscan la adopción de códigos internacionales obligatorios. En 1977 la Organización Internacional del Trabajo (OIT) adoptó la Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social. En junio de 1998, la Conferencia Internacional del Trabajo, en su octogésima sexta reunión, adoptó la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento. Mediante esta declaración, todos los estados miembros de la Organización tienen un compromiso de respetar, promover y hacer realidad los principios relativos a los derechos fundamentales, que son:

- la libertad de asociación y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva;
- la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio;
- la abolición efectiva del trabajo infantil; y
- la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación.

A pesar de las dificultades que encuentra la propuesta de influir y controlar la conducta de las empresas en la actualidad, hay rasgos que llaman la atención: la preocupación internacional sobre asuntos ambientales y laborales asociados a circuitos internacionales de distribución y comercio, el incremento de interés de los medios de comunicación en este campo, una mayor actividad de los gobiernos, sindicatos y grupos de interés sobre los códigos y etiquetados.

En el proceso de responsabilidad social de las empresas intervienen varios actores: gobiernos, sindicatos, organizaciones de empleadores, ONG, organizaciones internacionales y particulares. Para poder desarrollar una política adecuada de necesita la coordinación y la participación de todos ellos.

A MANERA DE CONCLUSIÓN

La Constitución ha sentado las bases de una profunda transformación en el sistema económico ecuatoriano basado en un cambio de matriz productiva que incluye y valora la economía social y solidaria, y un modelo alternativo de desarrollo sustentado en el equilibrio de la naturaleza y su existencia y las necesidades humanas.

Este contexto supone unos retos específicos para las empresas, pero también para los otros actores de la economía. La organización del Estado y su institucionalidad económica ya no está pensada solamente para el desarrollo de las grandes y hasta medianas empresas, sino también para las pequeñas y micro empresas. Por otro lado, las normas constitucionales y legales han enfatizado en controlar y regular la actuación de las empresas sobre todo en el cumplimiento de sus obligaciones

laborales y fiscales. Sin embargo, aún no están desarrolladas ni la institucionalidad ni las normas que permitan el control ambiental efectivo que complementa la limitación a la actividad empresarial.

¿Cuál es el sentido, entonces, de la responsabilidad social de la empresa en este contexto? Parecería ser un elemento importante de la Constitución la obligatoriedad del cumplimiento de los derechos laborales y las normas ambientales, esto acompañado del fortalecimiento del papel del Estado como regulador de la economía y, en esa medida, interventor y controlador de las empresas.

En conclusión podríamos decir que la responsabilidad social es más necesaria en cuanto más débil es la intervención del Estado en la economía y por tanto en la actividad empresarial como controlador y regulador, y lo contrario también parece posible; en un contexto de Estado interventor, basta con el real cumplimiento de la ley.

BIBLIOGRAFÍA

- Alexy, Robert,
2001 “Derechos sociales fundamentales”, en Miguel Carbonell *et al.*, *Derechos sociales y derechos de las minorías*, México, Porrúa / UNAM.
- Bobbio, Norberto,
1991 *El tiempo de los derechos*, Madrid, Sistema.
- Chiriboga, Galo, y Rafael Quintero, eds.,
1998 *Alcances y limitaciones de la reforma política en el Ecuador 1998*, Quito, AAJ / ILDIS.
- CNNA,
2006 *Convención de los derechos del niño*, Quito, CNNA.
Constitución Política de la República del Ecuador 1978,
1997 Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones.
Constitución Política de la República del Ecuador 1998,
2002 Quito.
- Cruz Parceró, Juan Antonio,
2001 “Los derechos sociales como técnica de protección jurídica”, en Miguel Carbonell *et al.*, *Derechos sociales y derechos de las minorías*, México, Porrúa / UNAM.
- Espinoza, Malva,
2003 *Trabajo decente y protección social*, Ginebra, OIT.
- Gaceta Constituyente,
2008 *Constitución 2008*, Quito.
- Guerrón Ayala, Santiago,
2003 *Flexibilidad laboral en el Ecuador*, Quito, Abya-Yala / Universidad Andina Simón Bolívar / Corporación Editora Nacional.
- Nino, Carlos Santiago,
2001 “Sobre los derechos sociales”, en Miguel Carbonell *et al.*, *Derechos sociales y derechos de las minorías*, México, Porrúa / UNAM.

- OIT,
 1999 *Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento*, Ginebra, OIT.
- 2004 *Por una globalización justa. Crear oportunidades para todos*, Ginebra, OIT / Comisión Mundial sobre la Dimensión Social de la Globalización.
- 2008 *Informe sobre trabajo en el mundo 2008. Desigualdades de renta en la era de la finanza global (Resumen)*, Pre-edición, Ginebra, OIT / Instituto Internacional de Estudios Laborales.
- ONU, *et al.*,
 2008 *II Informe Nacional de los Objetivos de Desarrollo del Milenio*, Quito, SENPLADES / ONU / Cismil / FLACSO.
- Prieto Sanchís, Luis,
 2001 “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, en Miguel Carbonell *et al.*, *Derechos sociales y derechos de las minorías*, México, Porrúa / UNAM.
- Reglamento del Mandato Constitucional 08,
 2008 Registro Oficial No. 353, junio.
- SENPLADES,
 2008 *Plan nacional de desarrollo*, Quito, SENPLADES.
- Trujillo, Julio César,
 1979 *Derecho del trabajo*, tomo II, Quito, Ediciones de la Universidad Católica del Ecuador.
- 1986 *Derecho del trabajo*, tomo I, Quito, Ediciones de la Pontificia Universidad Católica.
- 1992 *Ley No. 133*, Quito, Ediciones de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador.
- Urriola, Rafael, edit.,
 1994 *Empleo: cuello de botella del ajuste*, Quito, CEPLAES / CEOSL.
- Zen, Amartya,
 2000 “Trabajo y derechos”, en *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 119, No. 2, Ginebra.
- Zolo, Danilo,
 2001 “Libertad, propiedad e igualdad”, en Luigi Ferrajoli, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta.

Páginas web

- [<http://dlh.lahora.com.ec>].
 [<http://www.asambleaconstituyente.gov.ec>].
 [http://www.ilo.org/global/About_the_ILO/Media].

MERCADO EMPRESARIAL, INSTITUCIONES Y COSTOS DE TRANSACCIÓN: UN ANÁLISIS DEL CASO ECUATORIANO

Heidy Paola Ocampo Meneses¹

INTRODUCCIÓN

En una etapa de globalización en la que los mercados a nivel internacional se encuentran estrechamente relacionados, se requiere que entre los agentes económicos exista un mayor nivel de competencia. En este sentido, la actuación de los empresarios no solo se ve afectada por su propio nivel de competitividad, sino también por un conjunto de diferentes factores que se hallan relacionados con el entorno político y social. Uno de ellos es el institucional, particularmente el referido al nivel de regulaciones y costos en los que el empresariado debe incurrir para crear un negocio. Dada la trascendencia de lo dicho, este artículo indaga sobre las medidas regulatorias que fomentan, y en otros casos restringen, la actividad comercial. Luego, la pregunta que interesa analizar es: ¿qué tipo de factores afectan la decisión de las empresas para ingresar al mercado formal? Para el efecto, el marco teórico que se usará es el de la Nueva Economía Institucional; particularmente lo que refiere a los costos de transacción.² El análisis que se presenta es de orden descriptivo y utiliza un análisis factorial de componentes principales y un análisis de correspondencia con 22 países de América Latina. Las fuentes de información estadísticas fueron los anuarios estadísticos de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) y las publicaciones del *Doing Business*.³

Algunos estudios señalan que el tipo de regulación de entrada al mercado al que se ven sometidas las firmas puede acarrear altos costos de transacción, incentivando las ineficiencias del mercado y alterando el desempeño de las economías. Autores como Andrei Shleifer y Robert W. Vishny,⁴ Djankov, Laporta, López de

1. Investigadora Principal del Centro de Investigaciones de Política y Economía (CIPEC).
2. Douglass North, *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*, México, Fondo de Cultura Económica, 1995.
3. Reportes [www.doingbusiness.org].
4. Andrei Shleifer y Robert W. Vishny, "Corruption", en *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 108, No. 3, Harvard College / Massachusetts Institute of Technology, 1993, pp. 599-617.

Silanes y Shleiff,⁵ Hernando de Soto,⁶ Stone, Levy y Paredes,⁷ Decio Zylbersztajn y Carolina T. Graça,⁸ entre otros, basados en estas perspectivas, han encontrado que entre las barreras o costos generados para abrir un negocio están: 1. número de trámites requeridos para crear una firma; 2. número de días requeridos para cumplir con todos los trámites; 3. costos monetarios como porcentaje del PIB y de la ganancia; 4. número y costos de los impuestos anuales que se deben cancelar, entre otros indicadores.⁹ Partiendo de dicha base, el presente artículo encontró que existe una fuerte relación entre el tipo de ingresos de los países y los elevados costos de transacción en los que debe incurrir un empresario para aperturar un negocio en el mercado formal.

La estructura del documento se divide en cuatro partes. En la primera se realiza un análisis teórico de los costos de transacción desde la visión de la Nueva Economía Institucional. En la segunda, se describe la situación en Latinoamérica para abrir un negocio. En la tercera, se detalla el análisis empírico del artículo y en la cuarta parte se concluye.

ANÁLISIS TEÓRICO DE LOS COSTOS DE TRANSACCIÓN: UN ENFOQUE DESDE LA NUEVA ECONOMÍA INSTITUCIONAL¹⁰

Los desarrollos alcanzados por la economía de la segunda mitad del siglo XX encuentran su principal referente en la construcción de la teoría de la elección racional, formulada a partir de los supuestos de racionalidad de los actores, información completa y competencia perfecta. El *rational choice* constituye un paradigma hegemónico dentro de la discusión académica de los últimos decenios, sin embargo, el surgimiento de teorías que indagan en torno a factores asumidos como exógenos por la tradición citada da luces respecto a nuevas estrategias para encarar y hacer más fructífera la investigación de los distintos fenómenos económicos. En

5. Simeon Djankov, Rafael Laporta, Florencio López de Silanes y Andrei Shleifer, "The Regulation of Entry", en *Quarterly Journal of Economics*, vol. 117, No. 1, 2002, pp. 1-37.
6. Hernando de Soto, *The Other Path*, New York, Harper and Row, 1989.
7. Lee Alston, Thráinn Eggertsson y Douglas North, *Empirical Studies in Institutional Change*, Cambridge, Cambridge University Press, 1996.
8. Decio Zylbersztajn y Carolina T. Graça, "Costos de formalización de las empresas: medición de los costos de transacción en Brasil", en *Revista de Economía Institucional*, vol. 5, No. 9, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.
9. Reportes [www.doingbusiness.org].
10. La reflexión constante en esta parte corresponde a la desarrollada por la autora del presente artículo, "La nueva economía institucional: lógicas operativas, supuestos teóricos y análisis empírico", en Santiago Basabe, comp., *Instituciones e institucionalismo en América Latina. Perspectivas teóricas y enfoques disciplinarios*, Quito, Centro de Investigaciones de Política y Economía, 2007.

ese plano, la recurrencia a variables institucionales, históricas y culturales¹¹ y el tomar partido por los supuestos de competencia imperfecta y asimetrías de información constituyen las características fundamentales de lo que dentro de la economía se ha denominado como Nueva Economía Institucional (NEI).

De la variedad de autores interesados en el desarrollo de la NEI uno de los que de forma más clara ha contribuido a la integración de diversas variables al análisis económico es Douglas North. De un lado, sus aportes se hallan en la importancia asignada a las instituciones formales dentro del proceso de desarrollo económico de los países; mientras que, de otro, su valía se encuentra en la atención prestada al conjunto de códigos de comportamiento cultural que hacen parte de las interacciones humanas y que dan cuenta de diversos fenómenos no solo económicos sino también sociales y políticos. Como telón de fondo de lo expuesto, la recurrencia a la historia como un elemento clave para la comprensión de los diversos hechos sociales hace de Douglas North un pensador con ambiciones que trascienden las fronteras de la economía para buscar aplicaciones en otras disciplinas de las Ciencias Sociales.

En términos generales, y a partir del conjunto de características expuestas, se puede decir que la NEI fundamenta su construcción teórica a partir del desafío al supuesto de racionalidad utilizado por la corriente neoclásica. En ese sentido, la NEI constituye un aporte fundamental en torno a la elaboración de un nuevo paradigma dentro de las ciencias sociales: aquel que descansa en la idea de que la lógica de actuación de actores y agentes se da a partir de mecanismos de racionalidad acotada. En otros términos, al incluir la NEI en el análisis un conjunto de variables asumidas como contextuales por la versión más ortodoxa del elector racional se plantea un primer paso en torno a la consecución de teorías que, a la par de proporcionar mayor capacidad explicativa de la realidad, asuman una perspectiva analítica en lo metodológico.

Dicha incorporación de variables conlleva a que la noción de instituciones pase a ser un elemento clave para entender tanto la interrelación entre política y economía como también para interpretar las consecuencias de dicha interacción en el desarrollo económico de los países. Así, conceptos como costos de transacción –producto de la información incompleta–, derechos de propiedad y la influencia del tiempo en las dinámicas sociales –*path dependence*– son algunos de los ejes alrededor de los que se puede entender el abordaje teórico planteado.

11. Oliver Williamson, “Transaction Cost Economics and Organization Theory”, en Neil J. Smelser y Richard Swedberg, eds., *The Handbook of Economic Sociology*, Princeton University Press, 1994; Douglass C. North, “Structure and Change”, en *Economic History*, Nueva York, Norton, 1984; Robert Bates, “Macropolitical economy in the field of development”, en James E. Alt y Kenneth Shepsle, eds., *Perspectives on Positive Political Economy*, New York, Cambridge University Press, 1990.

La “vieja” y la “nueva” economía institucional: algunas ideas básicas

Como un apunte previo es necesario destacar que el membrete de Nueva Economía Institucional (NEI) no constituye un criterio terminológico unificado entre quienes se inscriben como sus seguidores. Si bien existe mediano consenso en reconocer la relación bidireccional entre economía y política, algunos han denominado a este campo de estudio como Nueva Economía Política,¹² mientras que otros han preferido llamarla Neoinstitucionalismo Económico.¹³ Junto a ellos están quienes optan por la denominación de Nueva Economía Institucional.¹⁴ En el presente trabajo condensaré estas diferencias alrededor de la expresión otorgada por Douglas North pues, más allá del debate semántico que se podría dar, los lineamientos teóricos generales suelen ser cercanos a todos los autores, independientemente de la denominación por la que estos adhieran.

De otro lado, en este apartado se realiza una distinción entre “nueva” y “vieja” economía institucional, aludiendo no solo al momento histórico en el que se desarrollaron estas corrientes, sino también, y fundamentalmente, a partir de la diferente caracterización y sentido que cada una otorga a la noción de instituciones. De allí que la NEI pueda ser inscrita dentro de las últimas décadas del siglo pasado mientras que su versión más clásica corresponde a la segunda parte del siglo XIX e inicios del XX. En cuanto a las distinciones teóricas, los siguientes acápites se encargan de esclarecerlas y ponerlas en evidencia.

Como se dijo, la aquí denominada “vieja” economía institucional tuvo su apogeo a finales del siglo XIX y comienzos del XX. Dentro de sus principales comunidades científicas está la denominada escuela americana de economía, de cuyos investigadores se cita a Thorstein Veblen¹⁵ y Wesley Mitchell¹⁶ como algunos de los más importantes. En esencia, esta escuela señala que la economía no debe circunscribirse a la visión del *homo economicus*, puesto que existen otro tipo de motivaciones —como las de orden psicológico— que inciden en el comportamiento de los actores y cuya consideración puede dar lugar a explicaciones más precisas

12. Sebastián Saiegh y Mariano Tommasi, *La nueva economía política: racionalidad e instituciones*, Buenos Aires, Ed. Universitaria de Buenos Aires, 1998.

13. Guy Peters, *El nuevo institucionalismo. Teoría institucional en ciencia política*, Barcelona, Gedisa, 2003.

14. Douglass North, *The New Institutional Economics and Development*, San Luis, Washington University, 1992. Disponible en: [<http://www.econ.iastate.edu/tesfatsi/NewInstE.North.pdf>].

15. Thorstein Veblen, “Why is Economics Not an Evolutionary Science”, en *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 12, No. 4, 1898. Disponible en (Research Papers in Economics): [<http://econpapers.repec.org/article/hayhetart/>].

16. Wesley Mitchell, *The Backward Art of Spending Money: and Other Essays*, New York, McGraw-Hill, 1937.

de los distintos fenómenos económicos. Por ello, al adoptar una visión holística y sistémica en la que la noción de proceso se superpone a la de equilibrio, se resalta el papel de las instituciones, los hábitos y las relaciones de poder para explicar el desarrollo económico.¹⁷ En otra esfera, es necesario destacar que esta corriente estuvo atravesada por una visión biológica de la sociedad, sustentada en los planteamientos de la teoría de la evolución de las especies de Darwin.

Tanto la carga evolucionista como el énfasis en lo descriptivo que caracterizó al viejo institucionalismo se convirtieron pronto en el principal punto de críticas de parte de la escuela neoclásica. Así, los principales cuestionamientos se orientaban a apuntar que la complejidad conceptual de las ideas planteadas y la incipiente comprobación empírica impedían a ese enfoque ser considerado como una teoría establecida.¹⁸ Lo dicho, sumado a la consolidación de la escuela neoclásica a través de la constatación de los supuestos creados alrededor de la teoría del precio, ocasionó el eclipse momentáneo de la “vieja” economía institucional y su rezago en cuanto a escuela de pensamiento.

De hecho, solo hasta mediados del siglo XX la visión evolucionista y sistémica en las ciencias sociales, y particularmente en la economía, cobraron nuevamente importancia. El suceso histórico relevante para marcar dicha ruptura constituye, indudablemente, la nefasta situación a la que se vieron reducidas las economías de los países como consecuencia de la Segunda Guerra Mundial. De allí que autores como Gunnar Myrdall,¹⁹ entre otros, intentaran dar respuesta al paradigma neoclásico retomando la visión holista e incorporando a sus análisis elementos políticos, culturales y sociales. En ese plano, las causalidades del deterioro en el desarrollo económico y la desigualdad social hallaban en un cúmulo de variables su posible explicación. De esta forma no solo se presentó un planteamiento teórico alternativo sino que además se posibilitó retomar los principales postulados e ideas señaladas años atrás por Veblen y Commons.²⁰

En síntesis, si de identificar algunas ideas centrales del institucionalismo económico de inicios del siglo XX se trata, se podría señalar que: 1. su enfoque sistémico se halla fundamentado en la búsqueda de evitar el reduccionismo dentro del análisis económico, de manera tal que se pueda inducir a propuestas de carácter

17. Gonzalo Caballero, “Instituciones e historia económica: enfoques y teorías institucionales”, en *Revista de Economía Institucional*, vol. 6, No. 10, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, pp. 135-157.

18. Joseph Stiglitz, “The economics of information”, en *Journal of Political Economic*, vol. 69, University of Chicago Press, 1961, pp. 213-25.

19. Gunnar Myrdal, *Economic Theory and Under-Developed Regions*, Londres, G. Duckworth, 1958.

20. John R. Commons alude a las ideas de Veblen de “selección natural” de las instituciones e insiste que su evolución tiene un proceso más artificial que natural de decantamiento. Al respecto, John R. Commons, “Institutional Economics”, en *American Economic Review*, vol. 21, 1931, pp. 648-657. Disponible en (Research Papers in Economics): [<http://econpapers.repec.org/article/hayhetart/>].

organicistas; 2. las instituciones son consideradas como unidades de análisis; y 3. se apoya el supuesto de que los individuos son moldeados por el desarrollo de la cultura social y que sus preferencias son parte de un proceso continuo de adaptación y cambio.

Como se ha señalado, luego de haber sido consideradas como contexto en los planteamientos de la escuela neoclásica,²¹ durante el último cuarto del siglo XX las instituciones recobran importancia. Por ello, en la perspectiva de la NEI el papel de dichas estructuras en el desempeño económico pasa a ser el principal objeto de análisis, apoyándose a la par en conceptos como derechos de propiedad y costos de transacción.

La NEI argumenta que los costos de transacción surgen cuando los individuos intercambian derechos de propiedad sobre activos económicos, ejerciendo así derechos exclusivos sobre aquellos. Considera que las relaciones de los agentes económicos se dan en un mercado imperfecto y que es precisamente dicha característica la que impone una variación en el análisis. Por tanto, si para llevar a cabo el intercambio entre los actores se debe asumir la existencia de costos adicionales generados por una diversidad de factores que, desde la tradición neoclásica, son pasados por alto; los costos de transacción se los puede definir como el costo del funcionamiento del sistema económico.

De otro lado, si bien derechos de propiedad y costos de transacción son nociones que atraviesan en gran medida la NEI, no existe un cuerpo terminológico unificado entre sus seguidores. No obstante, existen algunos puntos específicos en los que convergen los autores que se circunscriben a esta línea de pensamiento. En primer lugar, la noción de institución es observada y posteriormente modelizada a base de las ideas de restricciones, reglas y contratos que se evidencian en el intercambio. En segundo lugar, el análisis de las consecuencias de los costos de transacción suelen ser atribuidas de forma general a las limitaciones en cuanto a información y a la presencia de relaciones asimétricas dentro del mercado. Finalmente, en cuanto a las estrategias de exploración e investigación científica, la NEI adopta el individualismo metodológico según el que todo fenómeno social, tanto en su estructura como en su cambio, es en principio explicable solo a través del individuo y sus creencias, objetivos, propiedades, etc.²²

21. Los economistas neoclásicos imprimen un fuerte contenido analítico-matemático al estudio del individuo y sus interacciones. Para ello, dentro de sus desarrollos teóricos recurren a supuestos que permiten simplificar la realidad; de ellos se citan los más importantes: i) las preferencias de los individuos están dadas; ii) el individuo es un ser racional, por lo que busca a través del equilibrio maximizar su bienestar; y iii) los factores culturales e institucionales son contextuales, por lo que escapan al análisis.
22. Jon Elster, "Marxism, Functionalism and Game Theory", en *Theory and Society*, vol. 11, No. 4, 1982; Geoffrey Hodgson, "The return of institutional economics", en Neil Smelser y Richard

Por otro lado, entre los supuestos que se defienden desde el enfoque de la NEI se encuentran, en primer término el reconocimiento de la racionalidad limitada que orienta el comportamiento de los individuos.²³ En segundo lugar, la presencia de fallos del mercado orientan el campo de estudio de la NEI hacia la naturaleza de la organización económica y, fundamentalmente, a la consideración de la firma como su objeto de estudio.²⁴ De otro lado, en la visión de la NEI la interacción entre oferta y demanda no se genera de forma automática, sino que requiere la presencia de factores adicionales que den cuenta de dicha relación. Allí radica la necesidad de tomar en consideración los montos de aquella inversión adicional que es la que permite la dinamización de las relaciones entre agentes económicos. Dicha inversión, valorada en términos económicos y de tiempo, es lo que dentro de la NEI y en la literatura especializada se denomina como costos de transacción.

Desde otro punto de vista, la NEI plantea la no necesaria maximización de beneficios, la presencia de múltiples equilibrios y, como consecuencia de aquello, la no convergencia de los diferentes procesos de intercambio. Así, los nuevos elementos incorporados en el análisis de las instituciones dejan entrever una particular afinidad con la economía evolutiva de Commons y Veblen.²⁵ En ese plano, la perspectiva de Douglas North²⁶ constituye un buen punto de partida a fin de evidenciar la aplicabilidad que pueden tener los principios de la NEI en el marco de la discusión relacionada con el desarrollo económico de los países latinoamericanos. De hecho, en ese enfoque no solo confluye el análisis del individuo y su racionalidad limitada a partir de la idea de costos de transacción, sino que además se posibilita trasladar el constructo teórico hacia una esfera macroanalítica. En esa dimensión las instituciones cumplen un papel protagónico para evaluar y diagnosticar las dificultades presentadas en el proceso de desarrollo de las economías nacionales,²⁷ por lo que su estudio en tiempos transversales y longitudinales constituye la clave

Swedberg, edits., *The Handbook of Economic Sociology*, New York, Princeton University Press, 1994.

23. Oliver Williamson, "The New Institutional Economics: Taking stock, looking ahead", en *Journal of Economic Literature*, vol. 38, No. 3, American Economic Association, 2000, pp. 595-613. Disponible en: [<http://www.aeaweb.org/articles.php?doi=10.1257/jel.38.3>].
24. Ronald Coase, "The problem of social cost", en *Journal of Law and Economics*, vol. 3, Chicago, University of Chicago Press, 1960, pp. 31-44.
25. Geoffrey M. Hodgson, "Thorstein Veblen and Post-Darwinian", en *Cambridge Journal of Economics*, vol. 16, No. 3, 1992, pp. 285-301. Disponible en Research Papers in Economics: [<http://econpapers.repec.org/article/hayhetart/>].
26. Se toma partido por la postura de Douglas North en virtud de que esta aborda los lineamientos principales de la nueva economía institucional, tales como: derechos de propiedad, costos de transacción, racionalidad acotada e incidencia del factor histórico, tomado como *path dependence*.
27. Douglass North C. y Barry R. Weingast, "The evolution of Institutions Governing Public Choice in 17th Century England", en *Journal of Economic History*, 1989, pp. 803-832.

para comprender las diferencias existentes entre el grado de progreso económico de unos países respecto a otros.

Las instituciones: qué son y cuáles sus roles en el análisis económico

En el marco de la NEI las instituciones son vistas como las reglas de juego de una sociedad; es decir, constituyen aquellas limitaciones que idea el hombre de manera tal que le permitan interactuar con otros. Por ello, un cambio en la estructura de las reglas de juego induce a pensar en la vigencia de un proceso de evolución, o de mera transformación, de las sociedades a lo largo del tiempo.

Dado que la arena en la que se realiza el intercambio económico es el mercado, es prioritario advertir allí algunas distorsiones con base en las que el análisis debe ser conducido. En ese plano, apuntamos, entre las más importantes, las siguientes: 1. la información que se genera entre los agentes que intercambian un bien o servicio es incompleta; 2. entre quien ofrece y demanda el bien o servicio no existe igualdad en cuanto a las capacidades y recursos de los que cada uno está provisto, por lo que su relación es asimétrica; y 3. como consecuencia de lo antedicho, los costos marginales no son iguales a los ingresos marginales, por lo que la competencia es imperfecta.

Ante la inseguridad que generan escenarios como los descritos, la presencia de las instituciones en los procesos de intercambio cobra importancia. En efecto, si se considera que su papel fundamental radica en disminuir la incertidumbre y establecer una estructura estable para el juego de la interacción humana, la valfa de los arreglos institucionales parece saldada. Por ello, si de un lado las reglas que crean los individuos son el resultado de cambios observados en su conducta y que se materializan en acuerdos, contratos y normas de origen positivo o cultural, de otro lado, dichos arreglos constituyen mecanismos destinados a provocar alteraciones en los procesos de elección realizados por los agentes. En ese plano, la relativa permanencia y respeto de las instituciones protege tanto la confianza depositada en los acuerdos como la estabilidad requerida para que la elección que efectúa el individuo guarde correspondencia con los objetivos que persigue.

Dado que la NEI parte del estudio de individuos observados como agentes económicos, sociales y culturales, la perspectiva metodológica a la que recurre comprende una dimensión analítica y positiva de la ciencia. Así lo señala North cuando argumenta a favor de este tipo de abordaje para estudiar las instituciones:

Las instituciones son una creación humana. Evolucionan y son alteradas por humanos; por consiguiente, nuestra teoría debe empezar con el individuo. Al mismo tiempo, las limitaciones que esas instituciones imponen a las elecciones individuales son generalizadoras. Integrar elecciones individuales con las limitaciones que las institu-

ciones imponen a la elección es un gran paso hacia la unificación de las investigaciones en las ciencias sociales.²⁸

Por ello, el aporte de la NEI consiste en partir precisamente del supuesto contrario –mercados ineficientes– y de la consideración de que las instituciones son influyentes en el desempeño de las economías. Así, nociones como costos de transacción, limitaciones formales e informales y la dependencia de la trayectoria histórica –*path dependence*– constituyen el marco referencial de apoyo de la NEI. A su discusión y análisis está orientado el siguiente acápite.

Los costos de transacción

Es posible observar las instituciones desde dos perspectivas mutuamente dependientes, y por ello en permanente interacción. De un lado, pueden ser contempladas como conjunto de dispositivos de acuerdo y estabilidad social, vía reglas y demás artefactos positivos y culturales; y, de otro lado, es factible catalogarlas como mecanismos de reducción de incertidumbre y de aminoramiento de los costos que se derivan del intercambio de bienes y servicios entre agentes de mercado. A esta segunda connotación me referiré cuando hable de costos de transacción y a la relación que se suscita entre desarrollo económico y desempeños institucionales.

Abundando en lo expuesto, cabe mencionar que una mejor definición de los costos de transacción estaría dada por el *precio que se debe pagar durante el intercambio entre agentes interactuantes en un escenario de incertidumbre en el que el poder de negociación de cada uno de ellos es asimétrico respecto del otro*. En forma más clara y comprensiva, North explica el concepto aludido de la siguiente manera:

los costos de transacción consisten en los recursos necesarios para medir los atributos tanto legales como físicos que se están intercambiando, los costos de vigilar y hacer cumplir el acuerdo y un descuento por la incertidumbre que refleja el grado de imperfección en la medición y cumplimiento obligatorio de los términos del intercambio.²⁹

A pesar de la alusión hecha a North, es necesario destacar que existen otros autores que forman parte también de los referentes de este enfoque teórico. De ellos, Ronald Coase,³⁰ Armen Alchian³¹ y Oliver Williamson³² son algunos de los

28. Douglass North, *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*, p. 16.

29. *Ibid.*, p. 86.

30. Ronald Coase, “The Nature of the firm”, en *Económica*, New Series, vol. 4, No. 16, Londres, The London School of Economics and Political Science, 1937, pp. 386-405.

31. Armen Alchian, “Uncertainty, Evolution, and Economic Theory”, en *The Journal of Political Economy*, vol. 58, No. 3, Chicago, University of Chicago Press, 1950, p. 211.

32. Oliver Williamson, “Transaction Cost Economics and Organization Theory”.

más importantes y citados en la literatura especializada, a pesar de las divergencias que pudieran observarse en sus planteamientos. De hecho, los mencionados autores comparten como idea transversal el considerar que en un marco de racionalidad acotada³³ y de diversidad de actores interactuantes (v. gr. empresas, gobiernos, consumidores), los intercambios se hallan permeados por la distorsión propiciada tanto por la incertidumbre y las asimetrías de información como por la capacidad competitiva. Así, Ronald Coase³⁴ señala que, a diferencia del paradigma neoclásico, al existir costos de transacción positivos, las asignaciones de recursos son alteradas por las estructuras de los derechos de propiedad y no siempre desencadenan en mercados eficientes.³⁵

De lo expuesto se puede deducir el énfasis que la NEI otorga a la identificación del costo adicional que hay que sufragar por un bien o servicio durante el proceso económico de intercambio y apropiación. Por ello, costos de transacción, desarrollo económico y desempeño institucional no solo constituyen una tríada en permanente interacción dentro de este enfoque sino que también dan forma a posteriores argumentaciones teóricas suscitadas en otras áreas del conocimiento. Si a lo dicho se agrega la atención prestada a la historia y a los resultados que de allí se generan en virtud de las *cristalizaciones* resultantes de negociaciones y acuerdos políticos, económicos y sociales; una imagen relativamente completa de lo que constituye la NEI habrá sido expuesta.

La NEI y el desarrollo económico

Para el análisis del desempeño económico de las naciones, el entramado teórico de la NEI se sirve del aporte proveniente de disciplinas como la historia y la ciencia política, generando de esta forma un campo amplio de investigación y con múltiples opciones para la explicación de las asimetrías presentadas entre los diferentes países. Basados en esa mixtura los modelos mentales, entendidos como las pautas de comportamiento que orientan el desempeño de los individuos, variarán también en su concepción respecto al argumento ofrecido en la tradición neoclásica. Aquello, sumado a la idea de que las interacciones de mercado se dan bajo

33. Herbert A. Simon, "Human Nature in Politics: The Dialogue of Psychology with Political Science", en *The American Political Science Review*, vol. 79, No. 2, American Political Science Association, 1985, pp. 293-304. Disponible en: [<http://users.polisci.wisc.edu/schatzberg/ps855/Simon1985.pdf>].

34. Ronald Coase, "The problem of social cost", pp. 1-44.

35. En otras palabras, lo que quiere expresar Coase es que existe una serie de transferencias que se da en un intercambio y que implica costos que van mas allá del precio –tangible– que hay que pagar por dicho bien o servicio. En ese escenario, los costos de información en los que se incurre –recordemos que se asume información incompleta– se suscitan en el instante en que se trata de determinar el nivel de atributos individuales de cada unidad intercambiada.

supuestos de información incompleta y costos de transacción positivos, dan paso a la noción de que el desarrollo económico depende fundamentalmente del favorable ambiente institucional, formal e informal, en el que se desenvuelva la sociedad.

Así, el desarrollo económico constituye un entramado complejo y se halla imbricado con otras esferas sociales, por lo que las decisiones de los actores que intervienen en los intercambios parten de modelos subjetivos con permanentes limitaciones –formales e informales– y altos niveles de incertidumbre. Ante tal situación no es suficiente limitarse al escenario económico para explicar los costos que se generan en el intercambio. Surge entonces la necesidad de observar factores como las ideologías que permean las instituciones, los códigos de comportamiento ciudadano, las características del sistema político, entre otros, para dar cuenta de las asimetrías halladas entre economías que, aunque cercanas geográficamente, podrían presentar disparidades de considerables proporciones.

Para analizar el desempeño de una economía no es suficiente estudiar la arena económica. Dado que parte de las garantías de un intercambio eficiente –el cuerpo de normas formales y los derechos de propiedad– se materializan en el campo de la política su observación se torna ineludible. Tal interacción entre economía y política, dejada de lado por la macroeconomía moderna, resulta crucial si se considera que las decisiones económicas atraviesan previamente un proceso de negociación y acuerdo entre fuerzas políticas. Esto implica que la observación de los resultados económicos de un país constituya en buena medida el reflejo de las cristalizaciones previas asumidas entre actores políticos. En esa área la NEI se encuentra trabajando y algunos modelos que vinculan el proceso político con el económico se hallan ya expuestos dentro de la literatura especializada.³⁶

A nivel de América Latina los trabajos enfocados en la perspectiva de la NEI han empezado a emerger. Por ejemplo, se resalta el papel de las instituciones y de los niveles de estabilidad política como algunos de los factores que inciden en el desempeño y valoración de las economías de la región. En uno de sus argumentos afirman que en la NEI la preocupación de sus análisis no está en indagar el porqué y cómo debería ser el comportamiento de los individuos –tal cual lo postularía la visión neoclásica–, sino en establecer los cursos de acción más adecuados a través de la adopción de ciertos arreglos institucionales y de política pública destinados a alcanzar mejores resultados.³⁷

36. Entre los trabajos que enfatizan la relación política-economía se encuentran los de Barry Weingast y William Marshall (1988), Oliver Williamson (2000), Douglas North y Barry Weingast (2000), Brian Levy y Pablo Spiller (1994); entre otros.

37. Pablo Tomas Spiller y Mariano Tommasi, *Los determinantes institucionales del desarrollo argentino: una aproximación desde la nueva economía institucional*, Buenos Aires, CEDI, 2000. Disponible en: [http://webudesa.udes.edu.ar/departamentos/economia/mariano_tommasi/cedi/dts/dt33.PDF].

También dentro del enfoque de la NEI es posible observar algunos trabajos en los que se intenta dilucidar los factores característicos de la estructura institucional de América Latina para de allí derivar conclusiones relacionadas con las dinámicas asumidas dentro de la actividad económica. Brian Levy y Pablo Spiller; Lee Alston, Gary Libecap y Bernardo Mueller; Pablo Spiller y Mariano Tommasi, entre otros,³⁸ son considerados como pioneros en este campo. De otro lado, si bien lo expuesto muestra la gran receptividad que de a poco va teniendo en la región el enfoque de la NEI, no es menos importante que la consistencia de los hallazgos planteados y la fuerte contrastación empírica de las teorías propuestas garantizan *a posteriori* la fertilidad de este campo de investigación y análisis científico.

Finalmente, las lecciones que provee el cuerpo teórico aludido para la realidad latinoamericana son esclarecedoras. Una de ellas indica que se debe guardar mesura en relación a la creación y modificación de las reglas formales. Como se ha observado, la mera variación en la arquitectura legal sin una contrapartida en la conducta cotidiana de la ciudadanía –las reglas informales– es poco lo que aporta al cambio y el redireccionamiento del desarrollo económico de las naciones. Por el contrario, los efectos pueden ser contraproducentes: aumento de desconfianza, debilitamiento de la institucionalidad y mayores costos de transacción en la economía y la política. En el numeral siguiente se plantea un caso empírico que da cuenta de lo dicho.

APERTURANDO UN NEGOCIO EN AMÉRICA LATINA: EL CASO ECUATORIANO

El entorno regulador empresarial en el marco de los costos de transacción que genera puede ser un componente influyente en la capacidad de las empresas para enfrentarse al mercado de determinada economía y desarrollar aptitudes para aprovechar las oportunidades. Así, en el último informe del Doing Business 2010 se señala que las economías donde la regulación empresarial es transparente y eficiente, la reorientación de las empresas existentes y la apertura de nuevas es más sencilla. Esto constituye una forma no solo de atraer nuevos capitales, sino de mejorar las ventajas competitivas del país a través de la mejora de los costos y productividad de las empresas.

38. Lee Alston, Gary Libecap y Bernardo Mueller, *Titles, Conflict and Land Use: the Development of Property Rights and Land Reform on the Brazilian Amazon Frontier*, Michigan, University of Michigan Press, 1998; Brian Levy y Pablo Spiller, “The Institutional Foundations of Regulatory Commitment: A Comparative Analysis of Telecommunications Regulation”, en *The Journal of Law, Economics and Organization*, vol. 10, No. 2, Oxford University Press, 1994, pp. 201-246; Pablo Tomas Spiller y Mariano Tommasi, *Los determinantes institucionales del desarrollo argentino: una aproximación desde la nueva economía institucional*.

En la actualidad, para brindar mayores facilidades a los mercados de las economías en desarrollo, los cambios se han situado en la reducción de los procedimientos administrativos y en la simplificación de las formalidades burocráticas. Durante los pasados seis años, el 80% de las reformas de las economías de ingresos bajos y medibajos se orientaron a facilitar la apertura de empresas y del comercio internacional. En América Latina 19 de las 32 economías realizaron algún tipo de reforma en este orden, destacándose, entre ellos, Colombia, Guatemala y Perú. En el estudio realizado por Laporta y sus colaboradores,³⁹ se analizó a 85 países –entre ellos algunos de América Latina– encontrándose que los costos para asociarse y los procedimientos burocráticos para abrir un negocio son extremadamente altos especialmente en los países de más bajos ingresos. Además, se evidenció que la fuerte regulación de entrada para un negocio está asociada con la corrupción, el alto nivel de economía informal y menores espacios de democracia.

En 2012 Ecuador ocupó el puesto 138 en el ranking de 183 economías en el mundo en cuanto la facilidad para hacer negocios y el puesto 163 en cuanto la facilidad para iniciar un negocio. Para iniciar un negocio se consideraron cuatro parámetros de análisis: 1. el número de procedimientos en los que el empresario debe incurrir para la apertura; 2. el número de días que le toma el trámite; 3. el costo que tiene el trámite, expresado en el porcentaje del ingreso per cápita; y 4. el mínimo de capital requerido para iniciar un negocio, expresado como porcentaje del ingreso per cápita. En la tabla 1 se detallan los datos para el caso ecuatoriano.

**Tabla 1. COSTOS DE TRANSACCIÓN
PARA INICIAR UN NEGOCIO EN EL ECUADOR**

Iniciar un negocio en el Ecuador	2008	2009	2010
Ranking		160	163
Número de procedimientos	14	14	13
Número de días	65	65	64
Costo (% del ingreso per cápita)	29,2	38,5	37,7
Mínimo de capital requerido (% de ingreso per cápita)	14,1	12,7	10,6

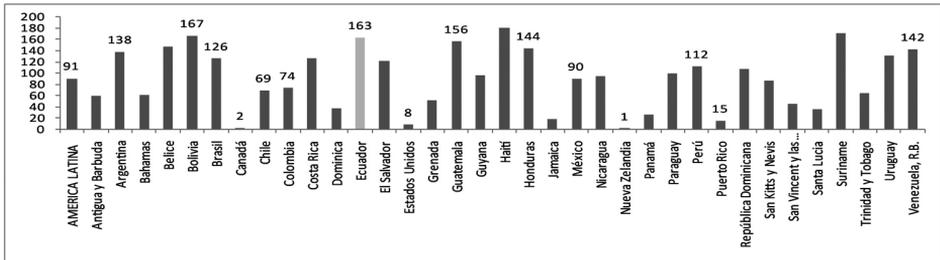
Fuente: Estadísticas de Doing Business. [<http://www.doingbusiness.org/>].

En el ranking mundial para abrir un negocio, como ya se dijo, en 2010 Ecuador ocupó el puesto 163 de 185 economías. En América Latina quienes están cerca de este nivel son: Bolivia, Guatemala y Venezuela. De otro lado, países vecinos como Colombia, Perú y Chile se encuentran mejor ubicados en el ranking, señalando una mejor atracción para el capital y, sobre todo, para el desarrollo de la

39. Simeon Djankov, Rafael Laporta, Florencio López de Silanes y Andre Shleifer, “The Regulation of Entry”, en *The Quarterly Journal of Economics*, vol. CXVII, No. 1, 2002. Disponible en: [<http://www.doingbusiness.org/>].

economía nacional. Al respecto el gráfico 1 compara diferentes economías en el tema planteado.

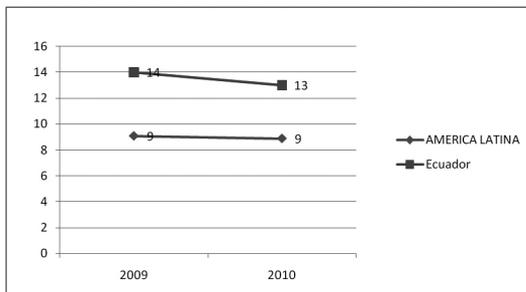
Gráfico 1. ECUADOR FRENTE AMÉRICA LATINA Y EL MUNDO



Fuente: Estadísticas de Doing Business. [<http://www.doingbusiness.org/>].
Elaboración propia.

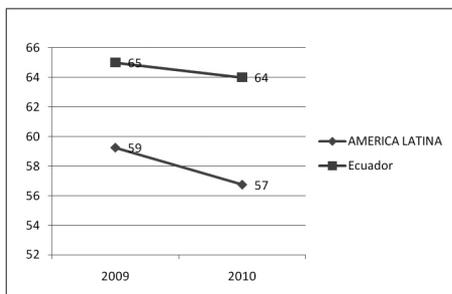
Lamentablemente, en todos y cada uno de los parámetros antes mencionados, Ecuador constituye uno países de la región con mayores problemas para agilizar el emprendimiento de un negocio. Los gráficos 2, 3, 4 y 5 dan cuenta de dicha afirmación. Luego de lo dicho, y sobre la base del marco teórico de los costos de transacción, a continuación se detalla un ejercicio empírico en el cual, junto a los parámetros para abrir un negocio –excluyendo el parámetro de capital mínimo requerido debido a que no se encontró dicho dato para todos los países–, se realiza un análisis de correlación con tres variables adicionales como son: 1. el número de pagos de impuestos que se debe realizar; 2. la tasa total de impuestos, medida como porcentaje total sobre la ganancia; y el costo de contratación de personal, medido como el porcentaje sobre el ingreso per cápita. Un producto adicional del análisis descrito es la visualización del nivel de correlación entre las dificultades para iniciar un negocio.

Gráfico 2. NÚMERO DE PROCEDIMIENTOS PARA ABRIR UN NEGOCIO



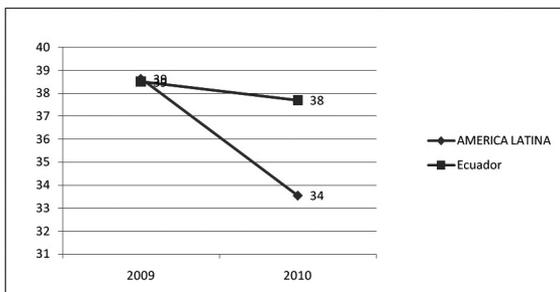
Fuente: Estadísticas de Doing Business.
Elaboración propia.

Gráfico 3. NÚMERO DE DÍAS PARA ABRIR UN NEGOCIO



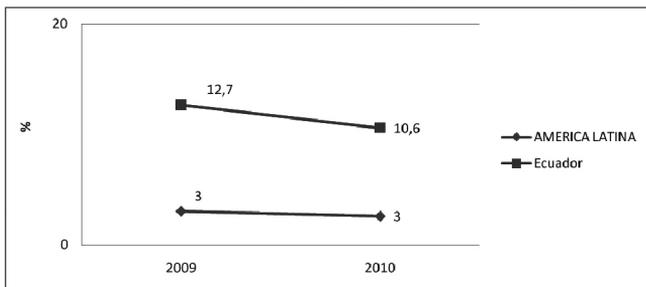
Fuente: Estadísticas de Doing Business.
Elaboración propia.

**Gráfico 4. COSTOS PARA ABRIR UN NEGOCIO
(% ingreso per cápita)**



Fuente: Estadísticas de Doing Business.
Elaboración propia.

**Gráfico 5. CAPITAL MÍNIMO REQUERIDO
(% del ingreso per cápita)**



Fuente: Estadísticas de Doing Business.
Elaboración propia.

Diseño metodológico

Como unidad de análisis se tomaron 22 países de América.⁴⁰ El período de análisis es el año 2008, aunque con aproximaciones para algunas variables. Para establecer relaciones entre las unidades –países– y las variables se realiza el análisis de datos a partir del método factorial de componentes principales. Los progra-

Tabla 2. DESCRIPCIÓN DE OBSERVACIONES Y VARIABLES

Países	Países abrev.	No. de procedimientos A.N	Tiempo en días A.N	Costo (% del ingreso per cápita)	Costos por contratar (% de salario)	Pagos (número de pagos anual)	Tasa total de impuestos (% de ganancia)
Puerto Rico	PR	7	7	1,0	7,7	17	40,9
México	ME	9	58	15,6	23,9	49	37,6
Chile	CH	9	27	10,3	3,4	10	26,3
Costa Rica	CR	11	77	23,8	26,0	41	83,0
Panamá	PA	7	19	24,8	19,2	59	52,2
Venezuela	VE	16	141	27,8	15,7	68	52,5
Uruguay	UR	11	45	43,9	6,2	41	27,6
Argentina	AR	15	32	13,4	23,0	34	116,8
Brasil	BR	17	152	10,1	37,3	23	71,7
Jamaica	JA	6	8	11,8	11,5	72	52,3
Perú	PE	10	102	38,0	9,8	53	40,9
El Salvador	ES	12	40	118,0	8,9	66	27,4
Ecuador	EC	14	69	38,1	12,2	8	34,9
Guatemala	GU	15	39	58,4	12,7	50	40,9
República Dominicana	RP	10	75	30,8	13,8	87	67,5
Colombia	CO	12	43	25,3	27,6	68	82,8
Paraguay	PA	17	74	147,8	16,5	33	52,4
Honduras	HO	13	62	65,6	9,5	48	51,4
Guyana	GUY	8	46	101,4	7,8	45	44,2
Bolivia	BO	15	50	154,8	13,7	41	80,3
Nicaragua	NI	6	39	143,8	17,0	64	66,4
Haití	HA	12	203	153,1	11,0	53	36,7

Fuente: CEPAL y Doing Business.

Elaboración propia.

40. Se toman 22 países de los 32 para América Latina, dada la información disponible para el año de análisis.

mas utilizados para ello son Excel, Matlab y SPSS (Statistics Program for Social Science). Las fuentes de información estadísticas son los Anuarios proporcionados por la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) y las publicaciones del *Doing Business* del Banco Mundial (2005, 2008, 2010). Expresando matricialmente nuestro espacio, se puede decir que la matriz X aquí utilizada para el estudio es de 22 por 6 es decir, se cuentan con 22 elementos en un espacio de 6 dimensiones, tal cual lo relata la tabla 2.

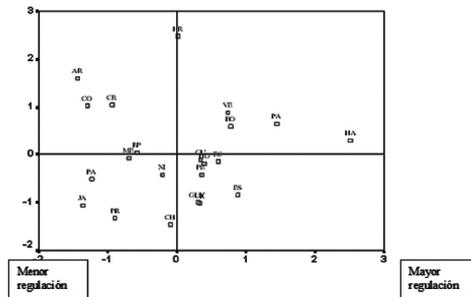
El análisis factorial de componentes principales (ACP) es valioso para este tipo de estudios, pues permite identificar cuán correlacionadas se encuentran las variables seleccionadas. Además permite asociarlas como factor. A diferencia del Análisis General (AG), el ACP traslada el origen marcado por la matriz inicial X, aunque para ello se requiere transformar los datos en una matriz X. La idea general que enmarca el ACP es que a través de dicha transformación se pueda observar en mayor detalle las variables y observaciones en términos estadísticos. Utilizando el programa SPSS se calculó en una primera etapa la matriz de correlación con su respectiva prueba de hipótesis, los valores y vectores propios; y, finalmente, la matriz de componentes en dos factores. En una segunda etapa, se incorporaron una variable suplementaria (cualitativa) y dos individuos suplementarios, para finalmente expresar la matriz de componentes completa, incluyendo la variable e individuos suplementarios. Esto se realizó con el fin de dar mayor contundencia al análisis. Para nuestro ejercicio se consideró como variable suplementaria el nivel de ingresos y como individuos suplementarios los países con menores costos para iniciar un negocio.

Análisis de resultados

Analizando el gráfico 6, en el que se evidencia las correlaciones entre los países, se puede notar que América Latina constituye un grupo relativamente homogéneo. Así lo señalan la media y la desviación estándar de cada variable pues, de un lado, la mayoría de estos países se encuentran alrededor de la media; y, por otro, la dispersión de los datos no es tan alta. A pesar que a nivel mundial América Latina es catalogada como una región en la que iniciar un negocio resulta altamente costoso y regulado, al interior de la región se encuentran diferencias. Así lo muestran los dos grupos formados en los dos cuadrantes del lado derecho e izquierdo del gráfico. En este último se hallarían los países con mayores regulaciones y es en el que se encuentra Ecuador.

Por otra parte, la matriz descrita en la tabla 3 evidencia una alta correlación entre todas las variables; sin embargo, a continuación se hace un análisis puntual respecto a aquellas que poseen coeficientes más significativos. Así, al 99% de significancia están: 1. el número de días requeridos para abrir un negocio o firma y el número de procedimientos requeridos (0,47); 2. la tasa total de impuestos, vista

Gráfico 6. CORRELACIONES ENTRE LOS PAÍSES



Fuente: CEPAL y Doing Business.
Elaboración propia.

Tabla 3. MATRIZ DE CORRELACIONES

		Número de procedimientos para A.N.	Número de días para A.N.	Costo (% del ingreso per cápita)	Costos por contratar (% de salario)	Pagos (número de pagos anual)	Tasa total de impuestos (% de ganancia)
Correlation	Número de procedimientos para A.N.	1,000	,479	,168	,330	-,240	,265
	Número de días para A.N.	,479	1,000	,223	,260	,047	-,028
	Costo (% del ingreso per cápita)	,168	,223	1,000	-,244	,147	-,088
	Costos por contratar (% de salario)	,330	,260	-,244	1,000	,048	,651
	Pagos (número de pagos anual)	-,240	,047	,147	,048	1,000	,133
	Tasa total de impuestos (% de ganancia)	,265	-,028	-,088	,651	,133	1,000
Sig. (1-tailed)	Número de procedimientos para A.N.		,012	,227	,067	,141	,117
	Número de días para A.N.	,012		,160	,121	,418	,450
	Costo (% del ingreso per cápita)	,227	,160		,137	,257	,348
	Costos por contratar (% de salario)	,067	,121	,137		,416	,001
	Pagos (número de pagos anual)	,141	,418	,257	,416		,278
	Tasa total de impuestos (% de ganancia)	,117	,450	,348	,001	,278	

Fuente: CEPAL y Doing Business.
Elaboración propia.

y menores costos de apertura de un negocio o firma. Es clara la correlación entre variables y la similitud entre los países latinoamericanos.

COMENTARIOS FINALES

La visión de la NEI aquí presentada incorpora las instituciones dentro del análisis del desempeño económico, procurando de esa forma un análisis más comprensivo de la realidad. Sea que se la considere como una extensión de la corriente neoclásica –aunque las tensiones planteadas pondrían en duda este hecho–, sea que se la asuma como una nueva tendencia dentro de la economía, lo cierto es que la NEI constituye un campo fructífero tanto para la comprensión y explicación de fenómenos económicos y políticos como para la observación de las interacciones suscitadas entre esas dos esferas. Para el efecto, conceptos como costos de transacción positivos, información incompleta, derechos de propiedad y racionalidad acotada son clave en el entramado teórico ofrecido.

Por otro lado, el reconocimiento de las instituciones como estructuras que se hallan en continuo cambio e interacción frente a los actores, y la consiguiente impugnación de la visión estática de los diseños institucionales propuesta por los neoclásicos, permite a la NEI ofrecer variantes dentro la investigación científica. En ese plano, una visión más realista de los fenómenos económicos y una variación en cuanto al papel que ocupan determinados factores dentro del análisis constituyen los rasgos sobresalientes del enfoque aquí expuesto. Así, racionalidad acotada, supuestos más apegados a lo cotidiano del mercado y de la vida política e instituciones entendidas en sentido amplio y valoradas como generadoras de equilibrios dinámicos, dan cuenta de la propuesta teórica ligeramente esbozada.

Ecuador no es ajeno al escenario latinoamericano de altos costos de transacción para que los empresarios y emprendedores puedan iniciar un negocio en el mercado formal. A pesar de ello resulta preocupante la similitud que presenta con países como Venezuela y Bolivia y la distancia que ha tomado con los países limítrofes y socios comerciales como son Colombia y Perú, dónde se ha avanzado fuertemente al proceso de reformas y consolidación de las instituciones.

Hasta tanto no se consoliden las instituciones y se mejoren los procesos para reducir los costos de transacción, en países como el Ecuador prevalecerán las barreras para generar nuevos emprendimientos y sobre todo la atracción de inversionistas nacionales y extranjeros. La estabilidad económica es un componente importante pero más aún es la claridad y estabilidad del marco jurídico que determina las reglas de juego para acceder el mercado formal.

En este escenario tanto teórico como empírico, el enfoque neoinstitucionalista abre espacios de investigación interdisciplinarios en la esfera académica y en la de organismos multilaterales e incita al diseño de políticas públicas que se hallen más cercanas con las particularidades de cada región e inclusive de cada país.

Sin embargo, no es momento aún de hablar de una consolidación de la NEI. Para ello se requiere avanzar en el desarrollo de una teoría de las instituciones provista de una elaboración cuidadosa de los conceptos básicos en la que se desarrollen los principios a los que alude y que considere su argumentación en las experiencias históricas contemporáneas⁴¹ En todo caso, pese a las diferencias existentes al interior de la tendencia, lo que articula a sus seguidores y constituye el punto de engarce entre ellos es la consideración de que el estudio de los procesos e interacciones humanas encuentra en las instituciones un elemento clave y decisivo.⁴²

De otro lado, sin que esto implique aislar la multiplicidad de factores intervinientes para un desarrollo sostenible y sustentable, resulta necesario volcar esfuerzos en torno a la observación y el análisis de *las instituciones*. Para tal efecto, el punto de partida constituye la generación de espacios de investigación científica a través de los que, con una fuerte exploración empírica, se logre llegar a diagnósticos y propuestas sólidas y viables que permitan encontrar una salida a la encrucijada en la que la región se halla inmersa.

El camino está aún por trazarse y en ese sendero el primer paso constituye la canalización de información de primera fuente que dé lugar, posteriormente, a formular y proponer opciones de cambio y mejora en el nivel de vida de la población. En ese sentido, la estrategia debe partir por la elaboración de estudios descriptivos y analíticos que nos permitan conocer la realidad en la que estamos trabajando para de allí, recurriendo al método de comparación, establecer inferencias que permitan la constitución de conocimiento científico sólido, sustentado empíricamente y que a la par constituya un aporte para el desarrollo de nuestras sociedades.

BIBLIOGRAFÍA

- Acuña, Carlos, y William Smith,
1996 “La economía política del ajuste estructural: la lógica de apoyo y oposición a las reformas neoliberales”, en *Desarrollo Económico*, vol. 36, No. 141.
- Alchian, Armen,
1950 “Uncertainty, Evolution, and Economic Theory”, en *The Journal of Political Economy*, vol. 58, No. 3, Chicago, University of Chicago Press.
- Alston, Lee, Thráinn Eggertsson y Douglas North,
1996 *Empirical Studies in Institutional Change*, Cambridge, Cambridge University Press.

41. Ha-Joon Chang, “La relación entre las instituciones y el desarrollo económico. Problemas teóricos claves”, en *Revista de Economía Institucional*, vol. 8, No. 14, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006.

42. Malcolm Rutherford, “Institutional Economics: Then and Now”, en *Journal of Economic Perspectives*, vol. 15, No. 3, Minnesota, American Economic Association, 2001.

- Axelrod, Robert,
1986 "An Evolutionary Approach to Norms", en *American Political Science Review*, vol. 30, American Political Science Association.
- Bates, Robert,
1987 *Essays on The Political Economy of Rural Africa*, Berkeley, University of California Press.
1990 "Macropolitical economy in the field of development", en James E. Alt y Kenneth Shepsle, eds., *Perspectives on Positive Political Economy*, New York, Cambridge University Press.
- Caballero, Gonzalo,
2004 "Instituciones e historia económica: enfoques y teorías institucionales", en *Revista de Economía Institucional*, vol. 6, No. 10, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- Coase, Ronald,
1937 "The Nature of the firm", en *Económica*, New Series, vol. 4, No. 16, Londres, The London School of Economics and Political Science.
1960 "The problem of social cost", en *Journal of Law and Economics*, vol. 3, Chicago, University of Chicago Press.
- Chang, Ha-Joon,
2006 "La relación entre las instituciones y el desarrollo económico. Problemas teóricos claves", en *Revista de Economía Institucional*, vol. 8, No. 14, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- Colson, Elizabeth,
1974 *Tradition and Contract: The Problem of Order*, Chicago, Adeline.
- Commons, John R.,
1931 "Institutional Economics", en *American Economic Review*, vol. 21. Disponible en (Research Papers in Economics): [<http://econpapers.repec.org/article/hayhetart/>].
- De Soto, Hernando,
1989 *The Other Path*, New York, Harper and Row.
- Eggerstsson, Thráinn,
1995 *El comportamiento económico y las instituciones*, Madrid, Alianza.
- Elster, Jon,
1982 "Marxism, Functionalism and Game Theory", en *Theory and Society*, vol. 11, No. 4.
- Fondo Monetario Internacional,
2003 "Finanzas & desarrollo", en *Revista trimestral del FMI*, vol. 40, No. 2. Disponible en: [<http://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/spa/2003/06/index.htm>].
- Furubotn, Eirik G., y Pejovich Svetozar,
1972 "Property rights and economic theory: a survey of recent literature", en *Journal of Economic Literature*, vol. 10, No. 4, American Economic Association.
- Gerchunoff, Pablo, y Juan Carlos Torre,
1996 "La política de liberalización económica en la administración de Menem", en *Desarrollo Económico*, vol. 36, No. 143, Buenos Aires.
- Harris, John, Janet Hunter y Colin Lewis M., eds.,
1995 *The New Institutional Economics and Third World Development*, Londres, GB Routledge.

- Hodgson, Geoffrey M.,
1992 “Thorstein Veblen and Post-Darwinian”, en *Cambridge Journal of Economics*, vol. 16, No. 3. Disponible en (Research Papers in Economics): [<http://econpapers.repec.org/article/hayhetart/>].
- 1994 “The return of institutional economics”, en Neil Smelser y Richard Swedberg, eds., *The Handbook of Economic Sociology*, New York, Princeton University Press.
- Levy, Brian, y Pablo Spiller,
1993-1994 “Regulation, Institutions, and Commitment in Telecommunications: A Comparative Analysis of Five Country Studies”, en *Proceedings of the World Bank Annual Conference on Development Economics*, Washington.
- Matthews, R.,
1986 “The Economics of Institutions and the Sources of Growth”, en *Economic Journal*, vol. 96, No. 384, Royal Economic Society.
- Merton, Robert K., Patricia West y Marie Jahoda,
1951 *Patterns of Social Life: Explorations in the Sociology of Housing*, vol. 2, New York, Columbia University Bureau of Applied Social Research.
- Mitchell, Wesley,
1937 *The Backward Art of Spending Money: and Other Essays*, New York, McGraw-Hill.
- North, Douglass C.,
1984 “Structure and Change”, en *Economic History*, Nueva York, Norton.
1987 “Institutions, Transaction Costs and Economic Growth”, en *Economic Inquiry*, vol. 25, No. 3, Oxford University Press.
1992 *The New Institutional Economics and Development*, San Luis, Washington University. Disponible en: [<http://www.econ.iastate.edu/tesfatsi/NewInstE.North.pdf>].
1993 “Economic Performance Through Time”, en *The American Economic Review*, vol. 84, No. 3, American Economic Association.
1995 *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*, México, Fondo de Cultura Económica.
1995 “Some Fundamental Puzzles In Economic History/Development”, en *Economic History*, San Luis, Washington. Disponible en: [<http://ideas.repec.org/e/pno11.html>].
- North, Douglass C., y Barry R. Weingast,
1989 “The evolution of Institutions Governing Public Choice in 17th Century England”, en *Journal of Economic History*.
2000 “Introduction: Institutional Analysis and Economic History”, en *The Journal of Economic History*, vol. 69, No. 2.
- Peters, B. Guy,
2003 *El nuevo institucionalismo. Teoría institucional en ciencia política*, Barcelona, Gedisa.
- Posner, Richard A.,
1980 “A Theory of Primitive Society, with Special Referente to Law”, en *Journal of Law and Economics*, vol. 23, Chicago, Universidad de Chicago.
1998 *El análisis económico del Derecho*, México, Fondo de Cultura Económica.
- Rutherford, Malcolm,
2001 “Institutional Economics: Then and Now”, en *Journal of Economic Perspectives*, vol. 15, No. 3, Minnesota, American Economic Association.

- Saiegh, Sebastián, y Mariano Tommasi,
1998 *La nueva economía política: racionalidad e instituciones*, Buenos Aires, Ed. Universitaria de Buenos Aires.
- Shleifer, Andrei, y Robert W. Vishny,
1993 "Corruption", en *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 108, No. 3, Harvard College / Massachusetts Institute of Technology.
- Simon, Herbert A.,
1985 "Human Nature in Politics: The Dialogue of Psychology with Political Science", en *The American Political Science Review*, vol. 79, No. 2, American Political Science Association.
- Solow, Robert M.,
1956 "A Contribution to the Theory of Economic Growth", en *Quarterly Journal of Economics*, vol. 70, No. 1, MIT Press.
- Spiller, Pablo Tomas, y Mariano Tommasi,
2000 *Los determinantes institucionales del desarrollo argentino: una aproximación desde la nueva economía institucional*, Buenos Aires, CEDI. Disponible en: [http://webudesa.udea.edu.ar/departamentos/economia/mariano_tommasi/cedi/dts/dt33.PDF].
- Stigler, George J.,
1961 "The economics of information", en *Journal of Political Economics*, vol. 69, No. 3, Chicago, Universidad de Chicago.
1983 "Nobel lecture: The process and progress of economics", en *Journal of Political Economics*, vol. 91, No. 4, Chicago, University of Chicago Press.
- Tommasi, Mariano, y Andrés Velasco,
1996 "Where are We in the Political Economy of Reform?", en *Journal of Policy Reform*, vol. 1, No. 11, Universidad de San Andrés.
- Torre, Juan Carlos,
1997 *Las dimensiones políticas e institucionales de las reformas estructurales en América Latina*, Buenos Aires, mimeo.
- Veblen, Thorstein,
1898 "Why is Economics Not an Evolutionary Science", en *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 12, No. 4. Disponible en (Research Papers in Economics): [<http://econpapers.repec.org/article/hayhetart/>].
- Williamson, Oliver,
1994 "Transaction Cost Economics and Organization Theory", en Neil J. Smelser y Richard Swedberg, eds., *The Handbook of Economic Sociology*, Princeton University Press.
2000 "The New Institutional Economics: Taking stock, looking ahead", en *Journal of Economic Literature*, vol. 38, No. 3, American Economic Association. Disponible en: [<http://www.aeaweb.org/articles.php?doi=10.1257/jel.38.3>].
- Winter, Sidney G.,
1986 "Comments", en Robin M. Hogarth y Melvin W. Reder, eds., *The Foundations of Economic Theory, Journal of Business* (suplemento), vol. 59, Chicago, University of Chicago Press.
- Zylbersztajn, Decio, y Carolina T. Graça,
2003 "Costos de formalización de las empresas: medición de los costos de transacción en Brasil", en *Revista de Economía Institucional*, vol. 5, No. 9, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES DE LA LEY ORGÁNICA DE REGULACIÓN Y CONTROL DEL PODER DE MERCADO¹

María Elena Jara Vásquez²

INTRODUCCIÓN

Con la expedición de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado³ (en adelante LORCPM) y su reglamento,⁴ el país enfrenta una serie de oportunidades y desafíos: los agentes económicos cuentan con instrumentos idóneos para su defensa frente a conductas abusivas y restrictivas de la competencia, pero deben esforzarse en asimilar normas que inciden en su conducta y que proscriben prácticas que se consideraban normales en el mercado nacional. El Estado se enfrenta al reto de mapear los mercados nacionales, así como de generar una institucionalidad que sea percibida como una estructura técnica y no como un brazo más del poder político con incidencia en la vida empresarial. Por su parte, la academia debe esforzarse por difundir y colaborar con el perfeccionamiento de la naciente normativa, con el análisis crítico de los casos, y establecer los vínculos con el resto del ordenamiento jurídico.

En este escenario, sin duda complejo, es conveniente reflexionar sobre el contexto constitucional en el que esta normativa ha emergido y debe desenvolverse. La intervención estatal en el mercado a través de normativa antimonopolio y contra la competencia desleal tiene siempre un carácter instrumental, que sirve a los fines establecidos por la política económica. El propósito de este artículo es interpretar el sentido de la normativa de regulación y control del poder de mercado dentro del escenario delineado por la Constitución y el Plan Nacional de Desarrollo. Para el efecto, partimos de una rápida revisión del contexto ecuatoriano y de los antecedentes normativos sobre competencia, para luego analizar las características de

1. El presente trabajo ha sido realizado con el apoyo del Fondo de Investigaciones de la Universidad Andina Simón Bolívar.
2. Docente de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.
3. Ley s/n, R.O. 55-S, 13-X-2011.
4. Decreto Ejecutivo 1152, R.O. 697, 7-V-2012; reforma Decreto Ejecutivo 1332, R.O. 823-S, 5-XI-2012.

la actual Constitución económica ecuatoriana y el papel que en este contexto, se otorga a la regulación y control del poder de mercado.

REFERENCIA A LA REALIDAD DEL MERCADO ECUATORIANO

Como otros muchos mercados de países latinoamericanos, el ecuatoriano está caracterizado por su tamaño reducido y por su carácter oligopolístico. La población nacional alcanza aproximadamente quince millones y medio de habitantes,⁵ y un gran número de personas vive en situación de pobreza⁶ y tiene escasa capacidad de consumo. Razones de índole histórico, cultural y social,⁷ en conjunción con la reducida dimensión del mercado nacional, han favorecido una alta concentración en varios sectores de la economía ecuatoriana. En ciertos casos esta concentración está vinculada con la aplicación sistemática de prácticas anticompetitivas,⁸ y la obtención de altas ganancias no se debe a la mejor calidad del bien o servicio, ni a la mayor eficiencia en los procesos de producción, sino a la ausencia de competidores a los cuales se ha impedido ingresar al mercado (sin desconocer que en otros casos la concentración es necesaria a fin de lograr economías de escala, generándose la necesidad de controlar conductas abusivas).

En varios estudios se ha subrayado que la falta de competencia genera importantes pérdidas si se toma en cuenta la influencia negativa sobre el nivel productivo de las empresas, pues la ausencia de presión por competir produce muchas fallencias organizacionales y demasiada tolerancia de costos evitables. En el Ecuador, las prácticas anticompetitivas provienen tanto del sector privado como del público.⁹

5. Ver: [<http://www.ecuadorencifras.com/cifras-inec/main.html>].
6. Ver: [http://www.inec.gob.ec/estadisticas/index.php?option=com_remository&Itemid=&func=stardown&id=1619&lang=es&TB_iframe=true&height=250&width=800].
7. Ver Ratnakar Adhikari, "Prerequisite for development-oriented competition policy implementation: a case study of Nepal", en *Competition, Competitiveness and Development: Lessons from the Developing Countries*, New York / Geneva, United Nations, Conference on Trade and Development, 2004, p. 62. Disponible en: [http://unctad.org/en/docs/ditccp20041_en.pdf].
8. Los siguientes datos, presentados por la Subsecretaría de Competencia (cuyas funciones han sido actualmente asumidas por la Superintendencia de Regulación y Control del Poder de Mercado), ilustran este punto: esta entidad determinó que el 81,3% de las actividades económicas se encontraban altamente concentradas. Después de relacionar el índice Herfindahl Hirschman de las principales actividades y el rendimiento en ventas de los participantes más representativos, se concluyó que a medida que una actividad está más concentrada, mayor es su rendimiento de ventas. En aquellas actividades industriales en las que existe mayor concentración los precios se han incrementado sustancialmente. Datos presentados por la Subsecretaría de Competencia, durante la mesa sobre competencia de la IV Conferencia Internacional de Derecho Económico, organizada por la Universidad Andina Simón Bolívar.
9. Para revisar una investigación por sectores sobre posibles prácticas anticompetitivas ver Abraham

Este último restringe la competencia de muchas formas, por ejemplo, a través de la limitación de importaciones, o de la supresión de licitaciones para contratos públicos, lo cual es relevante en atención al volumen de adquisición de bienes y servicios por parte del Estado.¹⁰ En otros casos, el Estado ha influido positivamente en la materia de competencia (al menos temporalmente), por ejemplo, al introducir competidores públicos, como aconteció en el ámbito de la telefonía celular.¹¹

El hecho es que en el Ecuador la competencia ha sido muy limitada, a pesar del importante rol que esta desempeña dentro de un sistema económico. Las siguientes son las funciones de la competencia sobre las que existe mayor grado de consenso:¹²

- Posibilitar que la oferta sea determinada por la demanda (soberanía del consumidor);
- Asignar los factores de producción según oportunidades más productivas de aprovechamiento (minimización de costos totales de la producción en la economía nacional, eficiencia);
- Impedir que la explotación mono u oligopolística genere ingresos no justificados en rendimientos reales (generación de equidad según rendimientos, distribución de ingresos); e
- Incentivar innovaciones en el proceso productivo (función dinámica: generación de competitividad).

Como contracara de la misma moneda, deben considerarse varios perjuicios que la literatura especializada identifica como derivados de la ausencia de prácticas competitivas, los cuales tienen una especial repercusión en países en vías de desarrollo:

- Exclusión de pequeños productores, que tienen más dificultad de defenderse de prácticas contrarias a la competencia;

Hollander, "Competencia en Ecuador", s. a., s. p., estudio proporcionado a la autora por la Tribuna de Defensa del Consumidor.

10. El uso indiscriminado de decretos de emergencia como mecanismo para obviar procesos de contratación pública fue un mecanismo muy utilizado en los últimos años. Según el diario *El Comercio*, solo en el área petrolera se estima que de 57 contratos suscritos por Petroproducción entre enero de 2008 y abril de 2009, por un total de USD 731,9 millones, 20 se adjudicaron bajo la modalidad de contratación directa y por emergencia y constituyen los contratos de mayor cuantía dentro de la filial. Ver artículo "487,4 millones se entregaron a través de contratos directos", de 30 de julio de 2009.
11. La introducción de Alegro en el mercado celular ecuatoriano, en que únicamente participaban Conecel (Porta) y Otecel (Movistar), permitió mejorar las condiciones para el consumidor. Analistas de telecomunicaciones coinciden en subrayar como beneficios para el consumidor la reducción de costos de llamadas y mensajes y la posibilidad de intercambiar mensajes escritos entre operadoras. Sin embargo, la participación de Alegro –absorbida por CNT– en el mercado nacional ha disminuido considerablemente en los últimos años.
12. Esquematación tomada de Peter Oesterdiekhoff, "Política de la competencia", en *Economía social de mercado y su dimensión social*, Caracas, Nueva Sociedad, 1998, p. 16.

- Ausencia de motivación para que los productores locales mejoren sus niveles de eficiencia; y
- Disminución de la posibilidad de captar inversión extranjera seria¹³ y de controlar los efectos de esta. Mientras algunos inversionistas extranjeros pueden sentirse en libertad de realizar prácticas contrarias a la competencia, de las que se abstendrían en sus países de origen, en el país receptor de la inversión que no cuenta con una ley sobre la materia otros inversionistas extranjeros, que buscan una relación de largo plazo con el país receptor, pueden desmotivarse ante la ausencia de herramientas legales para defenderse frente a prácticas anticompetitivas.

ANTECEDENTES JURÍDICOS RELEVANTES

Los intentos fallidos de expedición de una ley sobre competencia

En las dos últimas décadas, en medio del auge de las tesis de apertura y liberalización de mercados, varios países en proceso de desarrollo optaron por adoptar, en unos casos, y reformar en otros, legislaciones pro competencia, como una herramienta para corregir distorsiones en el funcionamiento de los mercados internos, facilitar su inserción en los mercados internacionales y, a la larga, mejorar sus perspectivas de crecimiento económico. El vínculo entre competencia y crecimiento ha sido frecuentemente estudiado, y existen varios estudios que concluyen que la competencia tiene una incidencia positiva en el camino hacia el crecimiento.¹⁴

En contraste con esta tendencia, el Ecuador no expidió una ley sobre la materia, sino hasta octubre de 2011, a pesar de que tanto la Constitución vigente (art. 336, inc. 2do)¹⁵ como la Constitución anterior (art. 244.3, Const. de 1998),¹⁶ e inclusive el texto constitucional antecesor (art. 60 de la Codificación de la Const.

13. Ver Lucian Cernat y Peter Holmes, "Introduction", en *Competition, Competiveness and Development: Lessons from the Developing Countries*, p. 8. "When a foreign investor has to make a choice between two or three alternative locations for a particular investment and these are of approximately equal merit, the country that has an effective competition law may be favored".
14. *Ibíd.*, p. 18. Los autores citan estudios de Dutz y Hairí (1999), que "demuestra que la competencia tiene un impacto positivo en el crecimiento, tanto de países desarrollados como de países en vías de desarrollo".
15. Art. 336, inc. 2do: "El Estado asegurará la transparencia y eficiencia en los mercados y fomentará la competencia en igualdad de condiciones y oportunidades, lo que se definirá mediante ley".
16. Art. 244.3: "Dentro del sistema de economía social de mercado al Estado le corresponderá: ... 3. Promover el desarrollo de actividades y mercados competitivos, impulsar la libre competencia y sancionar, *conforme a la ley*, las prácticas monopólicas y otras que la impidan y distorsionen".

de 1997, según reforma introducida por art. 2 de Ley No. 38),¹⁷ se han referido a la obligación del Estado de expedir una ley sobre el tema, aunque bajo diferentes vertientes ideológicas.

Durante los últimos años se presentaron una serie de proyectos de ley sobre competencia, sin que ninguno de ellos haya contado con el respaldo político necesario para convertirse en ley.¹⁸ El que más lejos llegó, en forma previa a la expedición de la vigente Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado, fue el Proyecto de Ley de protección de las libertades económicas (proyecto 22-660, presentado el 17 de abril de 2001), redominado como Proyecto de Ley de promoción y defensa de la competencia económica. Este proyecto fue aprobado en el entonces Congreso Nacional, y una vez que pasó al Ejecutivo fue totalmente vetado “por inconveniente”, sin explicaciones de fondo. En el proceso de discusión del proyecto se evidenciaron intereses sectoriales que no llegaron a conciliarse. La opinión del empresariado y de la institucionalidad pública fue dividida.¹⁹

Ante la resistencia de una parte importante sector empresarial caben diferentes lecturas. Por un lado, puede entenderse que quienes se opusieron eran beneficiarios del *statu quo* y deseaban seguir medrando de las rentas exageradas que prácticas anticompetitivas les reportaban, aunque a la larga la existencia de reglas que castiguen prácticas anticompetitivas beneficia notoriamente al mismo empresariado, pues le dota de herramientas efectivas de tutela para su actividad. Por otro lado, la debilidad de la institucionalidad ecuatoriana, acentuada durante los últimos

17. Art. 60: “Se prohíbe y serán reprimidos *por la ley*, los monopolios y cualquier forma de abuso de poder económico, inclusive las uniones o agrupaciones de empresas que tiendan a dominar los mercados nacionales, a eliminar la competencia o a aumentar arbitrariamente los lucros”.

18. Sobre la necesidad de una ley de competencia y las dificultades para su promulgación en el Ecuador, ver Francisco Marcos, “Una política de competencia para la República del Ecuador”, en *Boletín latinoamericano de competencia*, No. 21, 2006, pp. 87-97. Disponible en: [<http://ec.europa.eu/competition/publications/blc/>]. Ver Santiago Andrade Ubidia, “Hace falta una ley que promueva y proteja la competencia económica”, en revista *Iuris Dictio*, No. 4, año II, Quito, USFQ, agosto 2001. Ver también Washington Herrera: editoriales en diario *El Comercio* del 9/9/2003, 9/16/2003 y 11/10/2002. Entre algunos de los proyectos presentados encontramos los siguientes: Proyecto de Ley de Protección de las Libertades Económicas (Proyecto 20-189, 1999); Proyecto de Ley Antimonopolio y de la Libre Competencia (Proyecto 22-641, 2001); Proyecto de Ley Orgánica de Libre Competencia Económica (2009); y, Proyecto de Ley Orgánica de la Competencia, Control y Regulación de los Monopolios (2010).

19. Una compilación de las manifestaciones de apoyo y rechazo a este proyecto de ley puede ser encontrada en Vicepresidencia de la República de Ecuador, *Proyecto de Ley de Promoción y Defensa de la Competencia Económica*, noviembre de 2002. A modo de resumen, se pueden citar las siguientes entidades que se pronunciaron en favor de la aceptación del proyecto: Consejo Nacional de Modernización del Estado; Ministerio de Relaciones Exteriores; Ministerio de Industrias; Superintendencia de Compañías; Cámara de la Producción de Azuay; y Cámara de la Pequeña Industria de Pichincha. Por otra parte, impulsaron el veto del proyecto: Cámara de Comercio de Quito; Federación Nacional de Cámaras de la Pequeña Industria; Federación Nacional de Cámaras de Industrias del Ecuador; Cámara de Industrias de Guayaquil; y Superintendencia de Bancos.

años; la extendida corrupción en el país, en general y en el sector público, en particular; y la falta de transparencia en muchas actuaciones estatales constituyen un factor de recelo muy comprensible:

No sin razón, los empresarios piensan que la legislación de defensa de la competencia constituye un conjunto de reglas que confieren poderes muy relevantes a las autoridades públicas de intervenir en las actividades empresariales y que puede dar lugar a una discrecionalidad que las empresas no quieren padecer. Como es sabido, la corrupción es un mal muy extendido en las instituciones ecuatorianas y se puede entender los celos que para las empresas suscita la instauración de una nueva política pública y todo lo que lleva consigo.²⁰

La Decisión 608 de la CAN como norma de aplicación interna, el Decreto Ejecutivo 1614 y su derogatoria por la LORCPM

Dados los fracasos legislativos previos, el vacío de una ley sobre competencia fue parcialmente cubierto mediante la expedición del Decreto Ejecutivo 1614 (R.O. 558, 27-III-2009), contentivo de las Normas para la aplicación de la Decisión 608 de la CAN.²¹ La mencionada Decisión 608 (sustitutiva de la 285) estableció en lo principal las conductas restrictivas a la libre competencia y el procedimiento de investigación conducente a la imposición de sanciones. En cuanto a su ámbito de aplicación, las disposiciones de la Decisión 608 se dirigen hacia conductas practicadas en el territorio de uno o más países miembros de la CAN y cuyos efectos reales se produzcan en otro país; o a conductas practicadas en el territorio de un país no miembro de la CAN y cuyos efectos reales se produzcan en dos o más países miembros (art. 5). Sin embargo, en la Decisión 608 se estableció la posibilidad de que Bolivia aplicara la norma comunitaria en su ámbito nacional.²² Para el caso ecuatoriano, tal posibilidad fue abierta a través de la Decisión 616, en la cual se dispuso que el Ecuador adoptara lo dispuesto en la Decisión 608, en lo que resulte aplicable, para los casos que se presenten fuera del ámbito descrito en el artículo 5 de la referida Decisión 608, es decir, se le dio alcance local. Adicionalmente, en la mencionada Decisión 616 se estableció que, a más tardar el 1 de agosto de 2005, el Ecuador debía designar a la Autoridad Nacional encargada de la ejecución de la Decisión 608. Sin embargo, no fue sino hasta el año 2009, a través de la expedición del mencionado Decreto 1614, que se creó la Subsecretaría de Competencia, como una dependencia del Ministerio de Industrias y Competitividad, entre cuyas

20. Francisco Marcos, “Una política de competencia para la República del Ecuador”, p. 30.

21. Normas para la protección y promoción de la competencia en la Comunidad Andina.

22. En esta línea, el art. 49 de la Decisión 608 estableció que “Bolivia podrá aplicar lo dispuesto en la presente Decisión, en lo que resulte aplicable, para los casos que se presenten fuera del ámbito descrito en el artículo 5”.

facultades se encontraban las de promoción, difusión, investigación y sanción en materia de competencia (art. 2). En suma, el Decreto 1614 instauró una institucionalidad de protección a la competencia y un conjunto de normas procedimentales, correctivas y sancionatorias, reflejo de la Decisión 608. Su vigencia se extendió hasta la expedición de la LORCPM.

La Subsecretaría de Competencia –hoy reemplazada por la Superintendencia de Control del Poder de Mercado– difundió temas relacionados con competencia, realizó algunos estudios de mercado y conoció algunos casos sobre prácticas restrictivas de la competencia. Esta Subsecretaría dependía del Ministerio de Industrias y Competitividad, a su vez dependiente del poder Ejecutivo, lo que reflejaba cierta fragilidad institucional. Aunque su sucesora haya sido formalmente concebida como una entidad autónoma, es claro que se enfrenta al reto –de crucial importancia– de ser percibida como una entidad fundamentalmente técnica, independiente del poder político.

Durante el proceso de socialización del proyecto de LORCPM, el sector empresarial hizo énfasis en los siguientes aspectos, que, una vez aprobada la ley, todavía ameritan discutirse:²³ la amplia posibilidad de excepciones, particularmente para el sector público y para la economía popular y solidaria –aspecto al cual nos referiremos posteriormente–; la falta de definición a nivel legal de las funciones de la Junta de Regulación;²⁴ la ausencia de límites para algunas de las sanciones legalmente establecidas;²⁵ el papel del Ejecutivo en la formulación de políticas públicas y regulación sobre competencia, entre las más importantes. No es materia del presente trabajo abordar cada uno de estos aspectos, pero sí destacar la necesidad de someterlos a discusión. Si se desea que la LORCPM sienta raíces en el Ecuador, es relevante un trabajo intenso de socialización sobre los beneficios que la existencia de esta ley puede generar, dirigido tanto a sectores empresariales como al público consumidor,²⁶ y que se propicie un diálogo entre gobierno y empresarios. Paralelamente, es imprescindible que se envíen señales claras de que de la institucionalidad pública actúa conforme a Derecho. En un ambiente de inseguridad jurídica y de enfrentamiento con la empresa, la ley corre el gran riesgo de que sea percibida como un mecanismo de represión y no como un instrumento

23. Ver la presentación de la Federación Nacional de Cámaras de Industrias del Ecuador, en: [<http://www.amchamecuador.org/pdfs/noticias/84CamaraIndustriasProduccion.pdf>].

24. Las funciones de la Junta de Regulación fueron establecidas en el Reglamento General a la LORCPM.

25. Por ejemplo, el art. 79 LORCPM, se establece que cuando no es posible delimitar el volumen de negocios para aplicar sobre el porcentaje correspondiente a la seriedad de la infracción, las infracciones muy graves serán sancionadas con una multa superior a 40.000 remuneraciones básicas unificadas.

26. Ver cita de Hernando de Soto, “The Mystery of Capital”, p. 191: “The elites must support reform not out of patriotism or altruism but because it will also enlarge their pocketbooks”, hecha por Francisco Marcos, “¿Una política de competencia para la República del Ecuador?”, p. 30.

para precautelar la sanidad del sistema económico. Por lo tanto, es necesario que los diversos sectores involucrados conozcan de la materia, perciban sus ventajas, y que la autoridad proyecte una imagen fundamentalmente técnica.

ANÁLISIS DEL ENTORNO CONSTITUCIONAL²⁷

Como señalamos, una política de la competencia,²⁸ en general, y una ley sobre la materia, en particular, no constituyen fines en sí mismos, sino apenas unos medios para alcanzar los objetivos del sistema económico. Las estructuras jurídicas están condicionadas por las tendencias que se imponen en el debate económico-político, y en materia de competencia, es aún más clara esta influencia. En el caso ecuatoriano, las metas de la política económica están especificadas en el art. 284 de la Constitución vigente y conjugan la búsqueda de equidad y eficiencia en el funcionamiento de la economía. Entre todos los objetivos mencionados en la norma citada, destacamos los siguientes:

1. Asegurar una adecuada distribución del ingreso y de la riqueza nacional;
2. 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; y ...
8. Propiciar el intercambio justo y complementario de bienes y servicios en mercados transparentes y eficientes.

En las líneas siguientes, buscamos precisar las características del sistema económico constitucionalmente consagrado, como escenario dentro del cual se producirá la intervención pública en el ámbito de la regulación y control del poder de mercado.

El marco para la intervención estatal en el sistema económico que proporciona la noción de Estado Social

El sistema económico nacional funciona en el contexto de un Estado social (art. 1 Const.). En el Ecuador, los principios consagrados en la Constitución de 1929 pueden ser considerados como el origen del Estado social en el país. Sin em-

27. Algunos de los temas que se desarrollan en este acápite fueron tratados por la autora en el trabajo: "Intervención pública y mercado en la Constitución ecuatoriana de 2008", realizado con el apoyo del Fondo de Investigaciones de la Universidad Andina Simón Bolívar. En el presente trabajo se profundizan varios aspectos.

28. Entendemos por política de competencia "la totalidad de objetivos e instrumentos que buscan mantener y fomentar la estructura del mercado así como el comportamiento del mercado con cualidades de competencia", ver Peter Oesterdiekhoff, "Política de competencia", p. 15.

bargo, la referencia expresa al Estado social dentro del texto constitucional no se produjo sino hasta la Constitución de 1978, codificada en 1998.

En términos generales, el concepto de Estado social está orientado hacia la búsqueda de justicia social e implica la búsqueda de igualdad material, real, más allá de la igualdad formal propia de una concepción de tipo liberal clásico.

Esta búsqueda de igualdad material debe concretarse a nivel constitucional en la consagración de derechos económicos, sociales y culturales, a fin de proteger a los socialmente más desfavorecidos; en el establecimiento de garantías para los mismos; en el reconocimiento de límites a los derechos y libertades individuales cuando así lo impone la búsqueda del bien común;²⁹ y en la exigencia de una activa intervención estatal en el ámbito económico.

La institución del mercado a la luz del sistema económico social y solidario consagrado en la Constitución de 2008

Las normas constitucionales nacionales contentivas de los principios que orientan la actividad económica del Estado y de los individuos, y que conforman la llamada “Constitución económica”, están principalmente enunciadas en el título VI, relativo al “Régimen de Desarrollo”. En la Constitución de 2008, la categorización del sistema económico como “social y solidario” (art. 283) marca distancia con el sistema de economía social de mercado al que hacía referencia la Constitución de 1998 (art. 244). En este último, el mercado es considerado como el principal asignador de recursos, pero, a diferencia del sistema de economía de mercado, puramente liberal, se concibe una fuerte presencia estatal para corregir los desequilibrios producidos en el mercado y lograr metas sociales. El Estado está llamado a establecer y garantizar las reglas orientadoras del sistema económico, y a actuar como un agente más, pero orientado por el *principio de subsidiariedad*, cuando la actuación de agentes privados es insuficiente para satisfacer necesidades públicas.³⁰

29. En la Constitución vigente, la noción de función social como limitante al derecho de la propiedad se encuentra presente en los arts. 31, 281, 321.

30. “Resulta ser que en la lógica de la economía social de mercado, son los particulares quienes cuentan con un marco normativo que les permite desarrollar iniciativas económicas, asumiendo las responsabilidades por el desarrollo de las mismas así como el riesgo que ello representa; pero no de forma exclusiva o excluyente, ya que el Estado interviene convirtiéndose también en actor económico aunque con una característica descollante: la subsidiariedad, que implica actuar directamente para atender necesidades públicas que no pueden satisfacer la iniciativa privada o para equilibrar o dar firmeza a los procesos generales de desarrollo económico y social”. Ver Carlos Alberto Gotilla Caballero, *Constitución, Estado y economía. La intervención del Estado en la economía en la constitución de los Estados miembros de la Comunidad Andina*, La Paz, Azul, 2006, p. 47.

El cambio de orientación en el sistema económico introducido en la Constitución de 2008 puede resumirse en los siguientes aspectos:³¹

- i) *énfasis en la participación de los actores del segmento de la economía popular de la economía, como un mecanismo de democratización de la economía.* En este ámbito, la Constitución vigente, establece como deber del Estado el fortalecimiento del desarrollo de organizaciones y redes de productores y de consumidores (art. 281, numeral 10); consagra como objetivo de la política comercial el impulso del comercio justo (arts. 304 numeral 5 y 336), entendido como una forma alternativa de comercio fundada en relaciones directas y justas entre productores y consumidores, evitando intermediarios y valorando el respeto al medioambiente en el proceso productivo; reconoce la existencia de un sector financiero popular y solidario y determina que sus iniciativas, así como las de las micro, pequeñas y medianas unidades productivas, recibirán un tratamiento diferenciado y preferencial del Estado (art. 311);
- ii) *impulso al papel del Estado en diversos ámbitos de actuación económica, que a diferencia de lo que ocurría en la Constitución anterior, va más allá de una actuación de tipo subsidiario y se vuelve primordial, a través de distintos mecanismos, desde la planificación para orientar la actividad productiva de sector público y privado (art. 3, num. 5; art. 275, 2do inc., art. 280), hasta el fortalecimiento del papel empresarial del Estado (arts. 277, num. 4 y 315) y la posibilidad de intervenir directamente en transacciones privadas, cuando así lo considere necesario (art. 335, inc. primero);*
- iii) *acento en aspectos redistributivos y en la búsqueda de la equidad.* La Constitución consagra como deber primordial del Estado promover la redistribución equitativa de los recursos y la riqueza (art. 3, num. 5) y como objetivo de la política fiscal, en general, y tributaria, en particular, la redistribución de ingresos, a través de tributos y subsidios (arts. 285 y 300). Se establece redistribución de los medios de producción (art. 334), particularmente de la tierra a través de un “fondo nacional de tierra” (art. 281, num. 4; art. 282). La planificación es considerada como instrumento de promoción de la equidad (art. 275) y las redes de producción y distribución de alimentos como mecanismos para promover la equidad entre espacios urbanos y rurales (art. 281, num. 10). Adicionalmente, varias normas constitucionales consagran el acceso equitativo a servicios como seguridad social (art. 34), crédito (art. 308), agua potable y de riego, saneamiento, energía eléctrica, telecomunicaciones, vialidad, infraestructuras portuarias y aeroportuarias (art. 314), educación

31. La esquematización que sigue es adaptada de la exposición sobre características de economía social y solidaria desarrollada por la autora en el trabajo “Intervención pública y mercado en la Constitución ecuatoriana de 2008”, al que se hizo previamente referencia.

(art. 347, numeral 12; art. 355) y salud (art. 358). El art. 340 consagra la existencia de un sistema nacional de inclusión y equidad, compuesto por los ámbitos de la educación, salud, seguridad social, vivienda, gestión de riesgos, entre otros; y

- iv) *redefinición de la noción de desarrollo*, distanciándola de la de crecimiento económico e incluyendo dimensiones de carácter ecológico y cultural, lo que es evidente en la consagración del *sumak kawsay* (buen vivir) como objetivo del régimen de desarrollo (art. 275).

Desde nuestra perspectiva, bajo el esquema constitucional vigente, el mercado continúa siendo una institución fundamental, con un papel relevante e irremplazable en el sistema económico.³² La Constitución enfatiza en una relación dinámica y equilibrada entre sociedad, Estado y mercado (art. 284); promueve la formación de mercados transparentes y eficientes, e impulsa un consumo social y ambientalmente responsable (art. 284, num. 8 y 9); fija como objetivo de la política comercial el desarrollo, el fortalecimiento y la dinamización de mercados internos (art. 304); y proscribe la formación de monopolios, oligopolios y abusos de posiciones de dominio (art. 335, inc. 2do). Se busca un mercado más incluyente; un mercado más subordinado al bien común; uno que guarde mayor conexión con las necesidades de la mayoría de la sociedad y sobre el cual el Estado tenga una función más activa, como elemento necesario para preservar no solo la salud del mercado, sino la supervivencia de este y de la democracia.³³ En la actividad del mercado la legítima búsqueda de lucro continúa siendo muy relevante –aunque no definitiva–, sin desconocer que esta búsqueda de lucro naturalmente debe subordinarse a otros objetivos que el bienestar social impone.

El mercado, a través del juego de oferta y demanda, ofrece el escenario de encuentro entre productores y consumidores que permite orientar eficientemente el proceso productivo, a través del llamado “plebiscito de los precios”,³⁴ y direcciona qué bienes y servicios se producen; cómo se producen y para quién se producen. Una serie de presupuestos institucionales deben ser garantizados a fin de que el

32. “Si se plantea una opción diferente a la neoliberal hay que aceptar que no se está proponiendo un esquema que sustituya al mercado. El mercado, en tanto construcción social, no es –al menos por lo pronto– un factor del que se pueda prescindir. Además, no hay a la vista una opción realmente diferente y tampoco una perspectiva de que se pueda superar inmediatamente el sistema capitalista”. Ver en Alberto Acosta, *El Estado como solución. Algunas reflexiones desde la economía*, Quito, Instituto Latinoamericano de Investigaciones Sociales, 1998, p. 82.

33. “En otro mundo, las cosas pueden ser diferentes; pero en este necesitaremos al Estado. ... Recurrir al Estado porque es la más pública de nuestras instituciones y porque es la única que tiene el poder que necesitamos para resistir las presiones del mercado y así ampliar y vigorizar nuestra política”, ver Owen Fiss, “¿Por qué el Estado?”, en *Teoría del neoconstitucionalismo*, Madrid, Trotta / Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2007, p. 119.

34. Ver Martín Bassols Coma, *Constitución y sistema económico*, Madrid, Tecnos, 1988, 2a. ed., p. 140.

mercado pueda funcionar: libre determinación de los factores productivos, libre acceso y permanencia de los empresarios en el mercado, libre juego de la competencia y la competencia, libertad de contratación, libertad de apropiación del beneficio que una empresa genera en función del riesgo asumido, y libertad de los consumidores,³⁵ aunque las garantías no pueden ser absolutas, y encuentran sus límites en la búsqueda de satisfacción de necesidades colectivas. En este contexto, normas sobre regulación y control del poder de mercado son, finalmente, presupuestos institucionales para el eficiente funcionamiento del mismo.

La libertad de empresa

Entre los que la Constitución vigente categorizó como “derechos de libertad”, se reconoce el “derecho a desarrollar actividades económicas, en forma individual o colectiva, conforme a los principios de solidaridad, responsabilidad social y ambiental” (art. 66, num. 15). La libertad de empresa está íntimamente ligada con el principio de libertad económica; este último, a su vez, se deriva del principio de libre desarrollo de la personalidad (art. 66, num. 5)³⁶ y está en estrecha vinculación con la institución del mercado.

Desde una perspectiva subjetiva, la libertad de empresa implica que todo ciudadano tiene el derecho de exigir que los otros ciudadanos y que el Estado se abstengan de realizar actuaciones que perturben su libertad de emprender, organizar, dirigir y concluir actividades económicas. No cabe considerar la libertad de empresa como un derecho que permite a los particulares ejercer indiscriminadamente su libertad, sino como un derecho que admite una fuerte presencia estatal que restablezca condiciones de igualdad entre sujetos desiguales.³⁷ Para entender al derecho a la libertad de empresa desde esta perspectiva social es necesario destacar su dimensión institucional, e interpretarlo en forma armónica con el resto de disposiciones constitucionales.

La libertad de empresa “trasciende la concepción puramente individual en la medida en que la empresa hace alusión, además a una actividad económica organizada”.³⁸ En este sentido, la libertad de empresa se vincula con otros derechos y libertades: propiedad privada (art. 66, num. 26), derecho de asociación (art. 66, num. 13), libertad de residencia y circulación (art. 66, num. 14), derecho al trabajo

35. *Ibíd.*, p. 141.

36. Art. 66. “Se reconoce y garantizará a las personas: ... 5. El derecho al libre desarrollo de la personalidad, sin más limitaciones que los derechos de los demás”.

37. Javier Viciano Pastor, *Libre competencia e intervención pública en la economía (Acuerdos restrictivos de la competencia de origen legal)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995, p. 119.

38. Manuel Aragón Reyes, *Libertades económicas y Estado social*, Madrid, McGraw-Hill, 1995, p. 15.

(art. 66, num. 17), y, libertad general de contratación (art. 66, num. 16).³⁹ La libertad de empresa se relaciona con todo tipo de actividad económica organizada (desde el comerciante individual hasta formas asociativas con o sin personalidad jurídica), sin que el ánimo de lucro esté vinculado con la consideración o no como empresa o como empresario de quien realiza una actividad económica en el mercado.⁴⁰ Adicionalmente, la actividad empresarial, base del desarrollo, está comprometida con una función social que implica responsabilidades frente a trabajadores, consumidores y medioambiente, como se reconoce en el texto constitucional vigente.

En doctrina, la tendencia más consolidada coincide en señalar como dimensiones básicas del derecho de libertad de empresa, las siguientes:⁴¹

- a) libertad de creación de empresas y libertad de acceso al mercado, es decir, una libertad de emprendimiento. Para asegurar esta libertad se requiere promover un ambiente de competencia en el cual se castigue la generación de barreras de acceso a los mercados. Esta faceta de la libertad de empresa está limitada por la reserva a favor del Estado de áreas que se consideran estratégicas (art. 313),⁴² o la imposición de condiciones subjetivas de admisión para ciertas actividades, justificable en la medida que generen seguridad para los consumidores;
- b) la libertad de organización de la empresa: que comprende la facultad de elegir formas jurídicas, identidad, definición de estructuras internas –siempre que se respeten las normas tuitivas de trabajadores–, etc.; y,
- c) la libertad de dirección o de ejercicio: que incluye la libertad de toma de decisiones –por ejemplo, a nivel de volúmenes de producción, publicidad– siempre que no se induzca a engaño o confusión a los consumidores, precios y calidades.

La doctrina reconoce unánimemente que los derechos económicos pueden ser limitados por regulaciones estatales. Estas limitaciones están dadas por la ne-

39. *Ibíd.* El autor realiza una revisión de la conexión entre libertad de empresa y otros derechos y libertades en el marco de la Constitución española.

40. Ver Manuel Aragón Reyes, *Libertades económicas y Estado social*, p. 19.

41. Ver Gaspar Ariño Ortiz, *Principios constitucionales de la libertad de empresa. Libertad de comercio e intervencionismo administrativo*, Madrid, Marcial Pons / Instituto de Estudios del Libre Comercio, 1995, pp. 85 y ss. A estas facetas se hace mención también en el trabajo de la autora titulado “Intervención pública y mercado en la Constitución ecuatoriana de 2008”, previamente mencionado.

42. Art. 313. “El Estado se reserva el derecho de administrar, regular, controlar y gestionar los sectores estratégicos, de conformidad con los principios de sostenibilidad ambiental, precaución, prevención y eficiencia. Los sectores estratégicos, de decisión y control exclusivo del Estado, son aquellos que por su trascendencia y magnitud tienen decisiva influencia económica, social, política o ambiental, y deberán orientarse al pleno desarrollo de los derechos y al interés social. Se consideran sectores estratégicos la energía en todas sus formas, las telecomunicaciones, los recursos naturales no renovables, el transporte y la refinación de hidrocarburos, la biodiversidad y el patrimonio genético, el espectro radioeléctrico, el agua, y los demás que determine la ley”.

cesidad de mantener la propia libertad en el sistema económico. Si bien estas restricciones resultan lícitas, “hay que concluir que tales intervenciones no pueden, de ninguna manera, realizarse en forma libre o arbitraria sino estrictamente sometidas al Derecho”.⁴³

Las limitaciones admisibles a la libertad de empresa deben estar sujetas a los principios de reserva de ley (como se consagra en el art. 66, literal d) de la Constitución, según el cual “ninguna persona pueda ser obligada a hacer algo prohibido o a dejar de hacer algo no prohibido por la *ley*”); proporcionalidad y racionalidad; e igualdad. Adicionalmente, las restricciones que una ley pueda establecer a la libertad de empresa deben fundamentarse en lo que la propia norma constitucional establece como límites: solidaridad, responsabilidad social y ambiental.

Finalmente, cabe preguntarse si la posibilidad de actividad empresarial del Estado, a la que nos referiremos posteriormente con mayor detenimiento, implica que el principio de libertad de empresa también es aplicable a la empresa pública. Creemos que no. Desde sus orígenes, la libertad de empresa ha sido concebida como un derecho reconocido a los particulares, justamente para protegerse frente a actuaciones abusivas del Estado (en su dimensión subjetiva), y de otros particulares, y así ha sido reconocido por la jurisprudencia internacional.⁴⁴ Más aún, la actividad empresarial del Estado, que en sí implica una restricción al principio de libertad de empresa de los particulares, deberá sujetarse a la misma racionalidad y proporcionalidad que se impone para otras restricciones a la libertad de empresa.

Normativa como la LORCPM, al sancionar conductas que se consideran restrictivas de la competencia, evidentemente restringe la libertad de empresa, pues los empresarios deben subordinar sus actuaciones al marco legal impuesto, pero tal restricción se justifica precisamente por la necesidad de proteger la libertad de empresa.

La competencia como bien jurídico digno de protección

El art. 336, inc. 2do. de la Constitución vigente consagra expresamente a la competencia como un bien jurídico digno de protección: “el Estado asegurará la transparencia y eficiencia en los mercados y fomentará la competencia en igualdad de condiciones y oportunidades, lo que se definirá mediante ley”.

Una aproximación a la definición de competencia es entenderla como “un proceso dinámico de permanente repetición, de avance y recuperación, a través del

43. Manuel Aragón Reyes, *Libertades económicas y Estado social*, p. 17.

44. Ver sentencia del Tribunal Constitucional Español de 22 de marzo de 1988, en la cual, al analizar el alcance de la Constitución española sobre libertad de empresa concluye que “...se refiere a empresas privadas, ...”, citada por Javier Viciano Pastor, *Libre competencia e intervención pública en la economía*, p. 119.

cual las empresas innovadoras obtienen ventajas temporales en el mercado, ventajas que tienden a desaparecer gradualmente debido a la competencia imitadora”.⁴⁵ La competencia es una expresión de la lógica individualista que anima el funcionamiento de una economía estructurada en torno al mercado. ¿Cuál es la razón de ser de la protección de la competencia dentro de un sistema económico “social y solidario”, en cuyas raíces se encuentra justamente el cuestionamiento a tal espíritu individualista?⁴⁶ Para responder a la interrogante planteada, insistimos en la relevancia de la institución del mercado en la Constitución vigente. En segundo lugar, destacamos las siguientes funciones de la competencia que tienen particular trascendencia en el contexto constitucional económico vigente:

- Competencia como instrumento redistributivo.⁴⁷ Desde esta perspectiva, la competencia juega un papel importante en la búsqueda de equidad, al inhibir la formación y/o funcionamiento de monopolios innecesarios.⁴⁸ Mediante la aplicación de normativa antimonopolio se evita que quien ostenta poder de mercado imponga condiciones abusivas y genere a su favor utilidades excesivas, y que los consumidores, por su parte, paguen más de lo que pagarían en una situación de competencia.
- Competencia como un mecanismo de inclusión en el mercado. La competencia permite que nuevos emprendedores entren a disputar la preferencia de los consumidores. Esto es particularmente importante al tratarse de pequeñas y medianas empresas, sector al que el nuevo marco constitucional apunta que se dirijan más esfuerzos. Desde esta perspectiva, profundamente relacionada con el aspecto redistributivo, el Plan Nacional de Desarrollo concibe como política “identificar controlar y sancionar las prácticas de competencia desleales, y toda violación a los derechos económicos y a los bienes públicos y colectivos” (11.8), con el fin de fomentar la igualdad de condiciones y oportunidades en los mercados.
- Competencia como instrumento de eficiencia en el mercado. La Constitución vigente destaca la importancia de la eficiencia y transparencia en los mer-

45. Peter Oesterdiekhoff, “Política de la competencia”, p. 15.

46. Existe obviamente una tensión. De hecho en el Ecuador la ley pertinente fue denominada “de regulación y control del poder de mercado” y no “de competencia”, debido a tal tensión, aunque en el fondo, sus contenidos coinciden con lo que en los otros países se ha denominado normativa pro competencia.

47. Ver Guillermo Cabanellas de las Cuevas, *Derecho antimonopolístico y de defensa de la competencia*, Buenos Aires, Heliasta, 2005, 2a. ed., pp. 56 y 57. El autor expone argumentos a favor y en contra de considerar como objetivo de normativa pro competencia la redistribución de ingresos y explica que esta finalidad ha recibido importante apoyo desde el análisis económico contemporáneo.

48. Ver informe de mayoría de la Mesa 7 de la Asamblea Constituyente, acta 35, p. 23. Entre los resultados positivos esperados del cambio de enfoque en el concepto de desarrollo incluyen entre otros “la profunda democratización de los medios de producción y la eliminación de toda forma de monopolio y concentración de la riqueza”.

cados (art. 336, inc. 2do). La premisa es que la competencia permite que factores productivos se usen con el máximo de rentabilidad y razonabilidad, e impulsa el avance en la tecnología. Sin embargo, la misma búsqueda de eficiencia puede llevar a admitir excepciones a la competencia, por ejemplo, en la búsqueda de generación de economías a escala. De hecho, la LORCPM ha sido clara para establecer la existencia de ámbitos de excepción a la normativa.

La protección de la competencia conjuga una serie de valores que entremezclan las aspiraciones sociales complementarias de equidad y eficiencia, como lo hace la Constitución en la consagración del orden económico vigente.⁴⁹

La competencia cuya protección está consagrada en la Constitución es la considerada desde una perspectiva *operativa, funcional, eficaz o aplicable*,⁵⁰ que debe ser identificada de acuerdo con las características particulares de cada mercado y admite zonas de excepción, es decir, zonas en las cuales es posible eliminar o restringir la competencia con el fin de perseguir objetivos beneficiosos para el orden económico, como el fomento de ciertas actividades.⁵¹ En esta línea, la LORCPM permite: a) exenciones a la prohibición de acuerdos y prácticas restrictivas (art. 12 LORCPM), que no requieren autorización previa de la autoridad de control, siempre que contribuyan a mejorar la producción o la comercialización y distribución de bienes y servicios o a promover el progreso técnico o económico, con sujeción a determinados condicionamientos; y b) autorizaciones para restringir la competencia por parte de la Junta de Regulación, cuando se trata de promover monopolios públicos, sectores estratégicos, la economía popular y solidaria, servicios públicos o el desarrollo tecnológico e industrial de la economía nacional (art. 28 LORCPM). Se plantea claramente el desafío práctico de distinguir entre las excepciones tolerables e inaceptables, campo que resulta particularmente sensible.

49. Ver Roberto Dromi, *Competencia y monopolio. Argentina, Mercosur y OMC*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1999, pp. 18-32. El autor se refiere a los siguientes valores protegidos por normativa antitrust: libertad de realización, igualdad en la participación, legalidad en la concurrencia, la propiedad en la inversión, la dignidad del consumo y la solidaridad en el desarrollo.

50. “El concepto de competencia funcional: aparte de la estructura del mercado, también toma en cuenta el comportamiento de los participantes en el mercado así como los resultados del proceso del mercado, para distinguir las restricciones de competencia tolerables de las limitaciones inaceptables”, ver en Peter Oesterdiekhoff, “Política de competencia”, p. 21. Ver también Agustín Grijalva y José Vicente Troya Jaramillo, “Elementos para un derecho de la competencia en el Ecuador”, en *Foro: revista de derecho*, No. 1, Quito, Corporación Editora Nacional / UASB, 2003, p. 16. Al analizar la Constitución ecuatoriana de 1998 sostienen que esta se alineaba en las concepciones funcionales del mercado y de la competencia.

51. Se enlistan excepciones al ámbito de aplicación de normativa antitrust en diversos países. Ver: [http://www.ftaa-alca.org/wgroups/wgcp/spanish/dlr/dlr_4s.asp].

La actividad empresarial del Estado desde la óptica de la protección de la competencia

Los arts. 304, num. 5, y 335, inc. 2do., se refieren al sector privado como principal destinatario de las políticas estatales para evitar prácticas monopólicas u oligopólicas:

Art. 304 num. 5. La política comercial tendrá los siguientes objetivos: Evitar las prácticas monopólicas y oligopólicas, *particularmente en el sector privado*, y otras que afecten el funcionamiento de los mercados.

Art. 335. inc. 2do. *El Estado...* establecerá los mecanismos de sanción para evitar cualquier práctica de monopolio y oligopolio *privados*, o de abuso de posición de dominio en el mercado y otras prácticas de competencia desleal.

Es necesario distinguir dos ámbitos de actuación empresarial del Estado: uno es el relativo a sectores estratégicos y prestación de servicios públicos; y otro es el relativo a sectores no estratégicos, en los cuales el Estado compite con el sector privado.

La actividad del Estado con relación a sectores estratégicos implica una eliminación de la libertad de empresa y de la competencia. Esta “nacionalización de actividades” ha sido tradicionalmente incorporada en los ordenamientos jurídicos.⁵²

Por otro lado, la Constitución ecuatoriana vigente potencia la actuación de empresas públicas, inclusive en relación de directa competencia con el sector privado, pues se refiere a la producción de bienes por parte del Estado no solo como una atribución, sino como un deber (art. 277, num. 4),⁵³ así como a la posibilidad de que el Estado incurra, en forma adicional a la prestación de servicios públicos, en “el desarrollo de otras actividades económicas” (art. 315). La incursión del Estado en este tipo de actividades actúa también como un límite a la libertad de empresa y de competencia, pues empresa pública y privada disputarán la misma clientela en condiciones que generalmente no son de igualdad. La amplia presencia del Estado empresario plantea ciertamente muchas complejidades. Para algunos:

se está extendiendo la evidencia de que algunas crisis de empresas privadas son el resultado no solo de la competencia de la empresa pública, sino de su mera presencia en un sector determinado. La empresa pública no solo sustrae una porción de mercado a la empresa privada, sino que, al no tener comprometido su resultado en cada ejercicio, puede acumular pérdidas, que se cubren con cargo al Presupuesto del Estado o

52. Javier Viciano Pastor, *Libertad de competencia e intervención pública en la economía*, p. 194.

53. Ver intervención de Pablo Lucio Paredes, acta 43 de la Asamblea Constituyente, p. 22. Se pronuncia en contra de que sea un deber del Estado producir bienes.

endeudarse o atender a reivindicaciones salariales en modo y en cuantía no posibles para el sector privado.⁵⁴

Con pocas excepciones, la tendencia actual es no excluir a empresas estatales envueltas en actividades comerciales de la aplicación de normativa pro competencia.⁵⁵ Cuando el Estado es a la vez empresario y regulador cuenta con una serie de instrumentos normativos para establecer a su favor situaciones de privilegio. Solo a manera de ejemplo, tomemos el caso del tratamiento diferente que a niveles de sector público y privado se consigna para el tema laboral sindical, que tiene repercusiones muy importantes en materia de competitividad. Mientras al amparo del Mandato Constituyente No. 8 se procedió al desconocimiento de cláusulas de contratos colectivos del sector público, contentivas de “privilegios y beneficios exagerados y desmedidos”,⁵⁶ disposiciones paralelas no se han emitido para el sector privado, en el cual se ha notado un repunte de los conflictos colectivos. Cuando el Estado compite con el sector privado y los agentes de este último son obligados a cumplir con ciertas exigencias y los del sector público no, para la realización de determinadas actividades, se configura una situación que debe ser evitada, pues habrá casos en los que empresas privadas puedan actuar más eficientemente pero se inhiban de entrar en el mercado por la situación de desventaja frente al competidor público, perjudicando principalmente a los consumidores.

En la Ley de Empresas Públicas se evidenció preocupación por la relación entre empresa pública y competencia, que es un campo que amerita más debate y desarrollo.⁵⁷

En efecto, en esta ley se señaló entre sus objetivos:

54. Cita de Rojo, hecha por Javier Viciano Pastor, *Libre competencia e intervención pública en la economía*, p. 182. Ver también Peter Oesterdiekhoff, “Política de competencia”, p. 36: “Las empresas estatales representan un problema para la competencia, cuando a través de su creación, se bloquea el acceso al mercado a otros oferentes, cuando se les concede acceso preferencial a capital, insumos y servicios de infraestructura y cuando sus déficits son financiados con el presupuesto estatal”.
55. Ver Deunden Nkikomborirak, “Exemptions and exceptions: implications for economic performance. The case of Thailand”, en *Competition, Competiveness and Development: Lessons from the developing countries*, p. 96. El autor realiza este análisis para referirse particularmente al caso de Tailandia, que, en forma diferente a la tendencia generalizada, ha previsto en su ley sobre competencia una exención general para empresas públicas.
56. Ver disposición transitoria tercera del Mandato Constituyente No. 8 (R.O. 330-S, 6-V-2008). Se estableció un plazo de ciento ochenta días para reajustar las cláusulas de los contratos colectivos de trabajo suscritos por las instituciones del sector público, empresas públicas estatales, organismos seccionales y por las entidades de derecho privado en las que, bajo cualquier denominación, naturaleza o estructura jurídica, el Estado o sus instituciones tienen participación accionaria mayoritaria y/o aportes directos o indirectos de recursos públicos.
57. En este sentido, ver transcripción de intervenciones de asambleístas Pablo Lucio Paredes y Catalina Ayala, acta 35 de la Asamblea Nacional Constituyente, pp. 35 y 78.

Art. 2, num. 8: Prevenir y corregir conductas que distorsionen las condiciones para la provisión de bienes y servicios y en general cualquier otro acuerdo o práctica concertada, escrita o verbal, oficial u oficiosa, entre dos o más agentes económicos, tendientes a impedir, restringir, falsear o distorsionar las condiciones de acceso de los usuarios a dichos bienes y servicios.

Este es sin duda un terreno muy sensible. Si el Estado considera conveniente intervenir directamente en el mercado mediante la producción de bienes y la producción de servicios, y compite con el sector privado, debería hacerlo en igualdad de condiciones. Así lo ha aceptado la doctrina:

cuando los poderes públicos ejercen la iniciativa pública no están revestidos de sus facultades públicas exorbitantes porque no están ejerciendo ninguna función pública, simplemente participan en el mercado porque lo consideran necesario para el cumplimiento de sus funciones de interés público, pero deben competir en igualdad de condiciones con el sector privado, incluso si para formar su voluntad utilizan formas jurídico-públicas.⁵⁸

Dejamos constancia de la falta de congruencia entre el fomento de igualdad de condiciones en el mercado, al que se refiere el art. 336, inc. 2do. de la Constitución y el tratamiento diferente entre particulares y Estado en competencia con sector privado, sin ninguna distinción, al que se abre las puertas en los arts. 304, num. 6, y 335, inc. 2do de la Constitución. Un ejercicio serio de interpretación es necesario en esta materia. Desde una perspectiva pro competencia, el estudio de la actividad empresarial pública debe centrarse en el análisis del carácter público del bien o servicio que ofertan y no en las formalidades de su constitución. La posición adoptada por el derecho comunitario europeo ha sido que:

en cuanto a la excepción al principio general de la libre competencia solo puede aceptarse una interpretación restrictiva de los poderes exorbitantes de los poderes públicos en su intervención directa en el mercado, y por lo tanto, prima facie, su pleno sometimiento a la normativa antitrust.⁵⁹

Finalmente, no solo es necesario que las empresas públicas se sometan efectivamente –y no solo nominalmente– a la LORCPM, sino que desde otros ámbitos, como el laboral o el tributario, se evite que se configuren situaciones anticompetitivas. Garrido Falla determina los ámbitos en los cuales se requeriría igual tratamien-

58. Ver Javier Viciano Pastor, *Libre competencia e intervención pública en la economía*, p. 460. El autor explica que el principio de paridad entre empresa pública y privada en el derecho antitrust es ampliamente aceptado.

59. *Ibid.*, p. 461.

to entre empresa pública y privada para asegurar una efectiva vigencia del régimen de competencia. Estos ámbitos son los siguientes:

- a) Cargas fiscales y laborales;
- b) Sistema de financiamiento, sin que las necesidades empresas públicas sean cubiertas por recursos provenientes del bolsillo del contribuyente; y,
- c) Ayuda estatal, restringida a casos absolutamente necesarios para la satisfacción de necesidades públicas.⁶⁰

La intervención pública en transacciones privadas desde la perspectiva de la protección de la competencia

La previsión del art. 335, inc. primero, que faculta al Estado a intervenir cuando lo considere necesario en los intercambios y transacciones económicas, genera también la posibilidad de excepciones a la competencia, que requiere ser delimitado. Los exponentes de la corriente de economía social y solidaria en Latinoamérica defienden la necesidad de una fuerte presencia estatal en el ámbito de las transacciones particulares.⁶¹

La posibilidad de una intervención estatal en el proceso de fijación de precios es un tema particularmente delicado.⁶² En nuestro sistema económico, ya lo hemos dicho, el mercado continúa teniendo un papel trascendental, y la lógica de oferta y demanda continúa siendo la mejor forma de determinar los precios. Coincidimos con Gaspar de Ariño cuando sostiene que cuando los precios no nacen así, sino de la intervención del Estado, este se atribuye el juicio social sobre valoración y genera distorsiones.⁶³ Sin embargo, en ciertos casos la intervención estatal en la fijación de precios es absolutamente justificable (precios de servicios públicos o de productos de primera necesidad, para garantizar el acceso a los mismos; en situaciones de desigualdad, como fijación de salarios; en situación de marcada asimetría informativa, como en el caso de servicios bancarios; entre las situaciones más relevantes). En situaciones como estas cabe la intervención estatal en la fijación de precios, pero “la trascendencia y gravedad de tales decisiones para los derechos privados (en concreto, la propiedad y la libertad de empresa) es tal que estas no pueden que-

60. *Ibid.* Resumen de la exposición de Garrido Falla.

61. “Ya la experiencia de gestión económica sandinista mostró que ni siquiera es la propiedad de los medios de producción la clave, sino la capacidad de Estado para interferir con las relaciones de explotación y las de circulación (predominio de las relaciones de poder por sobre las de propiedad)”. Ver José Luis Coraggio, “La economía social y la búsqueda de un programa socialista para el siglo XXI”, en el panel “La economía del socialismo del siglo XXI”, en el *Encuentro Los socialismos del siglo XXI*, Quito, 21-22 de agosto de 2007. Disponible en: [<http://www.riless.org>].

62. A continuación se sintetizan varios aspectos tratados en relación al tema en el trabajo de la autora “Intervención pública y mercado en la Constitución ecuatoriana de 2008”.

63. Gaspar Ariño, *Principios constitucionales y libertad de empresa. Libertad de comercio e intervencionismo administrativo*, p. 92.

dar entregadas al libre arbitrio del Gobierno, sino que se exige para cada intervención en esta materia una expresa habilitación o apoderamiento por ley formal”.⁶⁴

La redacción del citado art. 335 resulta demasiado abierta y debería interpretarse restrictivamente, atendiendo a los criterios antes señalados. Los derechos de propiedad y libertad de empresa, medulares en el afán de progreso de una sociedad, imponen que la intervención estatal en materia de fijación de precios tenga un carácter excepcional, con sujeción a los principios de reserva de ley, legalidad, proporcionalidad e igualdad. La necesidad de esta protección a esta faceta del derecho de libertad de empresa, básica para instaurar un escenario de competencia, es procesada de mejor forma en el Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones,⁶⁵ en el cual se establece como derecho de los inversionistas la “libre fijación de precios, a excepción de aquellos bienes y servicios cuya producción y comercialización esté regulada por la ley” (art. 19, lit. a).

Finalmente, el último inciso del art. 335 de la Constitución establece que “el Estado definirá una política de precios orientada a proteger la producción nacional”. Resulta evidente que el establecimiento artificial de precios orientado a la protección de la producción local distorsiona seriamente la competencia y puede generar perjuicio a los consumidores, pues los productores locales protegidos pueden verse desincentivados en buscar mayor eficiencia y en generar productos de mejor calidad, en perjuicio de los consumidores. Existe, por lo tanto, una clara contradicción entre los efectos que la aplicación de esta norma constitucional puede traer, las garantías para los consumidores consagradas por la propia Constitución, y la búsqueda de eficiencia y transparencia de los mercados a la que hace referencia el art. 336 inc. 2do. Sobre este tema volveremos al tratar posteriormente la relación entre competencia y modelo de desarrollo.

La prohibición de monopolios y oligopolios

El citado art. 335 de la Constitución consigna que “El Estado ... establecerá los mecanismos de sanción para evitar cualquier práctica de monopolio y oligopolio privados, o de abuso de posición de dominio en el mercado y otras prácticas de competencia desleal”. La prohibición de monopolios –y actualmente oligopolios– ha estado presente en varias Constituciones ecuatorianas.⁶⁶ A nivel legal, la todavía

64. *Ibíd.*

65. R.O. 351-S, 29-XII-2010.

66. Constitución de 1929: art. 151, num. 15: “Se prohíben los monopolios que no están expresamente autorizados por ley general o especial” (elaboración que consideramos más adecuada que la vigente); Constitución de 1945: art. 141, num. 12: “Prohíbense los monopolios. Solo el Estado puede establecerlos mediante ley, para exclusivo interés nacional, más no está facultado para traspasarlos a particulares ni a compañías extranjeras o nacionales”; Constitución de 1945: art. 194: “Prohíbense los monopolios, salvo los del Estado, y estos no podrán ser cedidos a persona ni empresa alguna,

vigente Ley de modernización del Estado, privatizaciones y prestación de servicios por parte de la iniciativa privada, expedida bajo una vertiente ideológica totalmente distinta a la que anima la actual Constitución, consagra también una prohibición total de monopolios en su art. 47.⁶⁷

Consideramos necesario que la posibilidad de existencia de monopolios y oligopolios sea evaluada desde la perspectiva de la competencia funcional:

En virtud de las funciones dinámicas, se considera más favorable aquella estructura de mercado que se caracteriza por un oligopolio abierto (pocos oferentes que reaccionan sensiblemente frente al comportamiento de sus competidores). La política de la competencia tiene que velar porque el oligopolio abierto no se transforme en un oligopolio cerrado sin competencia intensiva. Además, debe concentrar los monopolios y someterlos a una supervisión contra el abuso.⁶⁸

Lo sancionable no es el monopolio o el oligopolio en sí, muchas veces necesarios por el tipo de bien o servicio que se presta (en el caso de monopolios naturales), o por la conveniencia de alcanzar economías de escala que abaraten costos e impulsen la innovación tecnológica, sino los abusos de posiciones de dominio que pueden generarse:

La explicación inicial dada por Joe Bain (Bain, 1956) según la cual la causalidad entre estructura y conducta es unidireccional fue reemplazada posteriormente por visiones más ‘dinámicas’ del problema, las cuales consideraban la concentración como resultado de estrategias corporativas (Caves y Porter, 1977: 241-262) sin otra finalidad que la generación de eficiencias económicas. (Demsetz, 1982: 386-393) Incluso, bajo la teoría de los “mercados contestables”, lo esencial no es tanto la concentración como la existencia de barreras al ingreso o salida. (Baumol, Panzar y Willig, 1982).⁶⁹

nacional ni extranjera”; Codificación de la Constitución de 1997: art. 60 reformada por Ley 138 (R.O. 199-S, 21-XI-97): “Se prohíbe y serán reprimidos por la ley, los monopolios y cualquier forma de abuso de poder económico, inclusive las uniones o agrupaciones de empresas que tiendan a dominar los mercados nacionales, a eliminar la competencia o a aumentar arbitrariamente los lucros”. Constitución de 1998: art. 244, num. 3: Dentro del sistema de economía social de mercado al Estado le corresponderá:… Promover el desarrollo de actividades y mercados competitivos. Impulsar la libre competencia y sancionar, conforme a la ley, las prácticas monopólicas y otras que la impidan y distorsionen”.

67. “Art. 47: Prohíbese la existencia de monopolios en cualesquiera de sus formas y en consecuencia, se autoriza a terceros el establecimiento de actividades o la prestación de servicios de igual o similar naturaleza”.

68. Peter Oesterdiekhoff, “Política de competencia”, p. 21.

69. Ignacio de León, “Un enfoque alternativo de políticas para la promoción de la competencia en economía en transición”, en *Boletín latinoamericano de competencia*, No. 4, Parte 2, p. 52. Disponible en: [<http://ec.europa.eu/competition/publications/blc/>].

Un enfoque netamente estructural, vinculado con una perspectiva de competencia perfecta –varios oferentes y demandantes de bienes homogéneos, sin que ninguno de los actores del mercado tenga poder suficiente para incidir determinantemente en la fijación de precios– es insuficiente, y además opuesto a la formación de economías de escala, tarea que la Constitución consagra como objetivo de la política comercial (art. 304, num. 5),⁷⁰ y que es recogida en el Plan Nacional de Desarrollo como un campo de intervención pública de particular relevancia en la primera fase de desarrollo propuesta para el país.⁷¹

En un mercado pequeño como el ecuatoriano podría no ser posible o no ser conveniente introducir en ciertos sectores una gran cantidad de competidores. Nuevamente, lo pernicioso no es la estructura en sí, sino los abusos de las posiciones de dominio en el mercado que un monopolio u oligopolio pueden propiciar. En este sentido, el Plan Nacional de Desarrollo, al determinar la necesidad de “formular y aplicar un marco normativo que “regule monopolios, oligopolios, monopsonios y oligopsonios” (Política 11.08, lit. a), adopta una posición mejor orientada que el art. 335 de la Constitución.

MODELO DE DESARROLLO Y COMPETENCIA

El modelo de desarrollo endógeno por el que el país ha optado

La Constitución ecuatoriana de 2008 sentó las bases para un modelo de desarrollo endógeno, una versión remozada del modelo de industrialización por sustitución de importaciones de los años 1970,⁷² que se levanta sobre el cuestionamiento al modelo aperturista y de crecimiento basado en la exportación de productos primarios.⁷³

70. Art. 304, num. 5: La política comercial tendrá los siguientes objetivos: 5. Impulsar el desarrollo de las economías de escala y del comercio justo.

71. Plan Nacional de Desarrollo 2009-2013 (Resolución CNP-001-2009): “En la etapa inicial, la intervención pública debe implementarse a través de políticas que se orienten hacia: ... Incremento de la productividad por medio de la expansión de encadenamientos productivos: para ello se conformarán enclaves de producción y complejos industriales, que permitan alcanzar economías de escala y posibiliten la estructura productiva que genere rendimientos crecientes”.

72. Sobre este tema, ver Alberto Acosta y Fander Falconí, eds., *Asedios a lo imposible. Propuestas económicas en construcción*, Quito, FLACSO / ILDIS, 2005. Disponible en: [<http://library.fes.de/pdf-files/bueros/quito/50495.pdf>]. Según estos autores, “No se propone retornar a una estrategia de industrialización a través de la sustitución de importaciones. Esta construcción pasa por recuperar el carácter público del Estado y desencadenarlo de los intereses corporativistas privados”. Sin embargo, al analizar el Plan Nacional de Desarrollo, el modelo presentado coincide en lo esencial con el de desarrollo por sustitución de importaciones.

73. Ver Plan Nacional de Desarrollo 2009-2010 (Resolución No. CNP-001-2009), para distinguir las

Este modelo de desarrollo hacia adentro está dibujado por las siguientes directrices constitucionales:⁷⁴

- a) Protección a la producción nacional y la restricción de importaciones para el efecto (art. 284, num. 2; art. 304, num. 3; art. 306, inc. 2do; art. 335, inc. 2do; art. 367, num. 7).⁷⁵ Para muchos, este es el plano en el que se registran las mayores restricciones a la competencia,⁷⁶ ante la abierta posibilidad de que, como consecuencia de la ausencia de competencia con la producción extranjera, se generen o refuercen estructuras productivas locales ineficientes;
- b) Fortalecimiento del andamiaje normativo para el ejercicio de actividades empresariales por parte del Estado, tanto en el ámbito de los sectores estratégicos como en el de otros sectores (arts. 277, num. 4; 315).⁷⁷ Los desafíos que en materia de competencia implica la “iniciativa pública” fueron previamente abordados en este trabajo;
- c) Selectividad de la inversión extranjera. El art. 339 consagra que el Estado priorizará la inversión nacional y que la inversión extranjera directa será

fases del modelo de desarrollo. La *primera fase*, consistente en la “transición en términos de acumulación”, en la cual se profundiza en la redistribución “considerada como el centro del cambio en este período y en general de la estrategia en su conjunto”. En este período, se buscaría sentar las bases para construir una industria nacional y producir cambios sustanciales en la matriz energética, principalmente a través de la sustitución selectiva de importaciones y de la inversión pública en sectores que el Estado determine como prioritarios. La *segunda fase*, se caracteriza por la búsqueda de profundización del peso de la industria nacional frente a la exportación de productos primarios. Se privilegia a la utilización de energías limpias, y a la creación de incentivos para la investigación y el desarrollo. La *tercera fase*, se concibe como una etapa de consolidación de la estrategia de diversificación y sustitución de exportaciones, en la espera de que la industria interna satisfaga la demanda interna y genere excedentes para la exportación. La *cuarta fase*, se orienta a que la prestación de bioservicios y de servicios turísticos adquiera un peso superior al generado por el sector primario.

74. Esquema desarrollado por la autora y presentado originalmente en el trabajo: “Intervención pública y mercado en la Constitución ecuatoriana de 2008”, actualizado para el presente documento.

75. Art. 284, num. 2: “La política económica tendrá los siguientes objetivos: 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”; art. 304, num. 3: “La política comercial tendrá los siguientes objetivos: fortalecer el aparato productivo y la producción nacionales”; art. 306, inc. 2do: “El Estado propiciará las importaciones necesarias para los objetivos del desarrollo y desincentivará aquellas que afecten negativamente a la producción nacional...”; art. 335, inc. 2do: “El Estado definirá una política de precios orientada a proteger la producción nacional...”; art. 363, num. 7: “El Estado será responsable de: 7. Garantizar la disponibilidad y acceso a medicamentos de calidad, seguros y eficaces, regular su comercialización y promover la producción nacional...”.

76. Peter Oesterdiekhoff, “Política de competencia”, p. 46.

77. Art. 277, num. 4: “Para la consecución del buen vivir, serán deberes generales del Estado: 4. Producir bienes, crear y mantener infraestructura y proveer servicios públicos”; art. 315, inc. 1ero: “El Estado constituirá empresas públicas para la gestión de sectores estratégicos, la prestación de servicios públicos, el aprovechamiento sustentable de recursos naturales o de bienes públicos y el desarrollo de otras actividades económicas”.

complementaria a la nacional, y se orientará según las necesidades y prioridades definidas en el Plan Nacional de Desarrollo, así como en los diversos planes de desarrollo de los gobiernos autónomos descentralizados; y

- d) Amplias posibilidades de intervención estatal en el mercado, a través de múltiples formas de actuación: actividad de limitación, reguladora e imperativa (o de policía); actividad de fomento; actividad empresarial y, actividad de planificación.⁷⁸

Tensiones entre política industrial y política de competencia derivadas del modelo de desarrollo

El modelo de desarrollo antes delineado plantea un escenario complejo en relación a la defensa de la competencia, pues genera un ambiente apto para el surgimiento y la profundización de estructuras monopólicas y oligopólicas nocivas, y restringe de muchas maneras el fundamento mismo de la competencia, que es la libertad de emprendimiento y de decisión. La formación, en unos casos, y consolidación, en otros, de monopolios y oligopolios a favor de productores nacionales ineficientes es justamente identificada como una de las razones para la crisis del modelo de industrialización por sustitución de importaciones en toda Latinoamérica.⁷⁹ En esta línea, Peter Oesterdiekhoff describe lo acontecido en varios países que adoptaron este tipo de esquemas en los siguientes términos:

Los instrumentos que fomentaban y fortalecían a ‘industrias infantiles’ en la fase inicial de desarrollo industrial se pervirtieron en una protección permanente contra la competencia para oferentes privilegiados que obtenían rentas monopólicas altas y que no estaban expuestos a una presión competitiva que alentara la introducción de innovaciones.⁸⁰

Por un lado, suelen citarse recurrentemente varias experiencias internacionales, sobre todo asiáticas y en especial de Corea del Sur, como ejemplos exitosos de aplicación de medidas proteccionistas para el desarrollo de la industria nacional, en contraste con la experiencia que al respecto tuvo gran parte de Latinoamérica.

78. Clasificación de la actividad administrativa en función de su incidencia sobre los derechos de los ciudadanos tomada de Juan de la Cruz Ferrer, *Apuntes de Derecho público económico. La intervención pública en la economía y en la empresa*, Madrid, Dykinson, 1992, pp. 158 y 159, y adaptada por la autora.

79. Ver, por ejemplo, Werner Baer, “El neoliberalismo en América Latina: un regreso al pasado?”, en *Estado y mercado en la historia de Perú*, Lima, Pontificia Universidad Católica de Perú, 2002, p. 29, que se refiere a “la concentración monopólica de los mercados de bienes manufacturados, que, entre otras cosas, permitió que se mantengan industrias ensambladoras con elevados grados de dependencia externa y altas capacidades ociosas”.

80. Peter Oesterdiekhoff, “Política de competencia”, p. 34.

En los años de 1960 y 1970 Corea promovió una estrategia de desarrollo endógeno que generó un rápido crecimiento que sorprendió al mundo, estrategia en la que se destacó la conformación de los famosos “jaebols”, grandes consorcios a través de los cuales el Estado coreano procuró que se movilizaren los capitales para las innovaciones a fin de crear una base tecnológica autónoma, y procesos de economía de escala.⁸¹ El Estado tuvo un papel determinante en el diseño del funcionamiento de estos grandes consorcios y en restringir importaciones, hasta aproximadamente los años de 1980, cuando empezó a registrar un cambio de dirección, pues se introdujeron progresivamente varias normas pro competencia. En esta línea, quienes consideran que las hoy exitosas economías de mercado iniciaron sus procesos de industrialización amparadas bajo medidas proteccionistas, defienden que los países en vías de desarrollo deben usar políticas intervencionistas en orden de ayudar a sus empresas a alcanzar economías a escala para poder competir con empresas extranjeras. Desde esta perspectiva, los costos de excluir la competencia en algunos sectores en un primer momento serán a largo plazo recompensados con los beneficios del incremento de competitividad y de participación en el comercio internacional.⁸²

Por otro lado, muchos sostienen que, aunque hay algún número de casos en los que la selección de “campeones nacionales” por parte de estados ha dado buenos resultados, existen otros casos que evidencian lo contrario, y caben varios cuestionamientos sobre las posibilidades reales de éxito de transplantar la experiencia coreana a otras dimensiones en los tiempos actuales,⁸³ caracterizados por el funcionamiento de mercados abiertos, más aún cuando se considera que los países latinoamericanos, en general, y Ecuador, en particular, aplicaron ya en décadas pasadas un modelo cercano que no tuvo resultados favorables. Se argumenta que la aplicación de medidas proteccionistas impide que se desarrollen condiciones de competitividad; que en el fondo, lo que se logra con este tipo de medidas es inhibir el ingreso de nuevos productores al mercado, pues son los partícipes ya consolidados los que logran acceder a los beneficios que otorga el Estado; y que, muchos estudios verifican que, mediante la aplicación de estos instrumentos, las grandes empresas son beneficiadas a costa de la pequeña y mediana industria,⁸⁴ ya que son

81. Sobre el funcionamiento de los jaebols y su incidencia en el ámbito de la competencia económica ver: Peter Oesterdiekhoff, “Política de competencia”, p. 35. Ver también Mikyung Yun, “Competition and productivity growth: evidence from Korean manufacturing firms”, en *Competition, competitiveness and development: Lessons from the developing countries*, pp. 228 a 263.

82. Ver cita de Lachmann, hecha por Ratnakar Adhikari, “Prerequisite for development-oriented competition policy implementation: a case study of Nepal”, en *Competition, competitiveness and development: Lessons from the developing countries*, p. 58.

83. Ver Lucian Cernat y Peter Holmes, “Introduction”, p. 12.

84. Ver Peter Oesterdiekhoff, “Política de competencia”, p. 36.

las empresas locales de gran dimensión las que compiten directamente con productos cuya importación se prohíbe o encarece.

Al final, admitiendo –con varios cuestionamientos– que este ha sido el modelo de desarrollo escogido por el Ecuador, cabe reflexionar sobre la contradicción entre objetivos de política industrial y la defensa de la competencia en el ámbito nacional. Una alternativa sería considerar que, dadas estas contradicciones, una política de competencia, en general, y una ley de competencia, en particular, no tienen cabida en un contexto proteccionista como el nacional. El problema con esta perspectiva es que en un contexto proteccionista permite acentuar aún más las distorsiones y perjuicios generados por la falta de competencia en el mercado nacional, a los que hicimos referencia en la primera parte de este trabajo. Una segunda posición, que es la que sostenemos, es admitir la existencia de ciertas áreas que deben abstraerse de la competencia, e insistir en que las mismas deben ser justificadas, monitoreadas y limitadas.

En todos los países, inclusive en los más desarrollados bajo la filosofía de una economía de mercado, la política de competencia presenta excepciones y provisiones especiales, en armonía con el concepto de *competencia funcional*, al que se hizo anterior referencia. En Estados Unidos, por ejemplo, la política de competencia contempla la obligación de favorecer a pequeñas y medianas empresas.⁸⁵ Sin embargo, a fin de evitar que en estos espacios de excepción se configuren estructuras abusivas e ineficientes, las excepciones deben ser claramente limitadas. La experiencia de varios países ha demostrado que cuando se ha escogido el camino de protección a la industria nacional, tal protección debe ser aplicada selectivamente, condicionada a cumplir con ciertos niveles de desempeño, transparente, limitada en el tiempo y, sobre todo, constantemente monitoreada.⁸⁶ La cuestión, según varios expertos, se ha desplazado de la pregunta: ¿tener o no tener política de competencia?, a la pregunta: ¿cómo maximizar los beneficios que se esperan de un ambiente de competencia, dado el entorno político y económico en un país?⁸⁷

Desde esta perspectiva, que se esfuerza por buscar puntos de conciliación entre estrategia industrial y defensa de la competencia, cabe advertir que si tales áreas de excepción a la competencia no cumplen con los requisitos antes establecidos, una ley sobre la materia está encaminada en el mejor de los casos a ser irrelevante, como se considera fueron muchas normas sobre competencia expedidas en

85. *Ibíd.*

86. Ver Philippe Brusick, Lucian Cernat y Ana María Álvarez, “Competition, competitiveness and development: re-stating the case”, en *Competition, competitiveness and development: Lessons from the developing countries*, p. 324.

87. Lucian Cernat y Peter Holmes, “Introduction”, p. 13.

América Latina⁸⁸ y en otros países⁸⁹ durante la vigencia de modelos de desarrollo intervencionistas. El peor escenario sería que la ley se convierta en instrumento de trato discriminatorio.

El inmenso reto es, pues, limitar y monitorear estas áreas de excepción y darles en lo posible un carácter temporal para evitar que las mismas consoliden situaciones permanentes de ineficiencia que generen más problemas de los que solucionan.

CONCLUSIÓN

El reducido tamaño del mercado nacional y factores de distinta índole han propiciado que en el país prevalezcan estructuras monopólicas y oligopólicas, exista un alto nivel de concentración económica, y se impongan prácticas anticompetitivas provenientes tanto del sector público como del privado.

Los fracasos en los intentos previos de expedición de una ley –antes de la promulgación de LORCPM– evidencian la sensibilidad del tema, y la necesidad de que esta ley sea debidamente difundida y técnicamente aplicada. Sin embargo, la expedición de una ley es apenas el punto de partida. Es necesario considerar que las herramientas legales deben estar acompañadas de varias condiciones que permitan su aplicación efectiva. En la evaluación del contexto en el cual la ley está destinada a aplicarse es imprescindible considerar las características del sistema económico y del modelo de desarrollo adoptados por el país en la Constitución vigente y el Plan Nacional de Desarrollo.

Si bien la Constitución económica ecuatoriana consagra la competencia como un bien jurídico digno de protección, la propia Carta Fundamental contiene disposiciones que generan situaciones de conflicto en materia de competencia. El modelo de desarrollo endógeno en vigencia, que se acerca en gran medida al modelo de sustitución de importaciones por el cual el país optó en décadas pasadas, plantea varias tensiones entre estrategia industrial y defensa de la competencia. La

88. Guillermo Cabanellas de las Cuevas, *Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia*, p. 18. El autor se refiere a los países latinoamericanos, en general, y a Argentina, en particular, como integrantes del grupo de países “que cuentan con un Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia, pero que no lo aplican con una intensidad suficiente como para que esta rama jurídica tenga una incidencia suficiente sobre el sistema económico”.

89. Ver Michal Gal, “The ecology of antitrust: preconditions for competition law enforcement in developing countries”, en *Competition, Competitiveness and Development: Lessons from the Developing Countries*, pp. 24-26. El autor expone el caso de Israel y menciona los de países latinoamericanos que expidieron leyes sobre competencia tempranamente, sin que tales leyes hayan llegado a aplicarse realmente hasta un cambio de orientación ideológica hacia una economía de mercado. Para el autor, la adhesión ideológica a una economía de mercado es una condición necesaria para la implementación adecuada de una ley de competencia.

protección a las industrias nacionales mediante mecanismos como la restricción de importaciones, la posibilidad de trato preferencial para empresas públicas que en muchos casos compiten con el sector privado, y la amplitud de las normas que posibilitan la intervención del Estado en transacciones económicas, marcan zonas de excepción particularmente sensibles para la aplicación de un régimen de competencia y generan una duda más que razonable sobre la eficacia real que una ley sobre la materia pueda tener. Adicionalmente, no solo se detectan contradicciones entre normas constitucionales, sino entre estas y disposiciones de otro rango. Abogamos por la aplicación de un criterio selectivo y restrictivo para el establecimiento de excepciones a un régimen de competencia, y por un monitoreo constante de los sujetos cuya actuación en el mercado sea abstraída de tal régimen en función de alcanzar objetivos relevantes para el país. De lo contrario, la ley recientemente promulgada estaría destinada a ser intrascendente, y el modelo de desarrollo escogido a acentuar la ineficiencia de monopolios y oligopolios públicos y privados propiciados por medidas proteccionistas del Estado.

La autoridad designada debe actuar imparcial y técnicamente. Solo si su actuación es así percibida por la comunidad, la Ley podrá echar raíces en nuestro país. Dada la tensión con la política industrial que hemos expuesto, el rol de abogacía de la competencia frente a otras entidades gubernamentales cobra particular relevancia.

BIBLIOGRAFÍA

- Acosta, Alberto,
1998 *El Estado como solución. Algunas reflexiones desde la economía*, Quito, Instituto Latinoamericano de Investigaciones Sociales.
- Acosta, Alberto, y Fander Falconí,
2005 “Otra política económica deseable y posible”, en Alberto Acosta y Fander Falconí, eds., *Asedios a lo imposible. Propuestas económicas en construcción*, Quito, FLACSO / ILDIS. Disponible en: [<http://library.fes.de/pdf-files/bueros/quito/50495.pdf>].
- Adhikari, Ratnakar,
2004 “Prerequisite for development-oriented competition policy implementation: a case study of Nepal”, en *Competition, competitiveness and development: Lessons from the developing countries*, New York / Geneva, United Nations, Conference on Trade and Development. Disponible en: [http://unctad.org/en/docs/ditcclp20041_en.pdf].
- Andrade Ubidia, Santiago,
2001 “Hace falta una ley que promocióne y proteja la competencia económica”, en revista *Iuris Dictio*, No. 4, año II, Quito, USFQ, agosto.
- Aragón Reyes, Manuel,
1995 *Libertades económicas y Estado social*, Madrid, McGraw-Hill.

- Ariño Ortiz, Gaspar,
1995 *Principios constitucionales de la libertad de empresa. Libertad de comercio e intervencionismo administrativo*, Madrid, Marcial Pons / Instituto de Estudios del Libre Comercio.
- Asamblea Constituyente,
Acta 35.
Acta 43.
- Baer, Werner,
2002 “El neoliberalismo en América Latina: un regreso al pasado?”, en *Estado y mercado en la historia de Perú*, Lima, Pontificia Universidad Católica de Perú.
- Bassols Coma, Martín,
1988 *Constitución y sistema económico*, Madrid, Tecnos, 2a. ed.
- Brusick, Philippe, Lucian Cernat y Ana María Álvarez,
2004 “Competition, competitiveness and development: re-stating the case”, en *Competition, competitiveness and development: Lessons from the developing countries*, New York / Geneva, United Nations, Conference on Trade and Development. Disponible en: [http://unctad.org/en/docs/ditcclp20041_en.pdf].
- Cabanelas de las Cuevas, Guillermo,
2005 *Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia*, Buenos Aires, Heliasta, 2a. ed.
- Cernat, Lucian, y Peter Holmes,
2004 “Introduction”, en *Competition, competitiveness and development: Lessons from the developing countries: Lessons from the developing countries*, New York / Geneva, United Nations, Conference on Trade and Development. Disponible en: [http://unctad.org/en/docs/ditcclp20041_en.pdf].
- Coraggio, José Luis,
2007 “La economía social y la búsqueda de un programa socialista para el siglo XXI”, en el panel “La economía del socialismo del siglo XXI”, en el *Encuentro Los socialismos del siglo XXI*, Quito, 21-22 de agosto. Disponible en: [<http://www.riless.org>].
- De la Cruz Ferrer, Juan,
1992 *Apuntes de Derecho público económico. La intervención pública en la economía y en la empresa*, Madrid, Dykinson.
- De León, Ignacio,
“Un enfoque alternativo de políticas para la promoción de la competencia en economía en transición”, en *Boletín latinoamericano de competencia*, No. 4, Parte 2. Disponible en: [<http://ec.europa.eu/competition/publications/blc/>].
- Dromi, Roberto,
1999 *Competencia y monopolio. Argentina, Mercosur y OMC*, Buenos Aires, Ciudad Argentina.
- Fiss, Owen,
2007 “¿Por qué el Estado?”, en *Teoría del neoconstitucionalismo*, Madrid, Trotta / Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM.
- Gal, Michal,
2004 “The ecology of antitrust: preconditions for competition law enforcement in developing countries”, en *Competition, Competiveness and Development: Lessons from the*

- Developing Countries*, New York / Geneva, United Nations, Conference on Trade and Development. Disponible en: [http://unctad.org/en/docs/ditcclp20041_en.pdf].
- Gotilla Caballero, Carlos Alberto,
- 2006 *Constitución, Estado y economía. La intervención del Estado en la economía en la constitución de los Estados miembros de la Comunidad Andina*, La Paz, Azul.
- Grijalva, Agustín, y José Vicente Troya Jaramillo,
- 2003 “Elementos para un derecho de la competencia en el Ecuador”, en *Foro: revista de derecho*, No. 1, Quito, Corporación Editora Nacional / UASB.
- Jara, María Elena,
- “Intervención pública y mercado en la Constitución ecuatoriana de 2008”, (mimeografiado).
- Marcos, Francisco,
- 2006 “Una política de competencia para la República del Ecuador”, en *Boletín latinoamericano de competencia*, No. 21. Disponible en: [<http://ec.europa.eu/competition/publications/blc/>].
- Nkikomborirak, Deunden,
- 2004 “Exemptions and exceptions: implications for economic performance. The case of Thailand”, en *Competition, Competiveness and Development: Lessons from the Developing Countries*, New York / Geneva, United Nations, Conference on Trade and Development. Disponible en: [http://unctad.org/en/docs/ditcclp20041_en.pdf].
- Oesterdiekhoff, Peter,
- 1998 “Política de la competencia”, en *Economía social de mercado y su dimensión social*, Caracas, Nueva Sociedad.
- Viciano Pastor, Javier,
- 1995 *Libre competencia e intervención pública en la economía (acuerdos restrictivos de la competencia de origen legal)*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- Yun, Mikyung,
- 2004 “Competition and productivity growth: evidence from Korean manufacturing firms”, en *Competition, competitiveness and development: Lessons from the developing countries*, New York / Geneva, United Nations, Conference on Trade and Development. Disponible en: [http://unctad.org/en/docs/ditcclp20041_en.pdf].

III

AMBIENTE

CAMBIO CLIMÁTICO E INICIATIVAS INSTITUCIONALES EN LOS PAÍSES AMAZÓNICOS

Paula Cerski Lavratti¹

INTRODUCCIÓN

La probabilidad de que el calentamiento global observado desde mediados del siglo XX se debe al aumento de las concentraciones de gases de efecto invernadero –GEI antropógenos– es de un 90%. Esta es una de las primeras conclusiones del cuarto y último Informe del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático (IPCC).²

En otras palabras, eso significa que el hombre está alterando su entorno a un nivel capaz de producir consecuencias de ámbito y magnitud globales, lo que llevó al investigador brasileño Carlos Nobre, miembro del IPCC, a afirmar que se trata de un experimento geofísico con el sistema terrestre sin precedentes en la historia.³ A modo de ilustración, dicho profesor facilita algunos datos: en cada hora 9.000 personas aumentan la población mundial, se emiten 4 millones de toneladas de CO₂, se talan 1.500 hectáreas de forestas, se extinguen 3 especies⁴ y se añaden 1,7 millones de kg de nitrógeno en función de las forestas, campos agrícolas y cuerpos hídricos.⁵

Las consecuencias de tan profunda alteración de las dinámicas naturales se harán sentir en todas partes del planeta y en todos los sectores sociales y económicos. Específicamente para la América Latina, el IPCC prevé que:⁶

1. Coordinadora técnica del Proyecto Internacional Derecho y Cambio Climático en los Países Amazónicos, Instituto O Direito por um Planeta Verde, con el apoyo de la Embajada Británica en Brasil; abogada del área de Derecho Ambiental.
2. IPCC, *Cambio climático 2007: Informe de síntesis. Contribución de los Grupos de trabajo I, II y III al Cuarto Informe de evaluación del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático*, Rajendra K. Pachauri y Andy Reisinger, dirs., Ginebra, 2007, p. 39. A esta afirmación se atribuyó el grado de verosimilitud de *muy probable*, lo que equivale a >90% de probabilidad (véase el cuadro “Tratamiento de la Incertidumbre”, p. 27 del Informe).
3. Carlos Nobre, conferencia magistral “Mudanças Climáticas Globais: Porque devemos nos preocupar?”, Brasil, Universidade Federal do Rio Grande do Sul-UFRGS, el 8 de abril de 2010.
4. Dicha velocidad de extinción es 1.000 veces más rápida de la que ocurriría naturalmente.
5. El ciclo del nitrógeno se encontraría más perturbado que el ciclo del dióxido de carbono.
6. IPCC, *Cambio climático 2007: Informe de síntesis. Contribución de los Grupos de trabajo I, II y*

- a) la reducción del agua en los suelos en razón del aumento de las temperaturas generará la sustitución gradual de los bosques tropicales del este de la Amazonía por la sabanas y la conversión de la vegetación semiárida por vegetación de tierras áridas;
- b) la extinción de especies en varias áreas de la América Latina tropical;
- c) la disminución de la productividad pecuaria y de ciertos cultivos importantes, con reflejos para la seguridad alimentaria. Con un grado de confianza medio, el informe considera que aumentará el número de personas amenazadas de hambre;
- d) los cambios en la precipitación y la desaparición de los glaciares afectarían seriamente la disponibilidad de agua para el consumo humano, agricultura y generación de energía. Dos regiones de América Latina son expresamente mencionadas en función de los impactos del estrés de los recursos hídricos: la región de los Andes abastecida de aguas de nieve de la cordillera y la región del semiárido brasileño.⁷

Más allá de las previsiones acerca de las consecuencias del cambio climático y de su grado de certidumbre, lo que está claro y es fundamental comprender es que el desafío a que nos enfrentamos es el resultado de nuestro modo de vida, resultado de lo que el sociólogo alemán Ulrich Beck bien acuñó como “sociedad del riesgo”.⁸

LA SOCIEDAD DEL RIESGO Y EL CAMBIO CLIMÁTICO

El calentamiento global y el cambio climático constituyen el mejor ejemplo de producto de la sociedad del riesgo, fruto de la combinación del espectacular desarrollo tecnológico iniciado a partir de la Revolución industrial, con el intenso uso, modificación y apropiación del medioambiente.

Los riesgos tecnológicos⁹ derivados de nuestras actividades producen consecuencias que rompen las barreras de espacio y tiempo. La capacidad de afectar y modificar el entorno, alcanzada por la tecnología, superó la noción de que las consecuencias de un determinado acto se circunscriben a un ámbito espacio-temporal específico. Es decir, no nos enfrentamos solamente a un acto de contaminación

III al Cuarto Informe de evaluación del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático, p. 52.

7. Al respecto, véase el recuadro “El cambio climático y el agua”, en IPCC, *Cambio climático 2007: Informe de síntesis. Contribución de los Grupos de trabajo I, II y III al Cuarto Informe de evaluación del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático*, p. 49.
8. Ulrich Beck, *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Jorge Navarro, Daniel Jiménez y Ma. Rosa Borrás, trads., Barcelona, Paidós, 2006.
9. Sobre los riesgos tecnológicos, véase Paula Cerski Lavratti, *El Derecho ambiental como instrumento de gestión del riesgo tecnológico*, Tarragona, Quaderns de dret ambiental, Universidad Rovira i Virgili, 2011.

aislado—como un basurero o un pueblo afectado por el vertido de contaminantes en un río—, sino a consecuencias de ámbito global.¹⁰

El cambio climático no afecta solo a los países que históricamente fueron los grandes emisores de gases de efecto invernadero, sino a todos, incluso a aquellos que no han contribuido o han contribuido muy poco, como es el caso de los países africanos, que posiblemente vendrán a sufrir con la desertificación; o pequeños países, como las islas Tuvalu, que pueden desaparecer, o incluso comunidades tradicionales de la Amazonía que perderán su modo de vida en caso que la foresta se convierta en sabana.

Además, se hace importante subrayar que los estudios indican que las poblaciones más pobres serán las que más sufrirán con el cambio climático, en la medida en que para su supervivencia son más dependientes del clima. Su subsistencia está esencialmente basada en la agricultura, pesca y ganadería, actividades altamente susceptibles a los cambios en los patrones de lluvias y temperatura, que, a su vez, pueden generar aumento en los precios de los alimentos, agua y energía. En adición, las poblaciones pobres suelen vivir en áreas más vulnerables a los episodios climáticos extremos, como en las orillas de los ríos y las cuevas.

Pero no se resume a ello el radio de actuación de los riesgos; también se prolonga en el tiempo, lo que hace que se convierta en un problema intergeneracional. Véase, por ejemplo, que el CO₂ puede permanecer en la atmósfera por 200 años, lo que significa que es posible que el gas carbónico lanzado en el aire durante la Revolución industrial esté intensificando el efecto invernadero hoy día y que los gases que lanzamos hoy estarán impactando a nuestros hijos y nietos.

Otro aspecto importante es el de la opacidad de las causas. El calentamiento global es fruto de la sinergia de innumerables fuentes emisoras de gases de efecto invernadero alrededor del globo terrestre y de su interacción con el sistema climático. La sinergia ignora los límites y estándares establecidos por el hombre, ya que se relaciona con la capacidad de soporte del medio. Parafraseando a Beck, es cuando “las ausencias de peligro se suman de una manera peligrosa”.¹¹

Por otra parte, el sistema climático es altamente complejo, de forma que muchas de las incertidumbres que aún existen sobre el tema provienen de la falta de comprensión acerca del funcionamiento del propio sistema, compuesto de agua, aire, hielo, tierra y vegetación, y de las interacciones entre ellos. Pero como si ello no fuera suficiente, el sistema también está afectado por los llamados “mecanismos de retroalimentación”, que pueden ser positivos o negativos, en función de si contribuyen al calentamiento o al enfriamiento de la atmósfera.

10. En este sentido también se manifestó Gabriel Real Ferrer, en su excelente ponencia intitulada “Reflexiones sobre el cambio climático y el papel del Derecho y de los jueces”, durante el Panel “Desafios do Direito frente às Mudanças Climáticas”, Porto Alegre, 6to Fórum Internacional de Jueces, 2010. Disponible en: [http://www.planetaverde.org/mudancasclimaticas/index.php?ling=por&cont=eventos].

11. Ulrich Beck, *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, p. 39.

Un ejemplo de mecanismo de retroalimentación positivo es el vapor de agua, considerado como el más poderoso gas de efecto invernadero, lo cual varía de acuerdo con la temperatura. Así, si la temperatura está más alta, hay más evaporación del agua, lo que solo hace calentar más la atmosfera, alimentando el proceso. De manera semejante, el hielo que al derretirse acaba sustituido por la tierra u océano, que tienen menor capacidad para reflejar la luz, y, por lo tanto, absorben más radiación solar, lo que a su vez ocasiona más calentamiento. Irónicamente, el SO₂ (dióxido de azufre), emitido por las termoeléctricas movidas por carbón, causante de la lluvia ácida, está considerado como un mecanismo de retroalimentación negativo ya que refleja la radiación solar, auxiliando al enfriamiento terrestre.¹²

Sea como fuere, todas esas alteraciones y cambios en el clima no son percibidos en su dimensión global por nuestros órganos sensoriales, lo que hace que la conciencia de su existencia a menudo debe ser mediada por la ciencia, dependiendo de análisis, pruebas y toda una serie comprobaciones científicas, es decir está a merced de la ciencia. Dicha constatación hace a Beck aseverar que la conciencia cotidiana del riesgo es una conciencia teórica y cientifizada.¹³

DERECHO Y CAMBIO CLIMÁTICO

Pese a las discusiones sobre su alcance y magnitud, el calentamiento global y el cambio climático ya son una realidad. Y, frente a ese escenario, el Derecho tiene un relevante rol que cumplir, tanto en la mitigación de este fenómeno como en la adaptación a sus efectos.

Como se sabe, la quema de combustibles fósiles y la deforestación son las principales causas del calentamiento global. Ambos fueron la fuerza motriz para el desarrollo de la sociedad, tal como la conocemos hoy día: con sus estándares de consumo y sus ideales de confort y de riqueza. No nos olvidemos que todo lo que consumimos tiene un costo ambiental, en términos de recursos naturales y de consumo de energía utilizada en su producción, transporte, etc. Por ello, el gran desafío del cambio climático es que implica una revisión de ese modelo, afectando nuestra vida en los más variados aspectos. En este sentido, el cambio climático constituye el ejemplo en el que la transversalidad de los problemas ambientales se hace más evidente.

Y fue justamente a partir de esa constatación que Antonio Herman Benjamin, ministro del Tribunal Superior de Justicia de Brasil, considera que el cambio cli-

12. Sobre el sistema climático, mecanismos de retroalimentación y otras informaciones de carácter técnico, ver Sonia Maria Barros de Oliveira, “Base científica para a compreensão do aquecimento global”, en *Aquecimento Global: frias contendas científicas*, São Paulo, SENAC, 2008, pp. 17-54.

13. Las conjeturas de causalidad “han de ser añadidas siempre en el pensamiento, han de ser supuestas como verdaderas, hay que creérselas. (...) La causalidad supuesta siempre queda más o menos insegura y provisional”. Ulrich Beck, *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, p. 41.

mático constituye la tercera generación de la evolución del derecho ambiental.¹⁴ La primera fase, según Benjamin, fue la del control de la contaminación, durante los años de 1970 y 1980, con el trato de episodios individualizados de contaminación. La segunda evolución, a su vez, tuvo foco en la protección de la biodiversidad y en la comprensión de los servicios ambientales que presta, ya en la década de 1990. Y, por fin, la tercera fase de evolución llega con el cambio climático, donde su enfrentamiento requiere un trato sistémico de todos los problemas ambientales, es decir, requiere una actuación en todos los niveles, desde el control de la contaminación, la protección de las forestas, hasta llegar a la adopción de prácticas más sostenibles en todos los sectores económicos.¹⁵

En el plan internacional, el cambio climático ha sido objeto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (CMNUCC), que, al reconocer la responsabilidad de las actividades humanas en las alteraciones del clima, asigna como obligación a las partes la formulación y la implementación de programas nacionales que contemplen medidas de mitigación y adaptación al cambio climático;¹⁶ dicha obligación fue reforzada con la entrada en vigor del Protocolo de Kyoto.¹⁷

Se pone de relieve la obligación de ejecución de programas nacionales de mitigación y adaptación al cambio climático, entre otras tantas existentes en estos instrumentos internacionales, porque ella se refiere a las medidas domésticas a las que todos los países signatarios de la CMNUCC y/o Kyoto se han comprometido a cumplir. Los desdoblamientos de dicha obligación en el plan interno, en lo que respecta al conjunto de normas jurídicas necesarias para llevar a cabo esta tarea, constituyen el objeto del Proyecto “Derecho y Cambio Climático en los Países Amazónicos”, coordinado por el *Instituto O Direito por um Planeta Verde de Brasil*, y que involucra, además de Brasil, a Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela.¹⁸ En este artículo se presentan algunas de sus conclusiones.

14. Ver el video de su conferencia intitulada “Direito Ambiental das Mudanças Climáticas”, en: [<http://www.planetaverde.org/mudancasclimaticas/index.php?ling=por&cont=eventos&cod=6&pagina=>]. Se trata de conferencia magistral dictada en la inauguración del Curso de Especialización en Derecho Ambiental de la Universidade Federal do Rio Grande do Sul-UFRGS, Porto Alegre, Brasil, en marzo de 2009.
15. José Joaquim Gomes Canotilho ofrece una clasificación distinta. De acuerdo con el célebre autor portugués, los problemas ecológicos y ambientales se clasifican en dos generaciones. La primera se dedicaba a la prevención y al control de la contaminación, de sus causas y efectos y de la subjetivación del derecho al ambiente como derecho fundamental ambiental. La segunda generación, a su vez, lleva en cuenta los efectos combinados de los varios factores de contaminación y de sus implicaciones globales y duraderas, señalando como ejemplos la destrucción de la biodiversidad y el cambio climático. José Joaquim Gomes Canotilho, “Direito Constitucional Ambiental Português e da União Européia”, en *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*, organizado por José Joaquim Gomes Canotilho y José Rubens Morato Leite, São Paulo, Saraiva, 2008, pp. 1-2.
16. Véase, en especial, los artículos 2 y 4 de la Convención.
17. Artículo 10 del Protocolo de Kyoto.
18. Más informaciones sobre el proyecto se puede obtener en la página web [www.planetaverde.org/clima]. En Bolivia, la coordinación está a cargo de la Sociedad Boliviana de Derecho Ambiental;

La investigación llevada a cabo en el Proyecto se ha concentrado en el análisis de la legislación en vigor en cada uno de los países, respecto a los siguientes temas: deforestación/cambio del uso de la tierra, residuos (sólidos, líquidos y gaseosos), agricultura y ganadería, energía, transporte y desastres.¹⁹ El objetivo del diagnóstico consistía en identificar las normas que, aunque no hubiesen sido originalmente creadas con esta finalidad, tengan incidencia en la mitigación y/o adaptación al cambio climático.

Dentro del tema del cambio climático, los conceptos de mitigación y de adaptación son clave, por lo que se hace necesario su adecuada comprensión y alcance. Según el IPCC, se entiende por mitigación:

“los cambios y reemplazos tecnológicos que reducen el insumo de recursos y las emisiones por unidad de producción. Aunque hay varias políticas sociales, económicas y tecnológicas que reducirían las emisiones, la mitigación, referida al cambio climático, es la aplicación de políticas destinadas a reducir las emisiones de gases de efecto invernadero y a potenciar los sumideros”. Adaptación, a su vez, son las “Iniciativas y medidas encaminadas a reducir la vulnerabilidad de los sistemas naturales y humanos ante los efectos reales o esperados de un cambio climático”.²⁰

A continuación se presentan algunas de las principales conclusiones del estudio realizado.

EL CAMBIO CLIMÁTICO E INICIATIVAS INSTITUCIONALES EN LOS PAÍSES AMAZÓNICOS

Brasil, Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela son países con realidades bastante distintas. Todos cuentan con diferentes organizaciones político-institucionales y competencias legislativas y de actuación en materia de medioambiente, lo que imposibilita que se desarrollen comparaciones más detalladas.

Lo que sí se puede afirmar es que los países –en mayor o menor medida– ya empiezan a organizarse para tratar el tema. Todos presentaron ante la CMNUCC la primera comunicación nacional relacionada con la aplicación de la Convención, la cual presupone la elaboración del inventario nacional de emisiones de gases de

en Colombia, del Instituto Colombiano de Derecho Ambiental; en Ecuador, del Centro Ecuatoriano de Derecho Ambiental; en Perú, de la Sociedad Peruana de Derecho Ambiental; y, en Venezuela, la coordinación está a cargo de la profesora Isabel de los Ríos.

19. Brasil y Venezuela han estudiado un tema extra: construcción civil. La elección de los temas se ha fundamentado en su relevancia para el cambio climático y para la realidad de los países involucrados.
20. IPCC, *Cambio climático 2007: Informe de síntesis. Contribución de los Grupos de trabajo I, II y III al Cuarto Informe de evaluación del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático*, pp. 76 y 84 (Anexo II-Glosario).

efecto invernadero.²¹ Hasta donde se pudo apurar, solamente Bolivia ya logró presentar su segunda comunicación.²²

El conocimiento del perfil de emisiones de cada país –de sus principales fuentes y características– es esencial para el desarrollo de cualquier política efectiva sobre el tema, incluso porque en algunos casos –como el brasileño– la principal fuente de emisiones no es la misma que ocupa el primer lugar del *ranking* mundial –la quema de combustibles fósiles–, sino la deforestación.

Por otra parte, lo que sí se puede afirmar de manera general es que todos los países cuentan, en el marco de sus legislaciones nacionales, con normas que tienen incidencia real o potencial en la mitigación y/o en la adaptación al cambio climático. Es decir que, más allá de tener o no una normativa específica sobre el tema, cada uno de los países cuenta con instrumentos jurídicos capaces de auxiliar en el combate del cambio climático.

Bolivia²³

Bolivia firmó la CMNUCC durante la ECO-92 en Río de Janeiro, ratificándola posteriormente por medio de ley aprobada por el Congreso Nacional y el Ejecutivo el 25 de julio de 1994. Ya el Protocolo de Kyoto fue ratificado a través de la Ley de la República No. 1988 de julio de 1999.

Dentro de la estructura gubernamental de Bolivia, el Ministerio de Medio Ambiente y Agua, con competencia para formular políticas sobre cambio climático, tiene dentro de su estructura un Viceministerio de Medio Ambiente, Biodiversidad y Cambios Climáticos, cuyas atribuciones incluyen: i) desarrollar y ejecutar el Programa Nacional de Cambios Climáticos; y ii) coordinar con las diferentes instancias del Estado las acciones destinadas a formular e implementar acciones de adaptación y mitigación de cambios climáticos.²⁴

21. Obligación prevista en el artículo 12 de la CMNUCC.

22. Ver: [http://unfccc.int/parties_and_observers/parties/items/2352.php].

23. Las informaciones mencionadas en este subapartado fueron extraídas del informe preparado por la Sociedad Boliviana de Derecho Ambiental (SBDO), intitulado “Diagnóstico da Legislação: identificação das normas com incidência em mitigação e adaptação às mudanças climáticas. Bolívia”. Disponible en: [<http://www.planetaverde.org/mudancasclimaticas/index.php?ling=por&cont=pesquisa&codpais=2>].

24. Entre las competencias de dicho Viceministerio, establecidas por el Decreto Supremo de Estructura Organizativa del Órgano Ejecutivo del Estado Plurinacional No. 29894, de febrero de 2009, figuran las siguientes directamente relacionadas con el cambio climático: a) promover e implementar políticas, normativa, planes, programas y proyectos, en relación a la temática de los cambios climáticos a nivel nacional, en coordinación con instancias concurrentes; b) desarrollar y ejecutar el Programa Nacional de Cambios Climáticos (PNCC) y los diferentes componentes técnicos estratégicos y operativos; c) coordinar con las diferentes instancias de la organización territorial del Estado Plurinacional las acciones orientadas a formular e implementar las acciones de adaptación y mitigación a los cambios climáticos; d) formular políticas y estrategias para la

De manera general, gran parte de las actividades productivas se encuentra abarcada por el marco regulatorio medioambiental y, en este sentido, una labor de mitigación acaba produciéndose. Sin embargo, el Informe preparado por la Sociedad Boliviana de Derecho Ambiental destaca que el enfoque de la normativa no incluye de manera específica el cambio climático, de manera que todos los preceptos existentes tratan de aspectos del problema de manera aislada, sin promover el trato en efecto requerido por el tema.

El análisis de la legislación sectorial también ha revelado algunos aspectos interesantes. En materia de energía, Bolivia ha reglamentado, incluso respecto a estándares ambientales, los subsectores de hidrocarburos y de energía eléctrica, aunque el primero cuenta con más desarrollo normativo que el segundo. Pese a ello, el país echa en falta la existencia de normas que disciplinen la eficiencia energética, como forma de reducir la emisión de GEI en función del consumo. Otro vacío legislativo señalado es con respecto a las fuentes de energías renovables, esenciales en cualquier estrategia para “limpiar” la matriz energética.

El sector de transportes es aludido como uno de los más carentes en materia de reglamentación. La escasa normativa existente establece estándares mínimos de emisión –incluso para el CO_2 –, GEI por excelencia. Sin embargo, se denuncia la falta de políticas públicas de implementación.

En lo que toca a los residuos, la materia dispone de buen desarrollo normativo, que aporta de manera significativa a las estrategias de mitigación y adaptación. De todos modos, aún se puede avanzar al incorporarse las nuevas tecnologías en la recuperación de gases para sistemas de tratamiento de residuos sólidos urbanos y de efluentes líquidos.

La deforestación, a su vez, está considerada como la mayor fuente de emisiones de gases de efecto invernadero del país, y tiene fuerte relación con el ejercicio de la actividad agropecuaria, una de las principales actividades económicas del país, la cual hace uso de la tala y del fuego como métodos de producción. Las legislaciones forestal y agraria prevén varias herramientas que permiten la inclusión de metodologías de reducción de GEI, en especial aquellas que ponen límites al uso del suelo, impidiéndose la instalación de actividades, como la agropecuaria. Constituyen ejemplos las tierras de producción forestal permanente y las áreas protegidas, entre otros. El informe los califica como instrumentos objetivos de aplicación de los conceptos de Reducción de Emisión de Gases por Deforestación Evitada (REDD por su sigla en inglés).

En lo que atañe a la actividad agropecuaria, se destaca que, pese a la importancia del sector para la economía boliviana, hay un vacío legislativo respecto de

prevención y reducción de desastres y coordinar su incorporación en los planes, programas y proyectos sectoriales a nivel nacional, departamental y municipal; e) formular y definir políticas para la promoción de la participación social en la temática ambiental; y f) efectuar el seguimiento de la agenda internacional de medioambiente, cambios climáticos, recursos renovables y biodiversidad.

sus procesos productivos de forma general, incluidos aquellos generadores de GEI. Es curioso observar que este vacío se reproduce en los demás países integrantes del Proyecto Derecho y Cambio Climático en los Países Amazónicos.

Colombia²⁵

La CMNUCC fue aprobada en Colombia en el año de 1994, a través de la Ley No. 164, de 27 de octubre, mientras que la aprobación del Protocolo de Kyoto ocurrió por medio de la Ley No. 629, de 27 de diciembre de 2000.

Dentro del Sistema Nacional Ambiental Colombiano (SINA), su órgano rector es el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, que tiene la misión de coordinar los esfuerzos de política nacional e internacional con el objetivo de mitigar y prevenir los efectos del cambio climático en Colombia. Para ello, se ha creado el Grupo de Mitigación de Cambio Climático del Viceministerio de Ambiente, que concentra las competencias relacionadas a la aplicación de la CMNUCC y del Protocolo de Kyoto.

Así, dicho grupo trabaja tanto con la regulación, promoción y aprobación de los Proyectos de Mecanismo de Desarrollo Limpio (MDL), como con el soporte a procesos de investigación y proyección de escenarios respecto al cambio climático, participación en las negociaciones internacionales respecto del tema y en la generación y acompañamiento en procesos de educación, formación y sensibilización de públicos respecto a temas de vulnerabilidad, adaptación y mitigación al cambio climático. En complementación a la actuación del Ministerio, las entidades del orden territorial, distrital y municipal pueden crear instrumentos destinados a la mitigación y adaptación al fenómeno, dentro de sus límites territoriales, y observando los dictámenes de la política nacional. Igualmente se destacan los Consejos Nacionales y sectoriales encargados de temas relacionados con el cambio climático, como el Consejo Nacional Ambiental (CNA), el Consejo Nacional de Planeación Económica y Social (CONPES), y el Consejo Intersectorial del Programa de Uso Racional de Energía (CIURE).

El país ya cuenta con alguna normativa específica sobre cambio climático. Además de las normas de carácter ratificatorio y de las que han promovido cambios en la estructura gubernamental con miras a la gestión del tema, se puede afirmar que la regulación existente²⁶ está enfocada en los diversos aspectos de los proyectos MDL. Sin embargo, la legislación aún no contempla de manera específica instru-

25. Las informaciones mencionadas en este subapartado fueron extraídas del informe elaborado por Luis Fernando Macías Gómez, Guillermo Tejeiro Gutiérrez y María Alejandra Morales Sierra, *Diagnóstico da Legislação: identificação das normas com incidência em mitigação e adaptação às mudanças climáticas. Colômbia. 2009*, Instituto Colombiano de Derecho Ambiental (ICDA), 2009. Disponible en: [<http://www.planetaverde.org/mudancasclimaticas/index.php?ling=por&cont=pesquisa&codpais=3>].

26. Por lo menos hasta la fecha de presentación del informe, en el año 2009.

mentos que coordinen la inserción de la variable climática, con el fin de promover medidas de mitigación y adaptación a este fenómeno global, desde una perspectiva doméstica y según las necesidades colombianas.²⁷ No obstante, debido a la falta de normas específicas, se hace necesario registrar que el tema ya viene siendo gestado en el ámbito político, como lo demuestra el proceso de formulación de la Estrategia Institucional para la Adaptación al Fenómeno del Cambio Climático.²⁸

Por otra parte, el enfrentamiento al cambio climático también encuentra soporte en la legislación sectorial. En la rama de energía, se pone de relieve la existencia de normativa sobre las fuentes de energía renovables. Para un país como Colombia, altamente dependiente de la energía eléctrica proveniente de la tecnología hidromecánica en masa, la adopción de fuentes renovables no convencionales de energía tiene un rol fundamental en términos de adaptación al cambio climático. Eso porque uno de los efectos del cambio climático se caracteriza justamente por alteraciones en el régimen hídrico, afectando la cantidad y la periodicidad de la precipitación. Es decir, la falta de lluvias puede impactar de manera significativa un sistema de producción de energía basado mayormente en hidroeléctricas, por lo que la diversificación de las fuentes generadoras se convierte en un tema de seguridad energética.

Si dicha diversificación se hace por medio del incremento de renovables, el beneficio es doble, pues si de un lado se potencia la seguridad energética, de otro se adoptan fuentes no emisoras (o en niveles muy bajos) de gases de efecto invernadero. En base a eso, los autores del informe colombiano defienden el fortalecimiento de su marco normativo, así como la implementación de incentivos con miras a permitir su expansión a todas zonas del territorio nacional.

En lo que atañe a los transportes, el destaque queda a cargo de la normativa de biocombustibles, que entraña importante potencial para reducir las emisiones de GEI. Hoy día Colombia produce alcoholes carburantes y biodiésel, siendo que es obligatoria la mezcla de dichos alcoholes con la gasolina. No obstante, el informe alerta para las consecuencias que la adopción en larga escala de un programa de biocombustibles puede significar para la seguridad alimentaria, de manera que su

27. El informe “Diagnóstico da Legislação: identificação das normas com incidência em mitigação e adaptação às mudanças climáticas. Colômbia. 2009” evalúa el escenario normativo del país, in verbis: “Del análisis del marco de política pública vigente a la fecha sobre el particular, es posible vislumbrar una perspectiva eminentemente económica acerca del fenómeno, concentrada en la inserción en la dinámica del mercado internacional de certificados de carbono pero desligada del análisis sobre la necesaria adaptación que el país debe surtir para contrarrestar los así llamados “efectos inevitables” del cambio climático. Si bien no se trata de multiplicar las normas tendientes a hacerle frente al fenómeno, situación que en Colombia es conocida como “inflación normativa”, si se considera necesaria una aproximación holística al fenómeno, de manera que los instrumentos de política pública nacional incluyan componentes sobre mitigación y adaptación al fenómeno derivadas de las condiciones particulares del entorno colombiano”, p. 48.

28. En elaboración por el Consejo Nacional de Política Económica y Social (CONPES), el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial (MAVDT) y el Departamento Nacional de Planeación (DNP).

consideración debe informar la formulación y aplicación de dicho programa. Por fin, también se pone de relieve la importancia del programa de revisiones técnico-mecánicas del parque automotor colombiano, cuya implementación contribuye para la reducción de las emisiones de CO₂.

La legislación sobre residuos no contempla criterios que puedan ser utilizados de forma más directa en las labores de mitigación. Sin embargo, las normas que disponen sobre la posibilidad de cogeneración y tratamiento de residuos para aprovechamiento ostentan potencial para la mitigación, en la medida en que se evitaría la liberación del metano producido por la descomposición de los residuos a la atmósfera, al utilizarlo como combustible para la generación eléctrica en procesos de cogeneración.

La legislación forestal vigente, a su vez, debe tener su aplicación ampliada, de forma que intensifique el potencial del país para constituirse un sumidero de gases efecto invernadero, especialmente CO₂.

De forma idéntica a Bolivia, los procesos productivos de la agricultura no han sido objeto de reglamentación, aunque este sector constituya la fuente de emisiones de GEI más importante de Colombia.²⁹ Lo mismo le ocurre al sector de la ganadería. La ausencia de normatividad se explica, según el informe, por la poca importancia que se le ha dado desde la perspectiva ambiental.

Por fin, respecto a los desastres, se señala la necesidad del fortalecimiento del Sistema Nacional de Atención y Prevención de Desastres, especialmente, por medio de la consideración de la variable climática, en la medida en que el fenómeno del cambio climático multiplicará la ocurrencia y la intensidad de los desastres, que ya cuentan con cifras altas en Colombia debido a la accidentada topografía nacional.

Ecuador³⁰

La CMNUCC fue aprobada y ratificada en el Ecuador en el año de 1994, mientras que el Protocolo de Kyoto fue ratificado en 1999.³¹

El tema de cambio climático está tratado en el Ecuador por varias instituciones y estructuras nacionales: el Consejo Nacional de Desarrollo Sustentable

29. De acuerdo con el Inventario Nacional de Gases de Efecto Invernadero (años 2000 y 2004), producido para subsidiar la 2a. Comunicación Nacional de Colombia ante la CMNUCC. Disponible en: [<http://www.cambioclimatico.gov.co/contribucion1.html>].

30. La información mencionada en este subapartado fue extraída del informe elaborado por María Amparo Albán y Andrés Delgado, titulado “Diagnóstico da Legislação: identificação das normas com incidência em mitigação e adaptação às mudanças climáticas. Equador. 2009”, Centro Ecuatoriano de Derecho Ambiental (CEDA), 2009. Disponible en: [<http://www.planetaverde.org/mudancasclimaticas/index.php?ling=por&cont=pesquisa&codpais=6>].

31. La aprobación de la CMNUCC se ha dado por medio de la Resolución Legislativa, 22-VIII-94 (Registro Oficial No. 532, de 22-IX-1994, del Congreso Nacional), y su ratificación por medio del Decreto 2148 (Registro Oficial 540, 4-X-1994). El Protocolo de Kyoto, a su vez, se ha ratificado a través del Decreto 1588 (Registro Oficial 342, 20-XII-1999).

(CNDS) –cuya operación ha sido baja–; el Comité Nacional del Clima (CNC) y sus grupos de trabajo; el Ministerio del Ambiente y su Unidad Técnica de Cambio Climático; y la Oficina Nacional de Promoción del Mecanismo de Desarrollo Limpio, responsable del tema de la compensación de carbono.

Al CNC le compete un rol central, en la medida en que, entre sus competencias, están la proposición y el diseño de las políticas y las estrategias en los aspectos climáticos; el desarrollo de la capacidad nacional para enfrentar la variabilidad y el cambio climático; y coordinar las acciones en materia del cambio climático, con aquellas relacionadas con biodiversidad, desertificación y, en general, con temas ambientales globales.

En el ámbito normativo, cabe poner de manifiesto que el Ecuador, entre los países integrantes del Proyecto Derecho y Cambio Climático en los Países Amazónicos, es aquel que cuenta con la Constitución más reciente, de 2008, lo que le ha permitido elevar al rango constitucional temas extremadamente actuales, como el cambio climático. Teniendo en cuenta su carácter novedoso, se permite su transcripción integral:

Artículo 416. El Estado adoptará medidas adecuadas y transversales para la mitigación del cambio climático, mediante la limitación de las emisiones de gases de efecto invernadero, de la deforestación y de la contaminación atmosférica; tomará medidas para la conservación de los bosques y la vegetación, y protegerá a la población en riesgo.

Eso ofrece al país un fundamento privilegiado para la adopción de acciones de combate al cambio climático. Pese a la existencia de este precepto de rango constitucional, el Ecuador no cuenta con una normativa específica sobre cambio climático, por lo que se hace necesario analizar la legislación sectorial.

En lo que toca al sector energético, cabe mencionar la existencia de una Ley de Fomento de Energías no Convencionales, ya desde hace casi treinta años. Sin embargo, se trata de una ley demasiado general y que ya no hace frente a la realidad y a las necesidades de un sector que se ha desarrollado tanto en las últimas décadas. Es así que hace falta su reformulación para que se pueda conferir efectividad a los nuevos mandamientos constitucionales.³²

En materia de deforestación, merece destaque el Programa Socio Bosque, que consiste en la concesión de un incentivo a los campesinos y comunidades indígenas que se comprometan de manera voluntaria a la conservación y protección de sus bosques nativos, páramos y otras formaciones vegetales nativas. Se trata, en otras palabras, de un programa de REDD. Además, cabe registrar que el país cuenta con diversas normas que buscan frenar la deforestación y, con ello, reducir las emisiones de GEI.

32. Véase especialmente el artículo 15 de la Constitución ecuatoriana.

La existencia de un Programa Nacional de Biocombustibles desde 2004 es un punto importante en lo que atañe a los transportes, en la medida en que eso ayudaría a reducir las emisiones de los vehículos automotores. No obstante, el informe preparado por el Centro Ecuatoriano de Derecho Ambiental (CEDA) señala que dicho Programa no despegó como se esperaba y aún faltan estudios y regulaciones que orienten la producción de estos biocombustibles dentro de parámetros de sostenibilidad, lo que seguramente debe ser incentivado.

Perú³³

La CMNUCC se aprobó en Perú a través de la Resolución Legislativa No. 26185 del 13 de mayo de 1993. El Protocolo de Kyoto fue aprobado y ratificado mediante la Resolución Legislativa No. 27824 del 06 de septiembre de 2002 y el Decreto Supremo No. 080-2002-RE, respectivamente.

El órgano rector de la política y de las acciones en materia de cambio climático es el Ministerio del Ambiente, más específicamente el Viceministerio de Desarrollo Estratégico de los Recursos Naturales. También cabe mencionar la existencia de la Comisión Nacional sobre el Cambio Climático, que tiene por función la implementación de la CMNUCC.

El Perú también cuenta con referencias expresas al tema en su normativa ambiental. Su reciente Política Nacional del Ambiente,³⁴ del año 2009 –al igual que la Constitución ecuatoriana–, ya incorpora preceptos que tratan de este fenómeno global. Entre sus objetivos se encuentra el de lograr la adaptación de la población frente al cambio climático y establecer medidas de mitigación, orientadas al desarrollo sostenible. Y específicamente, en cuanto a los lineamientos acerca del ordenamiento territorial, prevé la incorporación en los procesos de ordenamiento territorial el análisis del riesgo natural y antrópico, así como las medidas de adaptación al cambio climático.³⁵

33. La información mencionada en este subapartado fue extraída del informe elaborado por Isabel Calle Valladares y Carolina Tejada Pinto, “Diagnóstico da Legislação: identificação das normas com incidência em mitigação e adaptação às mudanças climáticas. Peru. 2009”, de la *Sociedad Peruana de Derecho Ambiental (SPDA)*, 2009. Disponible en: [<http://www.planetaverde.org/mudancasclimaticas/index.php?ling=por&cont=pesquisa&codpais=4>].

34. Decreto Supremo No. 012-2009-MINAM, publicado el 23 de mayo de 2009.

35. Para ilustrar las novedosas legislaciones que disciplinan el trato del cambio climático, se permite reproducir los lineamientos de la política tendientes a la mitigación y adaptación al cambio climático: a) Incentivar la aplicación de medidas para la mitigación y adaptación al cambio climático con un enfoque preventivo, considerando las particularidades de las diversas regiones del país, con énfasis en la situación y accionar espontáneo de adaptación de las comunidades campesinas y pueblos indígenas; b) Establecer sistemas de monitoreo, alerta temprana y respuesta oportuna frente a los desastres naturales asociados al cambio climático, privilegiando a las poblaciones más vulnerables; c) Fomentar el desarrollo de proyectos forestales, manejo de residuos sólidos,

También merece registro la aprobación de la Estrategia Nacional sobre Cambio Climático, que tiene dos objetivos: a) reducir los impactos adversos al cambio climático a través de estudios integrados de vulnerabilidad y adaptación, que identificarán zonas y/o sectores vulnerables en el país, donde se implementarán proyectos de adaptación; y b) controlar las emisiones de contaminantes locales y de gases de efecto invernadero, a través de programas de energías renovables y de eficiencia energética en los diversos sectores productivos

El análisis de la legislación sectorial pone de manifiesto una serie de normas con incidencia en la mitigación y/o adaptación al cambio climático. En este sentido, el marco normativo sobre energía dispone de mecanismos orientados a la mitigación, como la promoción de la eficiencia energética y la promoción de la generación de la energía con recursos renovables. Por otra parte, la reglamentación de los biocombustibles, pese su potencial de mitigación de GEI, no incorpora disposiciones de carácter ambiental, por lo que se hace necesario complementarla con la variable ambiental y, más específicamente, la climática.

El sector de transportes es sensible para Perú, en la medida en que el país convive con la saturación del parque automotor, marcada por su falta de renovación y por la reducción de las condiciones técnicas de los vehículos, lo que intensificará la generación de emisiones de GEI. No obstante, el marco normativo del sector cuenta con normas orientadas a la mitigación, las cuales deben tener su implementación reforzada. Como ejemplos se puede citar la reducción del supuesto que permite la importación de vehículos usados, el establecimiento de condiciones de seguridad, salud y ambientales para la prestación del servicio de transporte, la implementación de las inspecciones técnicas vehiculares y la exigibilidad del cumplimiento de los límites máximos permisibles de emisiones de gases.

En lo que atañe a la deforestación, principal fuente de emisión de GEI de Perú, se destacan las normas diseñadas para promover la conservación de los bosques, al mismo tiempo que disciplinan la exploración de los recursos forestales, imponiéndole restricciones y medidas de control.

La legislación concerniente a desastres tiene una vocación preventiva, ya que parte del reconocimiento de la vulnerabilidad del país y, en este sentido, tiene incidencia en la adaptación a los efectos del cambio climático.

Y por fin, en cuanto a los residuos, la legislación sobre residuos sólidos contiene disposiciones orientadas al manejo de esos residuos considerando requeri-

saneamiento, usos de energías renovables y otros, para contribuir en la mitigación de los efectos del cambio climático; d) Conducir los procesos de adaptación y mitigación al cambio climático difundiendo sus consecuencias, así como capacitar a los diversos actores sociales para organizarse; y e) Promover el uso de tecnologías adecuadas y apropiadas para la adaptación al cambio climático y mitigación de gases de efecto invernadero y de la contaminación atmosférica.

mientos técnicos o documentarios cuyo efecto se traduce en la restricción de emisiones lo que contribuye para la mitigación.

Venezuela³⁶

Venezuela aprobó tanto la CMNUCC como el Protocolo de Kyoto, en los años 1994 y 2004, respectivamente.³⁷

El Ministerio del Poder Popular para el Ambiente ejerce fundamentalmente las competencias relacionadas con el medioambiente. Hasta donde se pudo examinar, no hay departamento o sector específico en la organización administrativa responsable específicamente del tema del cambio climático. Por otra parte, se destaca la existencia en el país de un Consejo Nacional de Gestión Integral de Riesgos Socionaturales y Tecnológicos, que tiene por atribución elaborar la política en esa materia, lo que seguramente aporta un enfoque novedoso.

Aunque Venezuela no cuente con normas específicas sobre el tema, hay normas en su legislación sectorial que afectan la mitigación o bien la adaptación al cambio climático.

En materia de transportes, hay normas que regulan las emisiones provenientes de los vehículos, al mismo tiempo que la legislación sobre tránsito terrestre contempla sanciones a los vehículos que infrinjan las disposiciones sobre eficiencia y buen mantenimiento de los mismos. Igualmente, la Ley de Aeronáutica Civil prevé lo relativo al mantenimiento de las aeronaves.

Las normas sobre deforestación y ordenación del territorio contienen innumerables preceptos orientados tanto a la mitigación, como al combate de incendios forestales, reforestación, áreas protegidas; cuanto a la adaptación, como el establecimientos de áreas vulnerables, nulidad de actos administrativos violatorios de los planes de ordenación, control de la erosión, determinación de las capacidades de uso y de carga de las zonas costeras, etc.

Respecto a la normativa de agricultura y ganadería, Venezuela cuenta con el mismo vacío legislativo existente en Bolivia y Colombia en lo que atañe a la regulación de los procesos productivos generadores de GEI (destino final de residuos rurales, tratamiento de estiércol, arroz anegado, uso de fertilizantes, etc.).

La legislación de residuos recoge diversas pautas mitigantes, en la medida en que controlan la producción de desechos y privilegian el reuso y el reciclaje, la

36. La información mencionada en este subapartado fue extraída del informe elaborado por Isabel de los Ríos, intitulado "Diagnóstico da Legislação: identificação das normas com incidência em mitigação e adaptação às mudanças climáticas. Venezuela. 2009". Disponible en: [<http://www.planetaverde.org/mudancasclimaticas/index.php?ling=por&cont=pesquisa&codpais=5>].

37. Gaceta Oficial 27-12-1994, No. 4825 Ext., y 07-12-2004, No. 38081, respectivamente.

recuperación de energía y la disminución de sistemas de disposición final capaces de producir gases de efecto invernadero, como la incineración.

En cuanto al marco normativo de la energía, Venezuela no dispone de legislación sobre energías renovables, aunque su utilización figure en el Plan Económico y Social de la Nación 2007-2013. Tampoco hay normas sobre biocombustibles, lo que justifica la posición contraria del país a la adopción de esta fuente de energía, teniendo en cuenta sus riesgos para la seguridad alimentaria. Por otra parte, las referencias a la eficiencia energética también son bastante superficiales.

Por fin, en lo que concierne a los desastres, la normativa contempla diversas disposiciones de interés. El informe venezolano pone de relieve la Ley de Gestión Integral de Riesgos,³⁸ que define los escenarios de riesgo donde se deben emprender acciones a través de planes para caracterizar y disminuir los niveles de vulnerabilidad, y ciertas medidas que adoptar en caso de desastres. Además, interesa observar que dicha ley prevé, dentro del plazo de un año, la formulación del Plan Nacional de Adaptación al Cambio Climático. También merece destaque la existencia de diversas normas que prohíben la edificación o la ocupación de áreas vulnerables y las actividades capaces de provocar cambios de flujos, obstrucción de cauces y problemas de sedimentación.

Brasil, especial referencia

Como los demás países amazónicos, Brasil también es parte de la CMNUCC y del Protocolo de Kyoto. La primera fue aprobada por el Decreto Legislativo No. 1, de 03.02.1994, y promulgada por el Decreto No. 2652, de 01.07.1998, mientras que el segundo fue aprobado por el Decreto Legislativo No. 144, de 20.06.2002 y promulgado por el Decreto No. 5445, de 12.05.2005.

Las primeras modificaciones institucionales realizadas por el gobierno brasileño tuvieron por objetivo principalmente establecer los mecanismos necesarios a la aplicación del Protocolo de Kyoto, en lo que atañe a la aprobación de los proyectos MDL. En este sentido, en 1999, antes de la entrada en vigor de dicho Protocolo, Brasil creó la *Comissão Interministerial de Mudança Global do Clima*, compuesta por diversos ministerios del Ejecutivo Federal y presidida por el Ministerio de Ciencia y Tecnología. Más allá de la reglamentación y aprobación de los proyectos MDL, dicha comisión puede emitir evaluaciones de propuestas de políticas sectoriales y normas que contengan componentes incidentes en la mitigación y/o adaptación al cambio climático.³⁹

38. Publicada en G.O. 39095, del 9 de enero de 2009.

39. Más información sobre el Comité, así como sobre las resoluciones relacionadas con la aprobación de proyectos MDL, pueden ser consultadas en el siguiente enlace: [<http://www.mct.gov.br/index.php/content/view/4016.html>].

En el siguiente año se creó el *Fórum Brasileiro de Mudanças Climáticas*, con el objetivo de concienciar y movilizar la sociedad para la discusión y la toma de posición frente al cambio climático y los proyectos MDL. El fórum está compuesto, además del Ejecutivo Federal, de representantes del Legislativo, Estados, Municipios y de la sociedad civil.⁴⁰

El Ministerio de Medio Ambiente, órgano central del Sistema Nacional de Medio Ambiente y rector de la política ambiental, asignó la Secretaría de Cambio Climático y Calidad Ambiental como la responsable del tema.

Como consecuencia, y producto de esa reorganización institucional, se publicó, a finales de 2008, el Plan Nacional sobre Cambio Climático que se dedica a: a) identificar las oportunidades de mitigación en los distintos sectores;⁴¹ b) identificar los impactos, las vulnerabilidades y las posibilidades de adaptación; c) analizar la situación concerniente a la investigación y desarrollo; d) mapear las acciones de educación, capacitación y comunicación; y e) indicar los instrumentos para implementación de las acciones.⁴²

El siguiente paso fue la producción de legislación específica sobre el tema. En este punto es curioso observar que algunos estados y municipios de la Federación han tomado la delantera, aprobando normas que establecen políticas de cambio climático, antes que la Unión Federal. La norma federal sobrevino solamente en diciembre de 2009, como parte del conjunto de actos preparados por el país para fortalecer su posición en la Conferencia de Copenhague, ya que era a través de esta ley que Brasil demostraba al mundo su compromiso con la asunción de metas voluntarias de reducción de emisiones.⁴³ Debido a su carácter novedoso a nivel de los países amazónicos, se dedicará el apartado subsecuente a la presentación de los principales aspectos de dicha Ley.

La Política Nacional sobre Cambio Climático (PNMC)

Al contrario de algunas normas de política sobre cambio climático ya existentes en Brasil, como las leyes del Estado y del Municipio de São Paulo,⁴⁴ la PNMC es bastante genérica, limitándose a enumerar conceptos, objetivos, directri-

40. Más informaciones pueden ser obtenidas en la página web del Fórum: [<http://www.forumclima.org.br/>].

41. Se evalúan posibilidades de mitigación en los sectores de energía, forestas, agricultura y ganadería, industria, residuos, transporte y salud.

42. Comitê Interministerial Sobre Mudança Do Clima, Plano Nacional sobre Mudança do Clima (PNMC), Brasil, 2008. Disponible en: [<http://www.planetaverde.org/mudancasclimaticas/index.php?ling=por&cont=documentos>].

43. Se trata de la Ley Federal No. 12187, de 29-12-2009.

44. Ley Estadual No. 13798 de 09-11-2009, y Ley Municipal No. 14933 de 05-06-2009, respectivamente. Aunque no sea posible desarrollar en este artículo las características de las leyes del Estado y del Municipio de São Paulo, se considera que su lectura ilustra bastante bien la transversalidad del tema y la necesidad de actuación en los más diversos ámbitos para lograr una efectiva mitigación y adaptación.

ces e instrumentos generales. Así, no se encontrará en esa norma federal medidas y acciones específicas dirigidas a sectores determinados, tal como lo hace la ley del Municipio de São Paulo, por ejemplo, al prever medidas de mitigación y adaptación para los sectores de transporte, energía, residuos, salud, construcción y uso del suelo. En la política nacional dicho desarrollo fue expresamente remitido para reglamentación posterior por el Ejecutivo Federal.

Según la Ley, la PNMC debe buscar la conciliación entre el desarrollo económico y social y la protección del sistema climático, es decir, el país seguirá trabajando para alcanzar el nivel de desarrollo deseado, pero deberá optar por estrategias que privilegien la sostenibilidad, como, por ejemplo, la adopción de tecnologías más eficientes desde el punto de vista energético y menos contaminantes, así como de técnicas de manejo de recursos naturales más racionales.⁴⁵

Las acciones de mitigación objetivadas por la PNMC comprenden tanto la reducción de emisiones de gases de efecto invernadero como la ampliación de las remociones, por medio de los sumideros de GEI. Además, también pone de manifiesto la necesidad de consolidar y expandir el sistema de áreas protegidas y de incentivar las acciones de reforestación y de recomposición de áreas degradadas.

La adaptación, que muchas veces acaba por ocupar un lugar secundario en las discusiones sobre el cambio climático, aunque sea tan relevante en cuanto a la mitigación, en la medida en que un grado de cambio climático es inevitable, recibió la misma importancia que la mitigación entre los objetivos de la PNMC. A ese respecto, la norma resalta la importancia de la coordinación entre las tres esferas de la federación, lo que configura una previsión importante, una vez que especialmente las medidas de adaptación relacionadas con los desastres pasa por el ejercicio de competencia municipal, como es el caso del ordenamiento del uso del suelo.⁴⁶

La norma también preconiza amplia participación (sociedad, academia, sectores económicos, gobierno) en el desarrollo y aplicación de la PNMC e instrumentos asociados, sin descuidar de la instrumentalización necesaria para que ello ocurra: la ley también prevé la facilitación de información, la educación, la capacitación y la concienciación pública. Se trata de iniciativa loable teniendo en cuenta que el esfuerzo para el enfrentamiento del tema habrá de ser, necesariamente, colectivo.

Considerable destaque se ha dado a la promoción de la investigación científico-tecnológica y a la difusión de tecnologías, procesos y prácticas direccionados a la identificación de las vulnerabilidades (paso básico fundamental para acciones de adaptación); a la reducción de las incertidumbres relacionadas con las proyecciones climáticas nacionales y regionales; y a la mitigación. De hecho, en un campo tan complejo como el clima, repleto de incertidumbre, y cuyos efectos pueden

45. Artículos 3, IV, y 4, I.

46. Véase artículos 4, V, y 5, IV.

variar significativamente de acuerdo con la región considerada, debe ser objeto de constante desarrollo científico.

Entre los diversos instrumentos previstos por la PNMC se ponen de relieve los siguientes:

- a) el Plan Nacional sobre Cambio Climático;
- b) el Fondo Nacional sobre Cambio Climático;
- d) los Planes de Acción para la Prevención y Control de la Deforestación;
- e) los inventarios de emisión de GEI y similares;
- f) el establecimiento de estándares ambientales y metas cuantificables y pasibles de verificación; y
- g) la evaluación de impactos ambientales sobre el microclima y el macroclima.

La elevación de los Planes de Acción para la Prevención y Control de la Deforestación al rango de instrumento de la PNMC demuestra el reconocimiento de la necesidad de frenar la deforestación en Brasil, la cual constituye la principal fuente de emisiones de CO₂ nacionales, con un 75% del total.

Por otra parte, también se considera relevante la adopción de los inventarios de GEI como instrumento, una vez que el perfil de emisiones puede variar considerablemente entre ciudades y regiones. Tómese por ejemplo el municipio de São Paulo, cuya mayor fuente de emisiones proviene del uso de combustibles fósiles. Si este municipio pautara sus acciones con base al inventario nacional, que indica la deforestación como principal foco, su política se revelaría, como mínimo, ineficaz. La deforestación/cambio del uso de la tierra ocupa solamente el tercer lugar en el *ranking* de emisiones de esta ciudad. En otras palabras, conocer el perfil de emisiones es condición para la eficacia de la política en materia de cambio climático.

Los estándares ambientales en Brasil históricamente están ligados a su potencial contaminante, en directa relación con la salud humana. Por ello, por ejemplo, el CO₂ no cuenta con límites de emisión en nuestra legislación. Sin embargo, la previsión de control de emisiones de GEI por la PNMC deberá promover un cambio en esta concepción.

Por otra parte, la obligación de tomar en cuenta en la evaluación de impactos ambientales aquellos producidos o por producir sobre el microclima y el macroclima, resulta en la reorientación de los procedimientos de licenciamiento ambiental, adecuándolos a la nueva realidad y dimensión de impactos que entrañan las actividades.

La PNMC también dedica bastante atención a instrumentos de carácter económico y financiero, tales como medidas fiscales, tributarias, financiación, dotaciones presupuestarias, etc.⁴⁷

Por fin, interesa destacar dos temas de fundamental importancia que tuvieron su desarrollo remitido para reglamentos posteriores. El primero de ellos trata de la

47. Véase artículos 5, IX, 6, VI a XII, y 8.

elaboración de planes sectoriales de mitigación y adaptación al cambio climático, en los cuales se detallarán las directrices, medidas y acciones que deben ser tomadas en materia de energía, transporte, industria, minería, construcción civil, salud, agricultura y ganadería. Seguramente, se ha perdido una excelente oportunidad para definir, en una norma con rango de ley, las directrices generales orientadoras de dichos planes, los cuales, hasta el momento, no han sido elaborados.

El segundo tema se refiere a las metas de reducción de GEI asumidas por Brasil, como forma de demostrar al mundo su compromiso con el combate al cambio climático.

La PNMC se limita a fijar una meta de reducción entre 36,1 y 38,9%, respecto a sus emisiones proyectadas para el año 2020, de acuerdo con el segundo inventario brasileño de emisiones (en fase de elaboración y consulta pública). Tanto la proyección de emisiones, como el desdoblamiento de las acciones necesarias para alcanzar dicha meta y la definición de los sectores por ella afectados serán objeto de reglamento. Como todavía no se publica el reglamento, no se puede avanzar en el cumplimiento de las metas.

*La legislación sectorial*⁴⁸

Tal y como se verificó en los demás países amazónicos, la legislación sectorial brasileña cuenta con diversas normas que, si bien implementadas, pueden contribuir de forma significativa para la mitigación y adaptación al cambio climático. Es fundamental comprender que, más importante que contar con una ley específica sobre el tema, es la aplicación de la legislación sectorial con incidencia sobre el fenómeno. El éxito de la política de combate al cambio climático pasa necesariamente por la efectiva implementación de normas sectoriales que promueven tecnologías y prácticas sostenibles. En este sentido, por ejemplo, si Brasil efectivamente cumpliera con su legislación forestal, es bastante probable que no figurara entre los principales emisores de GEI del mundo, en función de las emisiones provenientes de la deforestación.

Así por ejemplo, dentro del marco del sector de energía, se encuentran normas que preconizan la eficiencia energética de máquinas y aparatos consumidores de energía, edificaciones, sistemas de iluminación pública, etc. Se trata del Programa Nacional de Conservación de Energía Eléctrica (PROCEL), cuya implementación se ve bastante desarrollada en lo que concierne a los electrodomésticos, altamente dependientes de fuentes fósiles. Por otro lado, esa condición le hace más

48. Más información sobre las normas sectoriales relacionadas con el cambio climático pueden obtenerse en los informes elaborados por Paula Cerski Lavratti y Vanêsa Buzelato Prestes, del Instituto O Direito por um Planeta Verde. Disponibles para consulta en el siguiente enlace: [<http://www.planetaverde.org/mudancasclimaticas/index.php?ling=por&cont=pesquisa&codpais=1>].

vulnerable a los cambios en los patrones de precipitación producidos por el cambio climático. En este sentido, se hace necesario que se incluya la variable climática en la planificación del sector, sea para que la definición de nuevas centrales lleve en cuenta los potenciales cambios en las lluvias y sus reflejos sobre la eficiencia productiva, sea para definir las estrategias de diversificación de las fuentes de energía.

En cuanto a los transportes, se ponen de relieve algunas normas que promueven la reducción de emisiones derivadas de la quema de combustibles fósiles, entre las cuales se puede mencionar la obligatoriedad de adición de un porcentaje de etanol en la gasolina y la inspección vehicular obligatoria.⁴⁹ Por otra parte, cabe referir, como se ha observado anteriormente, que las normas que establecen estándares de emisión de gases vehiculares no incluyen, hasta la actualidad, los gases de efecto invernadero, siendo necesaria su revisión, de acuerdo con los preceptos de la PNMC.

El sector de agricultura y ganadería está muy poco regulado desde el punto de vista ambiental. La agricultura es la principal responsable por la conversión del uso del suelo en el país y, paralelamente, está considerada como uno de los sectores que más serán afectados por los cambios del clima.⁵⁰ Entre las pocas normas con incidencia identificadas figuran aquellas destinadas a proteger el suelo contra la erosión y la desertificación; la ley sobre agricultura orgánica, que, al no admitir la utilización de fertilizantes nitrogenados, producidos a partir de combustibles fósiles, minimiza la emisión de GEI; y las restricciones a la utilización del fuego como técnica para la cosecha de la caña de azúcar, con lo que se evita la liberación del CO₂ derivado de la quema.

En lo que respecta a los residuos sólidos, es necesario destacar las normas que promueven la reducción, la reutilización y el reciclaje de residuos, con el fin de disminuir la cantidad de desechos depositados en rellenos sanitarios, que emitirán con su descomposición grandes cantidades de metano. Ya las normas relacionadas con las emisiones atmosféricas para las fuentes fijas no contemplan estándares para los GEI, siendo necesaria su revisión en los mismos términos defendidos para las emisiones vehiculares.

En cuanto a la deforestación, Brasil cuenta con numerosas normas que restringen la deforestación y, con ello, las emisiones de CO₂. Igualmente, ya existen normas que prevén el pago por servicios ambientales, en especial como resultado de la conservación de los bosques.

49. La inspección vehicular obligatoria verifica el estado de regulación del motor, para evitar un consumo de combustible por encima de lo necesario.

50. Un estudio reciente indica una alteración radical en la geografía de la producción agrícola de Brasil, con una migración de la mayoría de las culturas para regiones que reúnan mejores condiciones climáticas. Las pérdidas están estimadas en R\$ 7,4 mil millones ya en 2020, con la posibilidad de alcanzar R\$ 14 mil millones en 2070. Véase EMBRAPA y UNICAMP, *Aquecimento Global e a Nova Geografia da Produção Agrícola no Brasil*, São Paulo, 2008. Disponible en: [<http://www.planetaverde.org/mudancasclimaticas/index.php?ling=por&cont=documentos>].

La legislación forestal también prevé la obligatoriedad de conservación de áreas consideradas como riesgosas para la población, como las orillas de los ríos y las cuevas, tenidas como vulnerables a inundaciones y desprendimientos de tierra, dos consecuencias cuya intensidad y frecuencia se verán ampliadas como resultado del incremento de los episodios climáticos extremos.⁵¹ En este sentido, la protección de dichas áreas contribuye para la adaptación al cambio climático.

Otra norma interesante está relacionada con la adopción de criterios de sostenibilidad en las compras y las contrataciones públicas. Ello conlleva un peso especial, una vez que en Brasil los gobiernos federal, estatales y municipales constituyen grandes consumidores, al girar algo del orden de 10% del PIB brasileño al año.⁵² Así, al establecerse criterios de sostenibilidad –tales como productos que: i) cumplan con criterios de eficiencia energética; ii) sean reutilizables o reciclables; o iii) utilicen madera proveniente de talla debidamente autorizada–, el poder público estará no solamente reduciendo impactos ambientales, y, específicamente minimizando la emisión de GEI, sino también orientando el mercado hacia una producción de bienes más sostenibles.

Por último, en lo que atañe a los desastres, se menciona, entre otras normas, el rol de la normativa urbanística y de planificación urbana. Si habrá más episodios de precipitación intensa en cortos intervalos de tiempo, se hace fundamental, dentro de una estrategia eficiente de adaptación al cambio climático, dimensionar el sistema de encauzamiento de aguas pluviales, así como redefinir el índice de permeabilidad del suelo, con la finalidad de evitar inundaciones en las ciudades y los desastres que de ahí pueden producirse.

CONCLUSIÓN

Los países amazónicos, a pesar de compartir la misma foresta, tienen realidades bastante distintas y viven estadios diferentes de organización y actuación frente al cambio climático. En cuanto algunos ostentan considerables niveles de emisión, en especial Brasil, otros son más vulnerables a los efectos del cambio climático, demandando mayores esfuerzos de adaptación. En este contexto, las diferencias entre las formas de organización y de actuación pueden indicar una atención a la realidad local, lo que es altamente positivo.

51. Son las llamadas áreas de preservación permanente.

52. Ver Rachel Biderman, Luciana Betiol, Stocco Macedo, Laura Silvia Valente, Mario Monzoni, y Rubens Mazon, organizadores, “Governos Locais pela Sustentabilidade”, en *Guia de Compras Públicas Sustentáveis. Uso do poder de compra do governo para a promoção do desenvolvimento sustentável*, ICLEI, 2004, 2a. ed., p. 9. Disponible en: [<http://www.planetaverde.org/mudancasclimaticas/index.php?ling=por&cont=documentos>].

La estrategia de combate al cambio climático pasa por la adopción de acciones en los más variados sectores, lo que, a su vez, implica una reformulación o, para usar un término acorde al tema que nos ocupa, un reciclaje de las diversas ramas del Derecho para incluir la variable “cambio climático”. Con ello, ya se puede ir avanzando, independientemente del desarrollo de un marco legal específico.

Por otra parte, la falta de aplicación de muchas de las normas sectoriales mencionadas en este artículo parece constituir un obstáculo para que efectivamente se puedan ver los resultados de mitigación y adaptación que ellas conllevan. Urge cambiar esta situación para acercar el discurso formal de las normas a la realidad. De poco vale para el ambiente, y por consiguiente para la sociedad, contar con las normas más novedosas y modernas si ellas acaban por no implementarse.

BIBLIOGRAFÍA

Albán, María Amparo, y Andrés Delgado,

2009 “Diagnóstico da Legislação: identificação das normas com incidência em mitigação e adaptação às mudanças climáticas. Equador. 2009”, en *Centro Ecuatoriano de Derecho Ambiental (CEDA)*. Disponible en: [<http://www.planetaverde.org/mudancasclimaticas/index.php?ling=por&cont=pesquisa&codpais=6>].

Barros de Oliveira, Sonia Maria,

2008 “Base científica para a compreensão do aquecimento global”, en *Aquecimento Global: frias contendas científicas*, São Paulo, SENAC.

Beck, Ulrich,

2006 *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Jorge Navarro, Daniel Jiménez y Ma. Rosa Borrás, trads., Barcelona, Paidós.

Biderman, Rachel, Luciana Betiol, Stocco Macedo, Laura Silvia Valente, Mario Monzoni, y Rubens Mazon, organizadores,

2004 “Governos Locais pela Sustentabilidade”, en *Guía de Compras Públicas Sustentáveis. Uso do poder de compra do governo para a promoção do desenvolvimento sustentável*, ICLEI, 2a. ed. Disponible en: [<http://www.planetaverde.org/mudancasclimaticas/index.php?ling=por&cont=documentos>].

Calle Valladares, Isabel, y Carolina Tejada Pinto,

2009 “Diagnóstico da Legislação: identificação das normas com incidência em mitigação e adaptação às mudanças climáticas. Peru. 2009”, en *Sociedad Peruana de Derecho Ambiental (SPDA)*. Disponible en: [<http://www.planetaverde.org/mudancasclimaticas/index.php?ling=por&cont=pesquisa&codpais=4>].

Cerski Lavratti, Paula,

2011 *El Derecho ambiental como instrumento de gestión del riesgo tecnológico*, Tarragona, Quaderns de dret ambiental, Universidad Rovira i Virgili, [en prensa].

Comitê Interministerial Sobre Mudança Do Clima,

2008 *Plano Nacional sobre Mudança do Clima (PNMC)*, Brasil. Disponible en: [<http://www.planetaverde.org/mudancasclimaticas/index.php?ling=por&cont=documentos>].

Constitución ecuatoriana.

De los Ríos, Isabel,

“Diagnóstico da Legislação: identificação das normas com incidência em mitigação e adaptação às mudanças climáticas. Venezuela. 2009”. Disponible en: [<http://www.planetaverde.org/mudancasclimaticas/index.php?ling=por&cont=pesquisa&codpais=5>].

EMBRAPA y UNICAMP,

2008 *Aquecimento Global e a Nova Geografia da Produção Agrícola no Brasil*, São Paulo. Disponible en: [<http://www.planetaverde.org/mudancasclimaticas/index.php?ling=por&cont=documentos>].

Gomes Canotilho, José Joaquim,

2008 “Direito Constitucional Ambiental Português e da União Européia”, en *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*, organizado por José Joaquim Gomes Canotilho y José Rubens Morato Leite, São Paulo, Saraiva.

IPCC,

2007 *Cambio climático 2007: Informe de síntesis. Contribución de los Grupos de trabajo I, II y III al Cuarto Informe de evaluación del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático*, Rajendra K. Pachauri y Andy Reisinger, dirs., Ginebra.

Macías Gómez, Luis Fernando, Guillermo Tejeiro Gutiérrez y María Alejandra Morales Sierra,

2009 *Diagnóstico da Legislação: identificação das normas com incidência em mitigação e adaptação às mudanças climáticas. Colômbia. 2009*, Instituto Colombiano de Derecho Ambiental (ICDA). Disponible en: [<http://www.planetaverde.org/mudancasclimaticas/index.php?ling=por&cont=pesquisa&codpais=3>].

Nobre, Carlos,

2010 Conferencia magistral “Mudanças Climáticas Globais: Porque devemos nos preocupar?”, Brasil, Universidade Federal do Rio Grande do Sul-UFRGS, abril.

Protocolo de Kyoto.

Real Ferrer, Gabriel,

2010 “Reflexiones sobre el cambio climático y el papel del Derecho y de los jueces”, ponencia durante el panel “Desafios do Direito frente às Mudanças Climáticas”, Porto Alegre, 6to Fórum Internacional de Jueces. Disponible en: [<http://www.planetaverde.org/mudancasclimaticas/index.php?ling=por&cont=eventos>].

Sociedad Boliviana de Derecho Ambiental (SBDO),

“Diagnóstico da Legislação: identificação das normas com incidência em mitigação e adaptação às mudanças climáticas. Bolívia”. Disponible en: [<http://www.planetaverde.org/mudancasclimaticas/index.php?ling=por&cont=pesquisa&codpais=2>].

LOS DERECHOS DE LA NATURALEZA: UNA LECTURA SOBRE EL DERECHO A LA EXISTENCIA

Alberto Acosta¹

*Hemos tardado demasiado tiempo en percibir nuestra identidad terrenal...
la historia ha progresado por el lado malo.*

Karl Marx

La acumulación material, mecanicista e interminable de bienes, asumida como progreso, no tiene futuro. Los límites de los estilos de vida sustentados en la visión ideológica del progreso antropocéntrico son cada vez más notables y preocupantes. Si queremos que la capacidad de absorción y resiliencia de la Tierra no colapse, debemos dejar de ver los recursos naturales como una condición para el crecimiento económico o como simple objeto de las políticas de desarrollo. Y debemos aceptar que lo humano se realiza en comunidad, con y en función de otros seres humanos, como parte integrante de la naturaleza, sin pretender dominarla.

Esto nos conduce a aceptar que la Naturaleza, en tanto construcción social, es decir en tanto término conceptualizado por los seres humanos, debe ser reinterpretada y revisada íntegramente si no queremos poner en riesgo la vida del ser humano en el planeta. Para empezar cualquier reflexión aceptemos que la humanidad no está fuera de la Naturaleza y que esta tiene límites biofísicos.

Cuando se plantean los derechos de la naturaleza, no se trata de renunciar al amplio y rico legado científico ni mucho menos renunciar a la razón para refugiarnos, en nuestra angustia o perplejidad por la marcha del mundo, en misticismos antiguos o de nuevo cuño, o en irracionalismos políticos. Recordemos que todavía ahora en los Estados Unidos hay grupos “creacionistas” que reniegan de Darwin como lo hicieron los obispos victorianos.

Investigar la Naturaleza, como lo han hecho los humanos desde un inicio, usando cada vez más los métodos de análisis de la ciencia, es inevitable e indispensable. Esto, sin embargo, no nos puede llevar a ignorar que algunas aplicaciones

1. Profesor e investigador de la FLACSO.

tecnológicas pueden producir efectos secundarios nocivos. No todas las ciencias, ni todas las tecnologías que de ella se derivan, son buenas o bien empleadas. El estudio de la radioactividad, por ejemplo, llevó, entre otros resultados, a fabricar bombas atómicas, introduciendo dudas y arrepentimiento en los propios físicos. Esa ciencia y esa tecnología, mejor digamos esa aplicación de la ciencia, son cuestionables. Igualmente hay otras tecnologías peligrosas. Por ejemplo aquellas agrarias basadas en la química y en una visión reduccionista que conduce al monocultivo, que han llevado a la pérdida de biodiversidad. La lista puede alargarse.

En la base del ecologismo actual hay una comprensión científica de la Naturaleza y al mismo tiempo una admiración, una reverencia, una identidad con la Naturaleza, muy lejos de sentimientos de posesión y dominación, muy cerca de la curiosidad y del amor.

De todas maneras, sin negar los valiosos aportes de la ciencia, la voracidad por acumular el capital –el sistema capitalista– forzó a las sociedades humanas a subordinar a la Naturaleza. Con diversas ideologías, ciencias y técnicas se intentó separar brutalmente al ser humano de la Naturaleza. Fue una suerte de tajo al nudo gordiano. El capitalismo, en tanto “economía-mundo”,² transformó a la Naturaleza en una fuente de recursos aparentemente inagotable, esto como sabemos, no es sostenible.

A pesar de esta constatación, el capitalismo busca ampliar espacios de maniobra mercantilizando cada vez más la Naturaleza. Los mercados de carbono y de servicios ambientales asoman como la más reciente frontera de expansión para sostener la acumulación del capital. Se lleva la conservación de los bosques al terreno de los negocios. Se mercantiliza y privatiza el aire, los bosques y la Tierra misma. Al parecer no importa que la serpiente capitalista continúe devorando su propia cola, poniendo en riesgo su propia existencia y de la humanidad misma.

El capitalismo, demostrando su asombroso y perverso ingenio para buscar y encontrar nuevos espacios de explotación, está colonizando el clima.³ Este ejercicio neoliberal extremo, del cual no se libran los gobiernos “progresistas” de América Latina, convierte la capacidad de la Madre Tierra en un negocio para reciclar el carbono. Y lo que resulta preocupante, la atmósfera es transformada cada vez más en una nueva mercancía diseñada, regulada y administrada por los mismos actores que provocaron la crisis climática y que reciben ahora subsidios de los gobiernos con un complejo sistema financiero y político. Recordemos que este proceso de pri-

2. Ver Inmanuel Wallerstein, *El capitalismo histórico*, Bogotá, Siglo XXI, 1988. El “socialismo realmente existente”, en realidad, formaba parte de dicha economía-mundo. Nunca logró erigirse como una opción alternativa en términos civilizatorios.
3. Ver Larry Lohmann, *Mercados de carbono: la neoliberalización del clima*, Quito, Abya-Yala, 2012.

vativación del clima se inició en la época neoliberal impulsado por el Banco Mundial, la Organización Mundial del Comercio y otros tratados complementarios.

En síntesis, estos instrumentos de la denominada “economía verde” no evitan la destrucción ambiental. Apenas posponen la solución de los problemas. Eso sí, garantizando al capital nuevos mecanismos de acumulación mientras el deterioro ambiental aumenta.

UNA COMPLEJA RELACIÓN CON LA NATURALEZA

Desde los albores de la humanidad el miedo a los impredecibles elementos de la Naturaleza estuvo presente en la vida de los seres humanos.⁴ Poco a poco la ancestral y difícil lucha por sobrevivir se fue transformando en un desesperado esfuerzo por dominar la Naturaleza. Paulatinamente el ser humano, con sus formas de organización social antropocéntricas, se puso figurativamente hablando por fuera de la Naturaleza, se llegó a definirla sin considerar a la humanidad como parte integral de la misma. Y con esto quedó expedita la vía para dominarla y manipularla.

Sir Francis Bacon (1561-1626), célebre filósofo renacentista, plasmó esta ansiedad en un mandato, cuyas consecuencias las estaríamos viviendo en la actualidad, al reclamar que “la ciencia torture a la Naturaleza, como lo hacía el Santo Oficio de la Inquisición con sus reos, para conseguir develar el último de sus secretos”.⁵ Por cierto que esta visión de dominación tiene raíces judeocristianas mucho más profundas. En el Génesis se dice: “Hagamos al ser humano a nuestra imagen y semejanza. Que tenga dominio sobre los peces del mar, y sobre las aves del cielo; sobre los animales domésticos, sobre los animales salvajes, y sobre todos los reptiles que se arrastran por el suelo”.

No fue solo Bacon. También René Descartes (1596-1650), uno de los pilares del racionalismo europeo, consideraba que el universo es una gran máquina sometida a leyes. Todo quedaba reducido a materia (extensión) y movimiento.⁶ Con esta metáfora, él hacía referencias a Dios como el gran relojero del mundo, encargado no solo de “construir” el universo, sino de mantenerlo en funcionamiento. Y al analizar el método de la incipiente ciencia moderna, decía que el ser humano debe

4. Ese miedo hizo a los dioses: *deos fecit metus*. Hay interpretaciones de la mitología de los pueblos “salvajes” en el sentido de que son un intento de comprender lo que les rodea.
5. Sobre esta afirmación se puede consultar, además, en Manfred Max Neef, conferencia dictada en noviembre de 2005, en la Universidad EAFIT, Medellín, Colombia, en: [http://www.max-neef.cl/download/Max_Neef_El_poder_de_la_globalizacion.pdf].
6. La “duda metódica” también es cartesiana. Y la aplicación de la vieja distinción (probablemente platónica) de *res cogitans* y *res extensa*.

convertirse en dueño y poseedor de la Naturaleza. De la fuente cartesiana se han nutrido otros filósofos notables, como Baruch de Spinoza (1632-1677).⁷

La curiosidad por el funcionamiento de la Naturaleza está presente desde los inicios de la humanidad. Basta recordar la investigación de los eclipses y de los movimientos de los astros en las antiguas civilizaciones de Egipto y de Asia, el descubrimiento de la agricultura en diversos lugares del mundo hace ocho o diez mil años con complejos sistemas de cultivo que combinaban especies y variedades de plantas. Estos hechos muestran, además, que la ciencia no es solo europea y occidental. Otro ejemplo, esta vez andino, son los métodos prehispánicos para averiguar con varios meses de anticipación el fenómeno de El Niño por la observación del firmamento nocturno. Aquí cabría un largo etcétera.

DE LOS MANDATOS FILOSÓFICOS A LAS ACCIONES IMPERIALES

Los múltiples procesos imperiales plasmaron en la práctica el cumplimiento del mandato de dominación sobre la Naturaleza. Este pensamiento de dominación está en el punto de partida de procesos de colonización que se expandieron por el globo terráqueo. Recordemos que Cristóbal Colón (1451-1506) en su histórico viaje en 1492 buscaba recursos naturales, especialmente especerías, sedas, piedras preciosas y sobre todo oro.⁸ Al viaje de Colón siguieron la conquista y la colonización. Con ellas, en nombre del poder imperial y de la fe, empezó una explotación inmisericorde de recursos naturales, con el consiguiente genocidio de muchas poblaciones indígenas:

Desde que la espada y la cruz desembarcaron en tierras americanas, la conquista europea castigó la adoración de la Naturaleza, que era pecado de idolatría, con penas de azote, horca o fuego. La comunión entre la Naturaleza y la gente, costumbre pagana, fue abolida en nombre de Dios y después en nombre de la civilización. En toda América, y en el mundo, seguimos pagando las consecuencias de ese divorcio obligatorio.⁹

Desde entonces la devastación social y por ende ambiental fue la norma. La desaparición de pueblos indígenas enteros, es decir mano de obra barata y sometida, se cubrió con la incorporación de esclavos provenientes de África; esclavos

7. Muchas de las reflexiones de este punto las he construido gracias a un intercambio de opiniones con Joan Martínez Alier.

8. Según Colón, quien llegó a mencionar 175 veces en su diario de viaje este metal precioso, “el oro es excelentísimo; del oro se hace tesoro, y con él, quien lo tiene, hace cuanto quiere en el mundo, y llega incluso a llevar las almas al paraíso”.

9. Eduardo Galeano, “La naturaleza no es muda”, en *Semanario Brecha*, Montevideo, 18-04-08.

que luego constituirían un importante aporte para el proceso de industrialización al ser mano de obra en extremo barata.¹⁰ Ya en esa época, para sentar las bases del mercado global, se fraguó un esquema extractivista de explotación de Naturaleza desde las colonias en función de las demandas de acumulación del capital de los países imperiales, los actuales centros del entonces naciente sistema capitalista.

El espíritu dominante de esa época se plasmó en sucesivos descubrimientos de nuevos territorios en donde se veía su potencial por los recursos naturales disponibles. Así, por ejemplo, el “descubrimiento” económico del Amazonas se dio en 1640, cuando el padre Cristóbal de Acuña, enviado del rey de España, informó a la corona sobre las riquezas existentes en los territorios “descubiertos” por Francisco de Orellana (1540). Acuña encontró maderas, cacao, azúcar, tabaco, minas, oro; recursos que aún alientan el accionar de los diversos intereses de acumulación nacional y transnacional en la Amazonía.

Sin embargo, no toda la ciencia es occidental, ni toda ella puede explicarse por la avidez de explotar la Naturaleza. Si bien Charles Darwin (1809-1882), en su narración del viaje en el *Beagle*, comentó a menudo sobre los recursos naturales de América, incluido el uso del guano en el Perú, su motivación principal, como luego se vio, era estudiar el origen y la evolución de las especies.

Hay por igual algo bello y admirable en la lucha de la razón científica contra el dogma religioso: Galileo Galilei (1564-1642) en su tiempo, Darwin más de dos siglos después. Conocer los cambios desde la primera forma de vida en la Tierra de la especie humana, pasando por los monos, es un resultado de la ciencia occidental (en plena era imperialista) que irrita a fundamentalistas religiosos, pero que no choca, sino que apoya, el sentimiento de reverencia y respeto por la Naturaleza.

En los países andinos no solo tuvimos la visita de Darwin, sino, antes que él, la de Charles Marie de la Condamine (1701-1774) que midió el meridiano terrestre. De una larga lista de ilustres visitantes científicos, de los que apenas mencionamos un par, cabe destacar a Alexander von Humboldt (1769-1859). Él fue el “segundo descubridor” de América y por cierto uno de los pioneros en la universalización del conocimiento científico. El afán científico que movió a este gran berlinés, enemigo de la corona borbónica y de la esclavitud, no puede desvincularse de la expansión económica y política de las potencias europeas; vivíamos una fase de acelerada expansión imperialista.

Sus obras –sin que esto represente una acusación en su contra–, escritas a raíz de su larga expedición por Nuestra América (1799-1804),

10. Karl Marx, *Miseria de la Filosofía*, 1846, en: [<http://www.marxists.org/espanol/m-e/1847/miseria/005.htm>]: “Sin esclavitud no habría algodón; sin algodón no habría industria moderna. La esclavitud ha dado su valor a las colonias, las colonias han creado el comercio universal, el comercio universal es la condición necesaria de la gran industria. Por tanto, la esclavitud es una categoría económica de la más alta importancia”.

tuvieron repercusiones políticas y económicas muy profundas, pero también ambivalentes. Aquellas obras atrajeron fundamentalmente el interés del incipiente capitalismo colonial. ¿Cómo, todavía existen esos territorios inmensos en una economía por desarrollar y esos fabulosos yacimientos, y esa mano de obra dócil y poco exigente? Pues vamos a excavar allí nuestras minas (de plata, claro está) y a construir nuestros altos hornos; vamos a invertir nuestros capitales en aquellas tierras y a desarrollar en ellas nuestros métodos de trabajo.¹¹

Así escribía durante el exilio mexicano, el gran intelectual alemán Egor Erwin Kisch, en la revista *Freies Deutschland*, editada en 1942.

Humboldt lo sabía, “los progresos de los conocimientos cósmicos exigieron el precio de todas las violencias y horrores que los conquistadores, que se tenían a sí mismos por civilizados, extendieron por todo el continente”,¹² escribió en su obra magna *Cosmos*. ¿Cuánto de ese espíritu descubridor-conquistador está todavía vigente?, es una pregunta que flota en el ambiente.

Humboldt quería ver qué recursos había en América pero también quería hacer ciencia pura (subiendo al Chimborazo con sus guías, no sin esfuerzo, para medir la temperatura de ebullición del agua). Cuentan que Humboldt –maravillado por la geografía, la flora y la fauna de la región– veía a sus habitantes como si fueran mendigos sentados sobre un saco de oro, refiriéndose a sus inconmensurables riquezas naturales no aprovechadas. Alejandro von Humboldt, de alguna manera, ratificó nuestra misión exportadora de Naturaleza en lo que sería el mundo poscolonial. Nos vio como territorios conminados a aprovechar de los recursos naturales existentes; un aprovechamiento inspirado en el ejercicio de la razón, la razón explotadora de la época.¹³

La química agraria de Justus von Liebig (1803-1873), un conocido químico alemán (quien inició el estudio de los grandes ciclos biogeoquímicos, y por tanto está en el origen de la ciencia de la ecología), tiene también conexiones andinas. Su estudio de las propiedades del guano, enviado a Europa en grandes cargamentos desde el Perú a partir de 1840, llevó a entender la ciencia de los nutrientes de la agricultura. Claro que el guano, como abono, era ya conocido como fertilizante desde antes de los Incas. ¿Qué añade o que pretende añadir la ciencia occidental? Apenas explicaciones teóricas, elaboración de hipótesis, comprobaciones empíricas en laboratorios, con validez generalizada.

11. No difiere mucho del “punto cuarto” del discurso inaugural del presidente Harry Truman en enero de 1949.
12. Algo parecido sucedió y sucede con los blancos, criollos y mantuanos, que en aras del progreso propiciaron un verdadero genocidio poscolonial en los pueblos originarios (Uruguay y Argentina).
13. Otro viajero ilustre fue Jean Baptiste Boussingault, 1802-1887, continuador del trabajo de Humboldt en el estudio de los recursos naturales de América, y descubridor más tarde del ciclo de nitrógeno.

AMÉRICA LATINA GRAN EXPORTADORA DE NATURALEZA

Como se anotó antes, nuestra Abya Yala, como lo fue África y Asia, fue integrada en el mercado mundial como suministradora de recursos primarios desde hace más de 500 años.¹⁴ De esta región salieron el oro, la plata y las piedras preciosas que financiarían la expansión del imperio español, pero, sobre todo, el surgimiento del capitalismo en la Europa central. Esta riqueza hizo bascular el centro del sistema mundial de Asia (que tenía su propia crisis interna, en particular China) a Europa. Y desde entonces estas tierras americanas, sobre todo las del sur, asumieron una posición sumisa en el contexto internacional al especializarse en extraer recursos naturales para el mercado mundial. Conseguida la independencia de España los países de América Latina siguieron exportando recursos naturales, es decir Naturaleza, tal como lo habían hecho en la colonia.

El mensaje de Humboldt encontró una interpretación teórica en David Ricardo; este importante economista inglés recomendaba que un país debía especializarse en la producción de aquellos bienes con ventajas comparativas o relativas, y adquirir de otro aquellos bienes en los que tuviese una desventaja comparativa. Según él, Inglaterra, en su ejemplo, debía especializarse en la producción de telas y Portugal en vino. Sobre esta base se construyó el fundamento de la teoría del comercio exterior.¹⁵

Esta tesis, tan mencionada por los economistas, no aceptaba o no reconocía que se trataba simplemente de la lectura de una imposición imperial. La división del trabajo propuesta por Ricardo se plasmó en el acuerdo de Methuen firmado en Lisboa el 27 de diciembre de 1703 entre Portugal e Inglaterra.¹⁶ En dicho acuerdo, de apenas tres artículos, seguramente el más corto de la historia diplomática europea, se establecía que los portugueses comprarían paños y productos textiles a Inglaterra y, como contrapartida, los británicos concederían trato favorable a los vinos procedentes de Portugal.¹⁷

14. Eurasia, según André Gunder Frank, ya era un sistema-mundo integrado con intercambios culturales y económicos (ruta de la seda) y con ciclos de hegemonía (los califatos árabes, la India, la China) y ciclos económicos. La incorporación de América (el oro) hace que el centro se desplace hacia Europa. Eso fue, además, posible por la crisis interna de la potencia hegemónica china. La incorporación de América, África y posteriormente Australia e islas del Pacífico, hacen que el sistema-mundo sea, por primera vez, un sistema mundial.

15. David Ricardo, *Principios de economía política y tributación*, Pirámide, 1817.

16. Se le conoce como acuerdo o tratado de Methuen porque al frente de las negociaciones de este tratado estuvo el embajador inglés John Methuen. Por Portugal intervino Manuel Teles da Silva, marqués de Alegrete.

17. Gran Bretaña, para recordar a la primera nación capitalista industrializada con vocación global, no practicó la libertad comercial que tanto defendía. Es más, con su flota impuso en varios rincones

Desde entonces, imbricada profundamente con el modelo de acumulación primario-exportador, se consolidó una visión pasiva y sumisa de aceptación de este posicionamiento en la división internacional del trabajo en muchos de nuestros países ricos en recursos naturales. Dicha aceptación se ha mantenido profundamente enraizada en amplios segmentos de estas sociedades, como que se tratara de un ADN insuperable. En estas sociedades no se acaba de entender que los efectos multiplicadores que tiene la manufactura sobre el resto de la economía son muchísimo mayores que los que tiene el extractivismo. Fabricar un radio, un televisor, un auto o una computadora, por ejemplo, implica muchas empresas secundarias y exige esfuerzos en otros sectores (investigación). Hacer un agujero en la tierra para sacar minerales, no tanto.

Para muchos gobernantes, incluso aquellos considerados como progresistas, les es casi imposible imaginarse una senda de liberación de esta “maldición de la abundancia” de los recursos naturales.

El deseo de dominar la Naturaleza para transformarla en productos exportables ha estado presente permanentemente en la región. En los albores de la Independencia, frente al terremoto en Caracas, que ocurrió en 1812, Simón Bolívar pronunció una célebre frase, que marcó la época: “Si la Naturaleza se opone lucharemos contra ella y haremos que nos obedezca”. Más allá de las lecturas patrióticas que ven en ese pronunciamiento y la decisión del líder para enfrentar las adversidades, lo que debe quedar claro es que Bolívar actuaba de acuerdo con las demandas de la época, estaba convencido –en consonancia con el pensamiento imperante en ese entonces– de que se podía dominar a la Naturaleza.

Lo curioso es que ese espíritu de dominación no ha sido superado a pesar de que ya desde hace muchos años atrás sabemos que es imposible continuar por la actual senda depredadora de la Naturaleza. Así, no hace mucho el presidente ecuatoriano Rafael Correa, ante los racionamientos de energía eléctrica provocados por el prolongado estiaje y la ausencia de respuestas oportunas, considerándolos como el producto de una adversidad ambiental, declaró públicamente en una de sus alo-

del planeta sus intereses: introdujo a cañonazos el opio a los chinos, a cuenta de la presunta libertad de comercio, o bloqueó los mercados de sus extensas colonias para protegerlos con el fin de mantener el monopolio para colocar sus textiles. Históricamente el punto de partida de las economías exitosas se basó en esquemas proteccionistas, muchos de los cuales siguen vigentes de diversas formas hasta ahora. Los alemanes, inspirados en Friedrich List, lograron su desarrollo con medidas proteccionistas en contra del discurso librecambista dominante en el siglo XIX. Los estadounidenses buscaron una senda diferente a la que predicaban los ingleses; Ulysses Grant, héroe de la guerra de secesión y luego presidente de EE. UU. (1868-1876), fue categórico cuando declaró que “dentro de 200 años, cuando América haya obtenido del proteccionismo todo lo que pueda ofrecer, también adoptará el libre comercio”; y vaya que lo lograron antes, incluso apoyándose una y otra vez en sus marines. Y los países asiáticos, Japón y ahora China inclusive, tampoco fueron ni son librecambistas. Ver Ha-Joon Chang, *Kicking Away the Ladder-Development Strategy in Historical Perspective*, Londres, Anthem Press, 2002.

cuciones sabatinas que, “si la Naturaleza con esta sequía se opone a la revolución ciudadana, lucharemos y juntos la venceremos, tengan la seguridad”.¹⁸

También la ilusión del extractivismo todopoderoso, plasmado en la metáfora de Alejandro von Humboldt, sigue vigente. El mismo presidente ecuatoriano, en su informe a la nación, el 15 de enero del año 2009, para defender la –inconstitucional– Ley de Minería usó la misma metáfora que el connotado naturalista y geógrafo alemán cuando dijo que “no daremos marcha atrás en la Ley de Minería, porque el desarrollo responsable de la minería es fundamental para el progreso del país. No podemos sentarnos como mendigos en el saco de oro”. Este mensaje lo repite cansinamente una y otra vez. Así, el mismo presidente el 25 de octubre de 2011, cuando fue a visitar Quimsacocha, lugar en donde existe un yacimiento aurífero, reiteró que “la minería es fundamental para la era moderna. Sin ella regresamos a la época de las cavernas. No podemos caer en la irresponsabilidad de ser mendigos sentados en un saco de oro”.

Al extractivismo se lo acepta todavía como la fuente de financiamiento para conseguir el desarrollo. Es más, negarlo, desde esta visión todavía bastante extendida, cerraría las puertas del desarrollo. El presidente del Estado Plurinacional de Bolivia, Evo Morales, ante la propuesta de no ampliar la frontera petrolera en la Amazonía boliviana, fue categórico, “¿de qué, entonces, es que va a vivir Bolivia, si algunas ONG dicen ‘Amazonía sin petróleo’ (...) Están diciendo, en tres palabras, que el pueblo boliviano no tenga plata, que no haya regalías, pero también van diciendo que no haya el bono Juancito Pinto, ni la Renta Dignidad, ni el bono Juana Azurduy”.

La respuesta del presidente Alan García, en junio de 2009, ante las protestas de los indígenas amazónicos contrarios a actividades extractivistas, que terminaron en una masacre, no puede ser más decidora:

Ya está bueno, estas personas no tienen corona, no son ciudadanos de primera clase que puedan decirnos 400 mil nativos a 28 millones de peruanos ‘tú no tienes derecho de venir por aquí’, de ninguna manera, eso es un error gravísimo y quien piense de esa manera quiere llevarnos a la irracionalidad y al retroceso primitivo.

La Naturaleza, en suma, sigue siendo asumida, por gobiernos de diferente orientación ideológica, como un elemento a ser domado, explotado y por cierto mercantilizado. La Naturaleza y concretamente los recursos naturales son vistos como los pilares para construir el desarrollo. Los gobernantes *progresistas* tratan de acelerar el salto hacia la ansiada modernidad forzando el extractivismo, con una suerte de modernización pasadista, que hermana a los gobiernos *progresistas* con los gobiernos neoliberales. Parecería que estos gobiernos *progresistas*, más allá

18. 7 de noviembre de 2009.

del discurso, no son capaces de diseñar y llevar adelante opciones diferentes a la modalidad de acumulación extractivista.

LOS AMENAZADOS LÍMITES DE LA NATURALEZA

Frente a esta añeja visión de dominación y explotación, sostenida en el divorcio profundo de la economía y la Naturaleza, causante de crecientes problemas globales, han surgido varias voces de alerta.

A mediados de la segunda mitad del siglo XX el mundo enfrentó un mensaje de advertencia. La Naturaleza tiene límites. En 1972, en el Informe del Club de Roma, conocido como “los límites del crecimiento” o el Informe Meadows, el mundo fue confrontado con esa realidad indiscutible.¹⁹ Una realidad escamoteada por la voracidad de las demandas de acumulación del capital, que se sostienen en la firme y dogmática creencia en el poder todopoderoso de la ciencia. El punto es claro, la Naturaleza no es infinita, tiene límites y estos límites están a punto de ser superados, si no lo están siendo ya. Este informe, que desató diversas lecturas y suposiciones, aunque no trascendió mayormente en la práctica, dejó plantado en el mundo por un lado una señal de alerta, por otro, una demanda: no podemos seguir por la misma senda, al tiempo que requerimos análisis y respuestas globales.

Son ya muchos los economistas de prestigio como Nicholas Georgescu-Roegen, Kenneth Boulding, Herman Daly, Roefie Hueting o Joan Martínez Alier, que han demostrado las limitaciones del crecimiento económico. Incluso Amartya Sen, Premio Nobel de Economía, quien no cuestiona el mercado ni el capitalismo, rompió lanzas en contra del crecimiento económico visto como sinónimo de desarrollo.²⁰ En la actualidad se multiplican los reclamos, sobre todo en los países industrializados, por una economía que propicie no solo el crecimiento estacionario, sino el “decrecimiento”.²¹

En los países subdesarrollados es por lo menos hora de diferenciar el crecimiento “bueno” del crecimiento “malo”. Manfred Max-Neef, economista de gran renombre, es categórico al respecto:

19. El problema de aquel informe es que se adelantó y, al no cumplirse, se deslegitimó. Algo parecido puede estar pasando con el “cambio climático” y los diferentes “afeites” a los que se ha sometido la realidad para que encaje con la teoría. Demasiados intereses por un lado y por otro.
20. Él afirmó que “las limitaciones reales de la economía tradicional del desarrollo no provinieron de los medios escogidos para alcanzar el crecimiento económico, sino de un reconocimiento insuficiente de que ese proceso no es más que un medio para lograr otros fines. (...) No solo ocurre que el crecimiento económico es más un medio que un fin; también sucede que para ciertos fines importantes no es un medio muy eficiente”.
21. Aquí podríamos citar los trabajos de Enrique Leff o Serge Latouche, seguidores tardíos de John Stuart Mill, economista inglés, quien en 1848 anticipó algunas reflexiones fundacionales de lo que hoy se conoce como una economía estacionaria.

Si me dedico, por ejemplo, a depredar totalmente un recurso natural, mi economía crece mientras lo hago, pero a costa de terminar más pobres. En realidad la gente no se percata de la aberración de la macroeconomía convencional que contabiliza la pérdida de patrimonio como aumento de ingreso. Detrás de toda cifra de crecimiento hay una historia humana y una historia natural. Si esas historias son positivas, bien venido sea el crecimiento, porque es preferible crecer poco pero crecer bien, que crecer mucho pero mal.²²

Ahora, cuando los límites de sustentabilidad del mundo están siendo literalmente superados, es indispensable además, buscar soluciones ambientales vistas como una asignatura universal. Por un lado, los países empobrecidos y estructuralmente excluidos deberán buscar opciones de vida digna y sustentable, que no representen la reedición caricaturizada del estilo de vida occidental. Mientras que, por otro lado, los países “desarrollados” tendrán que resolver los crecientes problemas de inequidad internacional que ellos han provocado y, en especial, tendrán que incorporar criterios de suficiencia en sus sociedades antes que intentar sostener, a costa del resto de la humanidad, la lógica de la eficiencia entendida como la acumulación material permanente. Los países ricos, en definitiva, deben cambiar su estilo de vida que pone en riesgo el equilibrio ecológico mundial, pues desde esta perspectiva también son de alguna manera subdesarrollados o “maldesarrollados”.²³ A la par deben asumir su corresponsabilidad para dar paso a una restauración global de los daños provocados; en otras palabras, deben pagar su deuda ecológica.²⁴

La crisis provocada por la superación de los límites de la Naturaleza conlleva necesariamente a cuestionar la institucionalidad y la organización sociopolítica. Tengamos presente que “en la crisis ecológica no solo se sobrecargan, distorsionan

22. Ver la carta abierta de Max Neef al ministro de Economía de Chile, 4 de diciembre de 2001.

23. Ver, por ejemplo, Samir Amin, *Maldevelopment-Anatomy of a Global Failure*, 1990. Disponible en: [<http://www.unu.edu/unupress/unupbooks/uu32me/uu32me00.htm>].

24. No se trata solo de una deuda climática. Esta deuda, que se originó con la explotación colonial –la extracción de recursos minerales o la tala masiva de los bosques naturales, por ejemplo–, se proyecta tanto en el “*intercambio ecológicamente desigual*”, como en la “*ocupación gratuita del espacio ambiental*” de los países empobrecidos por efecto del estilo de vida depredador de los países industrializados. Aquí cabe incorporar las presiones provocadas sobre el medioambiente a través de las exportaciones de recursos naturales –normalmente mal pagadas y que tampoco asumen la pérdida de nutrientes y de la biodiversidad, para mencionar otro ejemplo– provenientes de los países subdesarrollados, exacerbadas por los crecientes requerimientos que se derivan del servicio de la deuda externa y de la propuesta aperturista a ultranza. La deuda ecológica crece, también, desde otra vertiente interrelacionada con la anterior, en la medida que los países más ricos han superado largamente sus equilibrios ambientales nacionales, al transferir directa o indirectamente “*polución*” (residuos o emisiones) a otras regiones sin asumir pago alguno. A todo lo anterior habría que añadir la biopiratería, impulsada por varias corporaciones transnacionales que patentan en sus países de origen una serie de plantas y conocimientos indígenas. Por eso bien podríamos afirmar que no solo hay un intercambio comercial y financieramente desigual, sino que también se registra un intercambio ecológicamente desequilibrado y desequilibrador.

agotan los recursos del ecosistema, sino también los ‘sistemas de funcionamiento social’, o, dicho de otra manera: se exige demasiado de las formas institucionalizadas de regulación social; la sociedad se convierte en un riesgo ecológico”.²⁵ Riesgo que amplifica las tendencias excluyentes y autoritarias, así como las desigualdades e inequidades tan propias del sistema capitalista. Tal como lo entendía el economista austriaco Joseph Schumpeter, es un sistema de valores, un modelo de existencia y una civilización, la civilización de la desigualdad.

Ante estos retos, aflora con fuerza la necesidad de repensar la sustentabilidad en función de la capacidad de carga y resiliencia de la Naturaleza. En otras palabras, la tarea radica en el conocimiento de las verdaderas dimensiones de la sustentabilidad, que no pueden subordinarse a demandas antropocéntricas. Esta tarea demanda una nueva ética para organizar la vida misma. Se precisa reconocer que el desarrollo convencional nos conduce por un camino sin salida. Los límites de la Naturaleza, aceleradamente desbordados por los estilos de vida antropocéntricos, particularmente exacerbados por las demandas de acumulación del capital, son cada vez más notables e insostenibles.

La tarea parece simple, pero es en extremo compleja. En lugar de mantener el divorcio entre la Naturaleza y el ser humano, hay que propiciar su reencuentro, algo así como intentar atar el nudo gordiano roto por la fuerza de una concepción de vida depredadora y por cierto intolerable.²⁶ Para lograr esta transformación civilizatoria, una de las tareas iniciales radica en la desmercantilización de la Naturaleza. Los objetivos económicos deben estar subordinados a las leyes de funcionamiento de los sistemas naturales, sin perder de vista el respeto a la dignidad humana y procurando asegurar calidad en la vida de las personas.

En concreto la economía debe echar abajo todo el andamiaje teórico que vació “de materialidad la noción de producción y (separó) ya por completo el razonamiento económico del mundo físico, completando así la ruptura epistemológica que supuso desplazar la idea de sistema económico, con su carrusel de producción y crecimiento, al mero campo del valor”.²⁷ Más aún, la economía debe subordinarse a la ecología. Por una razón muy simple, la Naturaleza establece los límites y

25. Ver Egon Becker, “La transformación ecológico-social: notas para una ecología política sostenible”, en Reinhold E. Thiel, edit., *Teoría del desarrollo: nuevos enfoques y problemas*, Caracas, Editorial Nueva Sociedad, 2001.

26. Bruno Latour dice que “se trata de volver a atar el nudo gordiano atravesando, tantas veces como haga falta, el corte que separa los conocimientos exactos y el ejercicio del poder, digamos la naturaleza y la cultura”. El aporte de Latour plantea profundos debates en la antropología sobre la división entre naturaleza en singular y las culturas en plural. Empalmando las dos, la política cobra una renovada actualidad.

27. Ver José Manuel Naredo, *Lucas en el laberinto. Autobiografía intelectual*, Madrid, Catarata, 2009. No nos olvidemos que “las así llamadas leyes económicas no son leyes eternas de la naturaleza, sino leyes históricas que aparecen y desaparecen”. Friedrich Engels en carta a Albert Lange, 29 de marzo de 1865.

alcances de la sustentabilidad y la renovabilidad, de las que dependen las actividades productivas. Es decir, que si destruye la Naturaleza se destruye la base de la economía misma.²⁸

Escribir ese cambio histórico es el mayor reto de la humanidad si es que no se quiere poner en riesgo la existencia misma del ser humano sobre la tierra.

LOS DERECHOS DE LA NATURALEZA O EL DERECHO A LA EXISTENCIA

Las reflexiones anteriores enmarcan en la historia los pasos vanguardistas dados en la Asamblea Constituyente de Montecristi. Ubican con claridad por dónde debería marchar la construcción de una nueva forma de organización de la sociedad, si realmente esta pretende ser una opción de vida, en tanto respeta y convive dentro de la Naturaleza.

En este empeño, luego de conocer lo que realmente significan y presentan los derechos de la naturaleza, hay que configurar una estrategia de acción que empiece por identificar, primero, lo que podría ser entendido como los megaderechos (derechos humanos y derechos de la Naturaleza, especialmente) y, luego, los metaderechos (el agua, la soberanía alimentaria, la biodiversidad, la soberanía energética).

En la Constitución ecuatoriana del año 2008, al reconocer los derechos de la Naturaleza, es decir, entender a la Naturaleza como sujeto de derechos, y sumarle el derecho a ser restaurada de manera integral cuando ha sido destruida, se estableció un hito en la humanidad. Por igual trascendente fue la incorporación del término Pacha Mama, visto como sinónimo de Naturaleza, en tanto reconocimiento de plurinacionalidad e interculturalidad.

La discusión en el seno de la Asamblea Constituyente en Montecristi fue compleja. Varios asambleístas, inclusive del bloque oficialista, el mayoritario, así como miembros de alto nivel del propio gobierno, se opusieron a aceptar los derechos de la Naturaleza y la tildaron incluso como una “estupidez”.²⁹ Fuera de la

28. Hay que evitar las acciones que eliminen la diversidad, reemplazándola por la uniformidad que provoca el extractivismo, por ejemplo, pues estas acciones como reconoce Godofredo Stutzin, “rompen los equilibrios, produciéndose desequilibrios cada vez mayores”.

29. Alexis Mera, secretario jurídico de la Presidencia, en comunicación electrónica enviada al autor de estas líneas, el 10 de julio de 2008, en pleno debate constituyente, decía que: “Esto no es un problema ideológico, sino técnico. Estoy de acuerdo con todas las protecciones a la naturaleza posible. Inclusive, he llegado a la conclusión personal que no se debe explotar el IIT. El régimen de sujetos del derecho existe en el planeta desde hace 2.500 años, aproximadamente. (...) La diferencia consiste en que el Derecho se dirige a regular las relaciones humanas, como centro del desarrollo social que debe darse, a no dudarlo, en armonía con la naturaleza. Por eso, solo las personas pueden adquirir derechos y contraer obligaciones. Si la naturaleza es sujeto de derecho, significa que debe ser representada por alguien, lo cual es estúpido y, además, ese alguien podría oponerse a la

Asamblea, los derechos de la Naturaleza fueron vistos como un “galimatías conceptual” por los conservadores del derecho, en esencia incapaces de entender los cambios en marcha. A ellos les resulta difícil comprender que el mundo está en movimiento permanente.

A lo largo de la historia del derecho, cada ampliación de los derechos fue anteriormente impensable. La emancipación de los esclavos o la extensión de los derechos a los afroamericanos, a las mujeres y a los niños y niñas fueron una vez rechazadas por ser consideradas como un absurdo. Se ha requerido que a lo largo de la historia se reconozca “el derecho de tener derechos” y esto se ha conseguido siempre con un esfuerzo político para cambiar aquellas leyes que negaban esos derechos. Y este proceso, en este caso de aceptación de los derechos de la Naturaleza, constituye una fuente pedagógica potente, que supera el solo cumplimiento de las normas constitucionales. Esto provocará, a no dudarlo, mayores espacios de apertura para producir conocimientos a partir de nuevos marcos conceptuales.

La liberación de la Naturaleza de esta condición de sujeto sin derechos o de simple objeto de propiedad exigió, y exige, un esfuerzo político que le reconozca como sujeto de derechos. Este aspecto es fundamental si aceptamos que todos los seres vivos tiene el mismo valor ontológico, lo que no implica que todos sean idénticos. Esto articula la noción de la “igualdad biocéntrica”, en la que, según Eduardo Gudynas, todas las especies vivas tienen la misma importancia y por lo tanto merecen ser protegidas: “se intentará conservar tanto las especies útiles como las inútiles, las que tienen valor de mercado como aquellas que no lo poseen, las especies atractivas como las desagradables”.³⁰ Esto conduce a romper con la visión instrumental del ambiente, en tanto se reconocen valores propios a la Naturaleza. No se habla de valores que son atribuidos por los seres humanos. Un tema que tiene historia.³¹

acción del hombre. Esto no solo se aplica a la biodiversidad, sino inclusive a las moscas y cucarachas, que deberán ser representadas. ¿Por quién? ¿Y las bacterias, los virus? Correspondería que demandemos a la OMS por erradicar la viruela, ya que el virus es parte de la naturaleza también y hemos extinguido esa ‘valiosa’ especie”.

30. Ver Eduardo Gudynas, “La ecología política del giro biocéntrico en la nueva Constitución del Ecuador”, en *Revista de Estudios Sociales*, No. 32, Bogotá, 2009. Al referir los derechos “a la naturaleza es posible calificarlos y cuantificarlos mediante un enfoque propiamente ecológico en lugar de determinarlos exclusivamente desde el punto de vista de los intereses humanos en juego. Se invierte desde luego el ‘onus probandi’, (...) se establece la presunción contraria de que todo lo que existe en la naturaleza ‘sirve de algo’ en el contexto de la ‘empresa de la vida’ y debe, por consiguiente, ser conservado tal como es, salvo que pueda acreditarse la existencia de un interés superior que justifique la alteración o destrucción proyectadas (...)”. Ver Godofredo Stutzin, *Un imperativo ecológico reconocer los derechos a la naturaleza*, 1984. Disponible en: [http://www.cipma.cl/RAD/1984-85/1_Stutzin.pdf].
31. El filósofo Arne Naes (1912-2009), padre de la ecología profunda, sostenía que “todos los seres vivos tienen el mismo valor”. Los saberes ancestrales de las comunidades indígenas también asumen

Dotarle de derechos a la Naturaleza significa, entonces, ententar políticamente su paso de objeto a sujeto, como parte de un proceso centenario de ampliación de los sujetos del derecho; como recordaba ya en 1988 Jörg Leimbacher, lo central de los derechos de la Naturaleza es rescatar el “derecho a la existencia” de los propios seres humanos.³² Hay que entender que lo que hacemos por la Naturaleza lo hacemos por nosotros mismos. Este es un punto medular de los derechos de la Naturaleza. Insistamos hasta el cansancio que el ser humano no puede vivir al margen de la Naturaleza. Por lo tanto, garantizar la sustentabilidad es indispensable para asegurar la vida del ser humano en el planeta. Esta lucha de liberación, en tanto esfuerzo político, empieza por reconocer que el sistema capitalista destruye sus propias condiciones biofísicas de existencia. Un sistema en esencia depredador y explotador, que “vive de sofocar a la vida y al mundo de la vida”.³³ El Buen Vivir, en suma, propone un cambio civilizatorio.

La coyuntura política del momento constituyente, la intensidad del debate y el compromiso de un grupo de asambleístas, así como también aportes de varios especialistas en la materia, inclusive el oportuno texto escrito por Eduardo Galeano, en donde destacaba la importancia de la discusión que se llevaba adelante en Montecristi,³⁴ permitieron que finalmente se aceptara esta iniciativa. El trabajo y el debate constituyentes fueron arduos. Por cierto que en este punto habría que relieves todos los aportes y las luchas desde el mundo indígena, en donde la Pacha Mama es parte consustancial de sus vidas.³⁵

Más allá de la influencia de la cosmovisión indígena, en la que los seres humanos están inmersos en la Naturaleza, la idea de dotarle de derechos a la Naturaleza también tiene antecedentes incluso en el mundo occidental, como lo veremos más adelante.

el mismo respeto a la vida a través de relaciones de armonía con la Pachamama, en tanto conviven con ella en base a la reciprocidad y el equilibrio.

32. Ver el libro de Jörg Leimbacher, *Die Rechte del Natur, Los Derechos de la Naturaleza*, Basilea y Frankfurt, 1988. Cabe anotar que este y otros textos sobre esta materia llegaron a manos del autor de estas líneas como consecuencia de la expedición de la Constitución de Montecristi. Es más, con varios especialistas en temas constitucionales, con capacidad para abrir la mente y entender la trascendencia de estas propuestas, se está trabajando en lo que, en un futuro no muy lejano, podría ser la Declaración Universal de los Derechos de la Naturaleza.
33. Ver Bolívar Echeverría, *Modernidad y blanquitud*, México, Era, 2010.
34. La lectura del texto de Galeano en el pleno de la Asamblea logró consolidar una posición que no parecía prometedora al inicio del proceso constituyente.
35. A más de tradición transcultural que considera a la tierra como la Madre, es decir como la Pacha Mama, hay otras razones científicas que consideran a la tierra como un superorganismo vivo (Gaia), extremadamente complejo, que requiere de cuidados y debe ser fortalecido. Incluso hay razones cosmológicas que asumen a la tierra y a la vida como momentos del vasto proceso de evolución del universo. Igualmente se resalta el carácter de inter-retro-conexiones transversales entre todos los seres: todo tiene que ver con todo, en todos los puntos y en todas las circunstancias. Ver Leonardo Boff, “La madre tierra, sujeto de dignidad y de derechos”, Cochabamba, 2010, (mimeo).

A pesar de los avances constitucionales anotados, desde la entrada en vigencia de la nueva Constitución ecuatoriana, en octubre de 2008, se ha transitado por un sendero complicado en lo que a la aplicación de sus normas se refiere. Hay varias leyes, patrocinadas por el Ejecutivo, que contradicen principios constitucionales en el campo de los derechos ambientales y los de la Naturaleza especialmente.

Hay que anotar, sin embargo, la conformación de la primera judicatura de la Naturaleza en las islas Galápagos, así como la aceptación de la acción de protección, inspirada en los derechos de la Naturaleza, en contra del Gobierno Provincial de Loja en marzo del año 2011, por la contaminación del río Vilcabamba. Inclusive una polémica medida cautelar se tomó en nombre de los derechos de la Naturaleza, cuando la fuerza pública realizó un operativo violento en contra de la minería informal en la provincia de Esmeraldas en mayo de 2011.

Por lo tanto, conscientes de que no será fácil cristalizar estas transformaciones en el Ecuador, sabemos que su aprobación será aún mucho más compleja a nivel mundial. Sobre todo en la medida que estas afectan los privilegios de los círculos de poder nacionales y transnacionales, que harán lo imposible para tratar de detener este proceso de liberación. Es más, desde la vigencia de los derechos de la Naturaleza es indispensable avizorar una civilización poscapitalista.

Teniendo un marco referencial constitucional transformador como el de Montecristi la tarea radica en enfrentar democráticamente la lucha por la vida, que es lo que está realmente en juego. Y por cierto será necesario desplegar una estrategia internacional para poder potenciar tantos principios de vanguardia que tiene la Constitución ecuatoriana, como podría ser impulsar la Declaración Universal de los Derechos de la Naturaleza.

Antes de plantear algunas reflexiones de cómo los derechos de la Naturaleza podrían incorporarse en la política internacional, dediquemos unas líneas a discutir sobre las relaciones y las diferencias entre derechos humanos y derechos de la Naturaleza.

LOS DERECHOS HUMANOS Y LOS DERECHOS DE LA NATURALEZA

La vigencia de los derechos de la Naturaleza plantea cambios profundos. Gudynas es claro al respecto: hay que transitar del actual antropocentrismo al biocentrismo. Este tránsito exige un proceso de transición sostenido y plural, como requisito fundamental para procesar una gran transformación.³⁶ La tarea, al decir de Roberto Guimaraes, es organizar la sociedad y la economía asegurando la inte-

36. Este será un proceso de transición, político en esencia, que nos conmina a incorporar permanentemente la cuestión del poder.

gridad de los procesos naturales, garantizando los flujos de energía y de materiales en la biósfera, sin dejar de preservar la biodiversidad del planeta.

Por lo tanto, esta definición pionera a nivel mundial, de que la Naturaleza es sujeto de derechos, es una respuesta de vanguardia frente a la actual crisis civilizatoria. Y como tal ha sido asumida en amplios segmentos de la comunidad internacional, conscientes de que es imposible continuar con un modelo de sociedad depredadora, basado en la lucha de los humanos contra la Naturaleza. No va más la identificación del bienestar y la riqueza como acumulación de bienes materiales, con las consecuentes expectativas de crecimiento económico y consumo ilimitados. En este sentido es necesario reconocer que los instrumentos disponibles para analizar estos asuntos ya no sirven. Son instrumentos que naturalizan y convierten en inevitable este patrón civilizatorio. Son conocimientos de matriz colonial y eurocéntrica, como acertadamente señala el venezolano Edgardo Lander.

Habrà que diferenciar cuidadosamente lo que son derechos de la Naturaleza de lo que son los derechos de los pueblos indígenas. Hay el riesgo eurocéntrico de identificar Naturaleza con “salvajes”. O, dicho de otra manera, la “cultura es nuestra”, del mundo occidental civilizado, y la Naturaleza es de los indígenas; esto constituiría una aberración. Igualmente sería grave que desde el mundo indígena los derechos de la Naturaleza fueran percibidos como un intento para imponer en las comunidades indígenas condiciones desde afuera, lo que limitaría su capacidad de autodeterminación.

Al reconocer a la Naturaleza como sujeto de derechos, en la búsqueda de ese indispensable equilibrio entre la Naturaleza y las necesidades de los seres humanos, se supera la versión constitucional tradicional de los derechos a un ambiente sano, presentes desde hace tiempo atrás en el constitucionalismo latinoamericano. En sentido estricto, tal como propone Eduardo Gudynas, urge distinguir que los derechos a un ambiente sano son parte de los derechos humanos, y que no necesariamente implican derechos de la Naturaleza. La finalidad de esta distinción es indicar que las formulaciones clásicas de los derechos humanos de cuarta generación, es decir de los derechos a un ambiente sano o calidad de vida, en esencia son antropocéntricas, y que deben entenderse separadamente de los derechos de la Naturaleza.

En los derechos humanos el centro está puesto en la persona. Se trata de una visión antropocéntrica. En los derechos políticos y sociales, es decir de primera y segunda generación, el Estado le reconoce a la ciudadanía esos derechos, como parte de una visión individualista e individualizadora de la ciudadanía. En los 1. derechos civiles, 2. derechos políticos, 3. derechos sociales, económicos y culturales (conocidos como DESC). A estos derechos se añaden los derechos de cuarta generación, difusos y colectivos, entre los que se incluye el derecho a que los seres humanos gocen de condiciones sociales equitativas y de un medioambiente sano y no contaminado. Con esta batería de derechos se procura evitar la pobreza y el deterioro ambiental que impacta negativamente en la vida de las personas.

Estos derechos se enmarcan en la visión clásica de la justicia: imparcialidad ante la ley, garantías ciudadanas, etc. Para cristalizar los derechos económicos y sociales se da paso a la justicia redistributiva o justicia social, orientada a resolver la pobreza. Los derechos ambientales configuran la justicia ambiental, que atiende demandas de los humanos –sobre todo de grupos pobres y marginados– en defensa de la calidad de sus condiciones de vida afectada por destrozos ambientales. En estos casos, cuando hay daños ambientales, los seres humanos pueden ser indemnizados, reparados y/o compensados.³⁷

En la Constitución de Montecristi, de los derechos referidos al ambiente, es decir de los derechos humanos de cuarta generación, se derivan mandatos constitucionales fundamentales. Uno clave tiene que ver con procesos de desmercantilización de la Naturaleza, como la introducción de criterios mercantiles para comercializar los servicios ambientales.³⁸ En concreto, “los servicios ambientales no serán susceptibles de apropiación; su producción, prestación, uso y aprovechamiento serán regulados por el Estado”, reza el artículo 74 de la Constitución.

Por igual se prohíbe la mercantilización del agua. El líquido vital fue declarado en la Asamblea Constituyente de Montecristi como un derecho humano fundamental. El agua, entonces, no puede ser vista como un negocio. Por eso, al inicio del texto constitucional se estableció, en el artículo 12, que “el derecho humano al agua es fundamental e irrenunciable. El agua constituye patrimonio nacional estratégico de uso público, inalienable, imprescriptible, inembargable y esencial para la vida”.

La trascendencia de estas disposiciones constitucionales es múltiple:

- En tanto derecho humano se superó la visión mercantil del agua y se recuperó la del “usuario”, es decir la del ciudadano y de la ciudadana, en lugar del “cliente”, que se refiere solo a quien puede pagar.
- En tanto bien nacional estratégico, se rescató el papel del Estado en el otorgamiento de los servicios de agua; papel en el que el Estado puede ser muy eficiente, tal como se ha demostrado en la práctica.
- En tanto patrimonio se pensó en el largo plazo, es decir, en las futuras generaciones, liberando al agua de las presiones cortoplacistas del mercado y la especulación.
- Y en tanto componente de la Naturaleza, se reconoció en la Constitución de Montecristi la importancia del agua como esencial para la vida de todas las especies, pues hacia allá apuntan los derechos de la Naturaleza.

37. Carlos Martín Berinstein, *El derecho a la reparación en los conflictos socioambientales: experiencias, aprendizajes y desafíos prácticos*, Bilbao, Universidad del País Vasco/Hegoa, 2010.

38. Sin embargo, no se puede excluir el uso de valores económicos como un tipo de valoración humana, que un momento determinado pueden ser de utilidad sobre todo para diseñar y concretar políticas dentro de los procesos de transición del antropocentrismo al biocentrismo.

Esta constituyó una posición de avanzada a nivel mundial. Dos años después de la incorporación de este mandato constituyente referido al agua, el 28 de julio de 2010 la Asamblea General de Naciones Unidas aprobó la propuesta del gobierno del Estado Plurinacional de Bolivia declarando “el derecho al agua segura y al saneamiento como un derecho humano”. Este es un derecho “esencial para el goce pleno de la vida y de todos los derechos humanos”, de conformidad con dicha declaración.

La soberanía alimentaria, que incorpora la protección del suelo y el uso adecuado del agua, que representa un ejercicio de protección a los millares de campesinos que viven de su trabajo y por cierto la existencia digna de toda la población, se transformó en otro eje conductor de las normativas constitucionales. Este debería ser el punto de partida de las políticas agrarias e incluso de la recuperación del verdadero patrimonio nacional: su biodiversidad. En la Constitución se plasma incluso la necesidad de conseguir la soberanía energética, sin poner en riesgo la soberanía alimentaria o el equilibrio ecológico.

Por otro lado, en los derechos de la Naturaleza el centro está puesto en la Naturaleza, que incluye por cierto al ser humano. La Naturaleza vale por sí misma, independientemente de la utilidad o de los usos que le dé el ser humano. Esto es lo que representa una visión biocéntrica. Estos derechos no defienden una Naturaleza intocada, que nos lleve, por ejemplo, a dejar de tener cultivos, pesca o ganadería. Estos derechos defienden el mantenimiento de los sistemas de vida, los conjuntos de vida. Su atención se fija en los ecosistemas, en las colectividades, no en los individuos. Se puede comer carne, pescado y granos, por ejemplo, mientras me asegure que quedan ecosistemas funcionando con sus especies nativas.

La representación de estos derechos corresponde a las personas, comunidades, pueblos o nacionalidades. A despecho de los contradictores de esta propuesta vanguardista, la Constitución es categórica al respecto en su artículo 71:

La Naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos. Toda persona, comunidad, pueblo, o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la Naturaleza. Para aplicar e interpretar estos derechos se observarán los principios establecidos en la Constitución, en lo que proceda.

A los derechos de la Naturaleza, en este caso declarados por el pueblo ecuatoriano que es el que en definitiva redactó la Constitución a través de sus asambleístas y que la aprobó con una amplísima mayoría en el referéndum del 28 de septiembre de 2008, se los considera como derechos ecológicos para diferenciarlos de los derechos ambientales. En la Constitución ecuatoriana —no así en la boliviana— estos derechos aparecen en forma explícita como derechos de la Naturaleza. Son dere-

chos orientados a proteger ciclos vitales y los diversos procesos evolutivos, no solo las especies amenazadas y las áreas naturales.

En este campo, la justicia ecológica pretende asegurar la persistencia y sobrevivencia de las especies y sus ecosistemas, como conjuntos, como redes de vida. Esta justicia es independiente de la justicia ambiental (aunque en última instancia toda afectación ambiental afecta también al ser humano). No es de incumbencia de la justicia ecológica la indemnización a los humanos por el daño ambiental. La justicia ecológica se expresa en la restauración de los ecosistemas afectados. En realidad se deben aplicar simultáneamente las dos justicias: la ambiental para las personas, y la ecológica para la Naturaleza.

Siguiendo con las reflexiones de Gudynas, los derechos de la Naturaleza necesitan y la vez originan otro tipo de definición de ciudadanía, que se construye en lo social pero también en lo ambiental. Esos tipos de ciudadanías son plurales, ya que dependen de las historias y de los ambientes, acogen criterios de justicia ecológica que superan la visión tradicional de justicia. Gudynas denomina a estas ciudadanías como “meta-ciudadanías ecológicas”.

Tengamos presente que, de acuerdo al artículo 11 de la Constitución, que todos los derechos se podrán ejercer, promover y exigir de forma individual y colectiva ante las autoridades competentes; y que estas garantizarán su cumplimiento. Asumir el cumplimiento de esta disposición constitucional es, a no dudarlo, un reto en la construcción de la ciudadanía ecológica. En el artículo 395 de la Constitución, además, se establece que los principios ambientales se aplicarán en forma transversal y serán de obligatorio cumplimiento por parte del Estado en todos sus niveles y por todas las personas naturales o jurídicas en el territorio nacional; y que, en caso de duda, se aplicarán en el sentido más favorable en la protección de la Naturaleza. De hecho hay que caminar hacia lo que podría ser considerado como una “comunidad natural”,³⁹ en tanto los derechos de la Naturaleza amplían la comunidad humana hacia otra que incorpore a todos los seres vivos.

LOS DERECHOS DE LA NATURALEZA, UNA TAREA LOCAL Y GLOBAL

La humanidad requiere propuestas innovadoras, radicales y urgentes que permitan definir nuevos rumbos para enfrentar los graves problemas globales que le aquejan. Es necesaria una estrategia coherente para construir una sociedad equita-

39. Ver Norman Wray, “Los retos del régimen de desarrollo: el buen vivir en la Constitución”, en Alberto Acosta y Esperanza Martínez, comps., *El buen vivir: una vía para el desarrollo*, Quito, Abya-Yala, 2009.

tiva y sustentable; es decir una sociedad que entienda que forma parte de la Naturaleza y que debe convivir en armonía con la Naturaleza.

Este paso constitucional dado en Ecuador resultó de trascendencia planetaria. Es ya un hito histórico. En muchas partes del mundo se debate sobre el tema. Aunque sería mejor decir: esta declaración constitucional revitalizó una discusión presente en diversos lugares del planeta.

Tengamos presente que la toma de conciencia a nivel mundial sobre los problemas ambientales globales tiene historia. Desde la mitad del siglo XX empezaron a aparecer varias instancias preocupadas por la Tierra: la Unión Mundial para la Conservación de la Naturaleza (UICN), en 1948; la Conferencia para la Conservación y Utilización de los Recursos, en 1949; el Convenio de Ginebra sobre el Derecho del Mar, en 1958; o el Tratado Antártico en 1959, para citar algunas de las organizaciones más destacadas.

Desde la conferencia de Estocolmo en 1972 los problemas ambientales son definidos como temas que superan las fronteras de los estados nacionales. Son ya varias las conferencias mundiales dedicadas al ambiente, como la de Río de Janeiro en 1992 y la de Johannesburgo en 2002, con indudable influencia en los países y en las mismas relaciones internacionales. Cabe mencionar también, aunque no obtuviera los resultados esperados, al Protocolo de Kyoto sobre el Cambio Climático, adoptado inicialmente en 1997. De todas maneras paulatinamente estos problemas ambientales globales y las respuestas impulsadas han modificado la forma en que se aborda este reto y la visión que tienen los seres humanos sobre la Naturaleza.

Un reclamo formal por acciones globales concertadas fue formulado en 1980. En el “Informe Norte-Sur: Un programa de sobrevivencia”, elaborado por una comisión presidida por excanciller alemán Willy Brandt, se estableció que:

estamos cada vez más, nos guste o no, frente a problemas que afectan a la humanidad en su conjunto, por lo que las soluciones a estos problemas son inevitablemente internacionales. La globalización de los peligros y los retos demanda políticas internacionales que van más allá de los temas parroquiales o, incluso, nacionales.

El derecho, las instituciones y las políticas han evolucionado. Desde aquellas ahora lejanas declaraciones a la fecha son muchos los cambios introducidos. Se ha avanzado bastante, pero no lo suficiente. La sociedad civil, con creciente conciencia global, comienza a desplegar una serie de acciones e iniciativas. Es cada vez más evidente la necesidad de cooperar para proteger la vida del ser humano y la del planeta mismo.

En la línea de estas discusiones, llevadas a cabo en la sociedad civil, se debe también señalar que ya hay propuestas de declaración de los derechos de la Natu-

raleza.⁴⁰ Por ejemplo, están la Carta de la Tierra como un intento de Carta Magna o Constitución del planeta, promovida en el entorno de las Naciones Unidas y de sus organizaciones desde el año 2000; o la Declaración Universal de los Derechos de la Tierra, impulsada por EnAct International; una organización impulsada por Comac Cullinam, jurista sudafricano, que ha trabajado sobre esta materia y tiene varios estudios al respecto. Cabría anotar también los sustantivos aportes jurídicos de Raúl Eugenio Zaffaroni, Marco Aparicio Wilhelmi, Ramiro Ávila Santamaría o Agustín Grijalva, en este ámbito.

Retrocediendo un poco en el tiempo, puesto que se está puntualizando algunos esfuerzos desde la sociedad civil, asoma como oportuno reconocer el valioso aporte de Christopher Stone, considerado por Leimbacher como el “padre de los Derechos de la Naturaleza”, o de Albert Schweizer o de Godofredo Stutzin, por ejemplo.

Por cierto que en este punto habría que relieves todos los aportes y las luchas desde el mundo indígena, en donde la Pacha Mama es parte consustancial de sus vidas. Pero, igualmente, y esto también es importante, hay otras razones científicas que consideran a la Tierra como un superorganismo vivo. James Lovelock y Lynn Margulis, particularmente, y también Elizabeth Sahtouris y José Lutzenberg entre otros, caracterizaron ya en los años de 1970 a la Tierra como un superorganismo vivo. Por eso se recurrió a denominarla como Gaia, uno de los nombres de la mitología griega para definir la vitalidad de la misma Tierra. Este superorganismo extremadamente complejo, que requiere de cuidados y debe ser fortalecido, es sujeto de dignidad y portador de derechos, porque todo lo que vive tiene un valor intrínseco, tenga o no un uso humano. Incluso hay razones cosmológicas que asumen a la tierra y a la vida como momentos del vasto proceso de evolución del Universo. La vida humana es, entonces, un momento de la vida. Y para que esa vida pueda existir y reproducirse necesita de todas las precondiciones que le permitan subsistir.⁴¹ En todas estas visiones, como resalta Leonardo Boff, es preciso reconocer el carácter de inter-retro-conexiones transversales entre todos los seres: todo tiene que ver con todo, en todos los puntos y en todas las circunstancias.

Como se ve, esta tesis ha sido recogida en diversos ámbitos. Inclusive en el literario. Italo Calvino en el siglo XX, en su novela *El barón rampante*, que forma parte de una trilogía (con *El vizconde demediado* y *El caballero inexistente*), cuenta como Cosmo Piovasco de Rondó, decide pasar toda su vida encaramado en un árbol. Y desde allí propone, durante la Revolución francesa, un “proyecto

40. Desde el año 1977 se impulsa la “Declaración de Derechos de los Animales”, adoptada por la Liga Internacional de los Derechos del Animal y las ligas nacionales afiliadas en la Tercera Reunión sobre los Derechos del Animal, celebrada en Londres.

41. Sobre los aportes de los autores de estas teorías ver el trabajo de síntesis de Joseph Lawrence, *Gaia*, Santiago de Chile, Cuatro Vientos Editorial, 1992, entre muchos otros textos.

de Constitución para una ciudad republicana con declaración de los derechos de los hombres, de las mujeres, de los niños, de los animales domésticos y salvajes, incluidos pájaros, peces e insectos, y de las plantas sean de alto tallo u hortalizas y hierbas...”. Este es, sin duda alguna, todo un tratado de rebeldía y autoafirmación existencial.

Todos estos esfuerzos mencionados, y muchos otros, más han preparado el terreno para caminar en la búsqueda de un reencuentro del ser humano con la Naturaleza, que es de lo que en definitiva se trata. Entonces, si se propone como opción desplegar la Declaración Universal de los Derechos de la Naturaleza, habría que analizar cuáles serían los medios y los caminos.

Bolivia, en cuya Constitución no constan los derechos de la Naturaleza, ha asumido un importante liderazgo. A raíz del fracaso de la Cumbre de Copenhague en diciembre de 2009, Evo Morales convocó a la Conferencia Mundial de los Pueblos sobre el Cambio Climático y los Derechos de la Madre Tierra, que se realizó en Cochabamba, en abril de 2010. Allí, a más de promocionar el tema de los derechos de la Naturaleza, se planteó la creación de un tribunal internacional para sancionar los delitos ambientales. Más adelante, como ya se anotó, en julio del mismo año, Bolivia consiguió otro logro sustantivo con la declaración del agua como un derecho humano fundamental en el seno de Naciones Unidas; algo que ya se había logrado en la Asamblea Constituyente ecuatoriana de 2007-2008. Como se ve, esta declaración universal sobre el agua puede servir como otro punto de referencia.

Aprendiendo de esta acción diplomática boliviana, para impulsar la Declaración de los Derechos de la Naturaleza, se debería dar lugar a la conformación de un bloque de países comprometidos con el tema, que planteen estas luchas en un marco estratégico de colaboración y complementación internacional, considerando que este tipo de acciones tomarán tiempo en cristalizarse. Y que, por lo tanto, estas acciones, con una gestión diplomática profundamente renovada y renovadora, deben ser múltiples y plurales para sumar adeptos para la causa.

Una acción de este tipo exige un esfuerzo sostenido de coordinación y respaldo por parte de la sociedad civil de cada uno de los países involucrados en este empeño, así como también de otros actores de la sociedad civil mundial. No se trata de una acción de los gobiernos simplemente. Por lo tanto, este esfuerzo a nivel diplomático tiene que complementarse con actividades y campañas propuestas e incluso dirigidas desde la sociedad civil. Esta conclusión es fundamental considerando que en no pocas ocasiones los cambios de gobierno pueden hacer perder el rumbo trazado inicialmente o inclusive en los gobiernos proponentes puede declinar el interés por los proyectos iniciados.

Es preciso estudiar todas las opciones a seguir en el ámbito internacional, conscientes de que no es posible esperar que una declaración como la que aquí se propone dé resultados inmediatos. Hay que recordar que los derechos humanos no surgieron como conceptos totalmente desarrollados. Desde la Revolución francesa

hasta su Declaración Universal en diciembre del 1948 fueron muchas las luchas y también las frustraciones acumuladas. Su diseño y aplicación han implicado e implican un esfuerzo sostenido. Y desde entonces cada nuevo derecho compromete una compleja acción política, en el marco de redoblados pasos diplomáticos. Así, el derecho humano a la educación y al trabajo, incorporado en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, exigió un prolongado proceso de debate y construcción. Algo similar aconteció con el Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales o con la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

Téngase presente también lo difícil que es la aceptación en la práctica de los derechos humanos, asumidos formalmente como un mandato universal ya en el año 1948. Esto, sin embargo, no debe conducir al desaliento. Al contrario es indispensable pensar en dicha estrategia y en el camino diplomático.

En síntesis, la tarea pendiente es compleja. Hay que vencer resistencias ancestrales y posiciones prepotentes que esconden una serie de privilegios. Hay que superar visiones tradicionales que consideran como sujetos de derechos solo a los seres que gozan de capacidad de reconocer qué es un derecho (desconociendo que hay incluso seres humanos incapacitados por diversas razones de asumir directamente esos derechos, pero que no están desprovistos de sus derechos). Para avanzar en este campo hay que dar paso a diversas y plurales propuestas estratégicas de acción para traducir el régimen constitucional en leyes, normas, indicadores⁴² y políticas en lo que tiene relación a la biodiversidad, al patrimonio natural, a los ecosistemas, a los recursos naturales renovables y no renovables, tanto como a los aspectos conceptuales sobre responsabilidad jurídica ambiental, tanto individual como colectiva.

En el ámbito internacional la tarea no es menos compleja. La estricta vigencia de los Derechos de la Naturaleza exige la existencia de marcos jurídicos internacionales adecuados, teniendo en consideración que los problemas ambientales son temas que atañen a la humanidad en su conjunto.

En última instancia reconozcamos que en el Ecuador está en juego el buen vivir o *sumak kawsay*, base del Estado plurinacional e intercultural, relacionado estrechamente con los derechos de la Naturaleza. Si la Naturaleza incluye a los seres humanos, sus derechos no pueden ser vistos como aislados de los del ser humano, aunque tampoco deben ser reducidos a estos. Inversamente, los derechos humanos como el derecho al trabajo, a la vivienda o a la salud deben ser entendidos también desde términos ambientales. Esto nos exige una reconceptualización profunda y transversal de los derechos humanos en términos ecológicos, pues al final la des-

42. Ver una primera propuesta de indicadores y procesos para evaluar la afectación a los derechos de la naturaleza de Pablo Yépez y Stella de la Torre, *Propuesta de indicadores y procesos para evaluar la afectación a los derechos de la naturaleza*, marzo de 2012.

trucción de la Naturaleza niega las condiciones de existencia de la especie humana y, por tanto, todos los derechos humanos.

En síntesis, los derechos humanos y los derechos de la Naturaleza, que articulan una “igualdad biocéntrica”, siendo analíticamente diferenciables, se complementan y transforman en una suerte de derechos de la vida y derechos a la vida. Por eso los derechos de la Naturaleza, imbricados cada vez más con los derechos humanos, nos conminan a construir democráticamente sociedades sustentables, a partir de ciudadanía plural pensadas también desde lo ecológico.

BIBLIOGRAFÍA

Acosta, Alberto,

2001 “Nuevos enfoques para la teoría del desarrollo”, en Reinhold E. Thiel, edit., *Teoría del desarrollo: nuevos enfoques y problemas*, Caracas, Editorial Nueva Sociedad.

2005 *Desarrollo glocal: con la Amazonía en la mira*, Quito, Corporación Editora Nacional.

2008 *Bitácora constituyente*, Quito, Abya-Yala.

2009 *La maldición de la abundancia*, Quito, CEP/Swissaid / Abya-Yala.

2010 “El buen vivir: una utopía por (re)construir”, en *Revista Casa de las Américas*, No. 257, La Habana, febrero.

Acosta, Alberto, y Esperanza Martínez, comps.,

2009 *Derechos de la naturaleza: el futuro es ahora*, Serie Debate Constituyente, Quito, Abya-Yala.

2011 *La naturaleza con derechos: de la filosofía a la política*, Serie Debate Constituyente, Quito, Abya-Yala.

Amin, Samir,

1990 *Maldevelopment-Anatomy of a Global Failure*. Disponible en: [<http://www.unu.edu/unupress/unupbooks/uu32me/uu32me00.htm>].

Aparicio Wilhelmi, Marco,

2012 “El constitucionalismo de la crisis ecológica: derechos y naturaleza en las Constituciones de Ecuador y Bolivia”, Universitat de Girona (mimeo).

Ávila Santamaría, Ramiro,

2011 “El derecho de la naturaleza: fundamentos”, en Alberto Acosta y Esperanza Martínez, eds., *La naturaleza con derechos: de la filosofía a la política*, Quito, Abya-Yala.

Becker, Egon,

2001 “La transformación ecológico-social: notas para una ecología política sostenible”, en Reinhold E. Thiel, edit., *Teoría del desarrollo: nuevos enfoques y problemas*, Caracas, Nueva Sociedad.

Berinstein, Carlos Martín,

2010 *El derecho a la reparación en los conflictos socioambientales: experiencias, aprendizajes y desafíos prácticos*, Bilbao, Universidad del País Vasco/Hegoa.

Boff, Leonardo,

2010 “La madre tierra, sujeto de dignidad y de derechos”, Cochabamba (mimeo).

- Brandt, Willy,
1980 *North-South: A Programm for Survival, Report of the Independent Comission on International Issues*, Cambridge, The MIT Press.
- Chang, Ha-Joon,
2002 *Kicking Away the Ladder-Development Strategy in Historical Perspective*, Londres, Anthem Press.
- 2004 *Retirar la escalera: la estrategia del desarrollo en perspectiva histórica*, Madrid, Catarata / Universidad Complutense de Madrid.
- Cullinan, Cormac,
2003 *Wild Law-A Manifesto for Earth Justice*, Sudáfrica, Siber Ink & Green Books.
- De Acuña, Cristóbal,
1942 *Descubrimiento del Amazonas*, Buenos Aires, Emecé.
- De Souza Santos, Boaventura,
2010 *Refundación del Estado en América Latina: perspectivas desde una epistemología del Sur*, Serie Debate Constituyente, Quito, Abya-Yala.
- Diamond, Jared,
2006 *Colapso: por qué unas sociedades perduran y otras desaparecen*, Caracas, Arte.
- Echeverría, Bolívar,
2010 *Modernidad y blanquitud*, México, Era.
- Falconí, Fander,
2002 *Economía y desarrollo sostenible. ¿Matrimonio feliz o divorcio anunciado?: el caso de Ecuador*, Quito, FLACSO.
- Galeano, Eduardo,
2008 “La naturaleza no es muda”, en *Semanario Brecha*, Montevideo, 18 de abril.
- Garzón Orellana, Fernando, y Juan Sebastián Garzón Rosero,
2009 “Codificación de la doctrina constitucional de Ecuador sobre los Derechos de la Naturaleza”, octubre (mimeo).
- Grijalva, Agustín,
2010 “Régimen constitucional de biodiversidad, patrimonio natural y ecosistemas frágiles y recursos naturales renovables”, en Agustín Grijalva, Efraín Pérez y Rafael Oyarte, *Desafíos del Derechos ambiental ecuatoriano frente a la Constitución vigente*, Quito, CEDA.
- Gudynas, Eduardo,
2009 “La ecología política del giro biocéntrico en la nueva Constitución del Ecuador”, en *Revista de Estudios Sociales*, No. 32, Bogotá.
- 2009 *El mandato ecológico: derechos de la naturaleza y políticas ambientales en la nueva Constitución*, Serie Debate Constituyente, Quito, Abya-Yala.
- Guimaraes, Roberto,
2004 “Tierra de sombras: desafíos de la sustentabilidad y del desarrollo territorial y local ante la globalización corporativa”, en varios autores, *Globalización: la euforia llegó a su fin*, Quito, CEP / FLACSO / ILDIS / GTZ / Abya-Yala.
- Lander, Edgardo,
2009 “Hacia otra noción de riqueza”, en Alberto Acosta y Esperanza Martínez, eds., *El buen vivir: una vía para el desarrollo*, Quito, Abya-Yala.
- Latour, Bruno,
2007 *Nunca fuimos modernos: ensayo de antropología simétrica*, Buenos Aires, Siglo XXI.

- Lawrence, Joseph,
1992 *Gaia*, Santiago de Chile, Cuatro Vientos.
- Leff, Enrique,
2010 *Imaginarios sociales y sustentabilidad* (mimeo).
- Leimbacher, Jörg,
1988 *Die Rechte der Natur*, Basilea y Frankfurt am Main, Helbing & Lichtenhahn.
2008 *Auf dem Weg zu Rechte der Natur-Stan der Dinge und mögliche nächste Scriette*, Bern, 22 de noviembre (mimeo).
- Lohmann, Larry,
2012 *Mercados de carbono: la neoliberalización del clima*, Serie Debate Constituyente, Quito, Abya-Yala.
- Martínez, Esperanza, y Alberto Acosta,
2010 *ITT-Yasuní: entre el petróleo y la vida*, Quito, Abya-Yala.
- Martínez Alier, Joan,
1998 *La economía ecológica como ecología humana*, Madrid, Fundación César Manrique.
2009 “Hacia un decrecimiento sostenible en las economías ricas”, Valencia (mimeo).
- Meadows, Donella, Dennis Meadows y Jorgen Randers,
1972 *Los límites del crecimiento*. Informe encargado al Instituto Tecnológico de Massachusetts por el Club de Roma.
- Murcia, Diana,
2009 “El sujeto naturaleza: elementos para su comprensión”, Quito, Instituto de Estudios Ecologistas del Tercer Mundo (mimeo).
- Naredo, José Manuel,
2009 *Lucas en el laberinto. Autobiografía intelectual*, Madrid, Catarata.
- Ricardo, David,
1997 *Principios de economía política y tributación*, Bogotá, Fondo de Cultura Económica.
- Schuldt, Jürgen,
2005 *¿Somos pobres porque somos ricos? Recursos naturales, tecnología y globalización*, Lima, Fondo Editorial del Congreso del Perú.
- Sen, Amartya,
1985 “Desarrollo: ¿ahora, hacia dónde?”, en *Revista Investigación Económica*, julio-septiembre.
- Stone, Christopher,
1996 *Should Trees Have Standing? And Other Essays on Law, Morals and the Environment*, Ocena Publications.
- Stutzin, Godofredo,
1984 *Un imperativo ecológico reconocer los derechos a la naturaleza*. Disponible en: [http://www.cipma.cl/RAD/1984-85/1_Stutzin.pdf].
- Tortosa, José María,
2008 “Maldesarrollo inestable: un diagnóstico”, Universidad de Alicante (mimeo).
- Wallerstein, Immanuel,
1988 *El capitalismo histórico*, Bogotá, Siglo XXI.
- Wray, Norman,
2009 “Los retos del régimen de desarrollo: el buen vivir en la Constitución”, en Alberto Acosta y Esperanza Martínez, comps., *El buen vivir: una vía para el desarrollo*, Quito, Abya-Yala.

Yépez, Pablo, y Stella de la Torre,

2012 *Propuesta de indicadores y procesos para evaluar la afectación a los derechos de la naturaleza*, marzo.

Zaffaroni, Raúl Eugenio,

2011 “La Pachamama y el humano”, en Alberto Acosta y Esperanza Martínez, eds., *La naturaleza con derechos: de la filosofía a la política*, Quito, Abya-Yala.

Normativa

Constitución de la República del Ecuador.

IV

INTEGRACIÓN

INTEGRACIÓN Y CONSTITUCIONES NACIONALES

Claudia Storini¹

INTRODUCCIÓN

En la actualidad el estudio de cuestiones relativas a la relación entre la Constitución e integración es sin duda uno de los temas clave de la teoría constitucional. Estas cuestiones pueden ser estudiadas desde diferentes puntos de vista que deben ser esencialmente reconducidos a tres áreas distintas. En primer lugar, la que analiza los fundamentos constitucionales de la integración, a saber, el estudio de las disposiciones constitucionales que posibilitan y disciplinan la integración. En este ámbito se encuentran, por ejemplo, las cuestiones inherentes a la naturaleza de la habilitación constitucional de la cesión o transferencia de competencias o las conexas a los límites a los que la citada cesión puede ser sometida. En segundo lugar, al sector en el que se inserta la dimensión conflictiva de la relación entre la Constitución y el Derecho comunitario, es decir, el estudio orientado a analizar y encontrar soluciones a los conflictos, hipotéticos o reales, que pueden perfilarse especialmente en relación con áreas inherentes al sistema garantías de los derechos. En tercer lugar, a todo lo que se refiere a las implicaciones institucionales del ordenamiento comunitario sobre el ordenamiento interno, es decir, el impacto de la integración sobre la organización del Estado, tanto en relación con los equilibrios entre los poderes, así como con las competencias de cada uno de ellos.

La ejemplificación de las problemáticas expuestas tan solo se justifica como mero instrumento para determinar el marco dentro del cual se moverá este trabajo. En él se analizarán los fundamentos constitucionales del poder de integración supranacional y, más precisamente, los límites que, con diferentes intensidades, las constituciones imponen a este poder. Todo ello con el fin de demostrar la escasa operatividad de las denominadas “cláusulas de integración” en un contexto en el que el futuro desarrollo del fenómeno comunitario solo puede y debe ser limitado

1. Profesora de Derecho Constitucional, Universidad Pública de Navarra.

desde la toma de conciencia de las profundas implicaciones que el mismo tiene con el concepto de control democrático del ejercicio del poder estatal.

Este tema, sin duda, entra en el antiguo debate relativo al problema del déficit democrático de las instituciones comunitarias. Un debate que se ha concentrado sustancialmente en el papel de los Parlamentos comunitarios y en sus relaciones con los otros órganos previstos en cada uno de los sistemas de integración.² No obstante, este perfil interno del sistema institucional comunitario tiende a ampliarse cada vez más abarcando ulteriores ámbitos: la realización de instituciones que funcionen más cerca de los ciudadanos, la relación entre principio democrático y sistemas internos de los estados miembros, los interrogantes planteados por el valor de la aplicación del principio de subsidiariedad en su fase descendente, etc.

Desde un punto de vista más general, la cuestión puede enfocarse alrededor de la posibilidad de transferir modelos propios de la experiencia histórica de los ordenamientos estatales a organizaciones supranacionales y hasta “posnacionales”. Tampoco este último aspecto es del todo novedoso, pues estuvo presente ya en la cultura política y constitucional europea entre las dos guerras. Es la idea de insertar la democracia social en el linaje de un sistema federal que trascienda la experiencia de los estados nacionales. Desde hace medio siglo los teóricos se interrogan acerca de las virtualidades y de los límites del binomio Estado-democracia. Hoy el tema ha adquirido una creciente actualidad, que implica el interrogante acerca del impacto de los procesos de globalización y de integración supranacional sobre los principios del constitucionalismo democrático.

En esta línea puede ser conveniente empezar por el estudio de aquellas disposiciones de los tratados que pueden considerarse como relevantes para identificar las características del principio democrático en cada uno de los ordenamientos comunitarios. Con este fin pueden individualizarse cuatro grupos de disposiciones. En primer lugar, los preámbulos y los principios en los que se enfatizan la importancia de la democracia, el empeño para reforzar el funcionamiento democrático de las instituciones y para que se llegue a una situación en la que las decisiones sean tomadas lo más cerca posible de los ciudadanos.

2. Como es conocido, la CAN está compuesta por los órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración (SAI) que es la estructura que articula y permite coordinar al conjunto de órganos, instituciones y convenios que forman parte de la CAN. Los órganos que la integran son el Consejo Presidencial Andino que es el órgano máximo del SAI, el Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores y la Comisión de la CAN que son los órganos de dirección y decisión. La Secretaría General de la CAN es el órgano ejecutivo, el Parlamento Andino es el órgano deliberante y el Tribunal de Justicia de la CAN es el órgano jurisdiccional. Las instituciones consultivas son el Consejo Consultivo Empresarial Andino y el Consejo Consultivo Laboral Andino. Las instituciones financieras son la Corporación Andina de Fomento (CAF) y el Fondo Latinoamericano de Reservas (FLAR), las instancias que podrían ser definidas sociales están conformadas por los convenios Hipólito Unanue (salud) y Simón Rodríguez (trabajo) y por la Universidad Andina Simón Bolívar.

En segundo lugar, el conjunto de disposiciones que se refieren a los derechos políticos y a la participación política. Las disposiciones sobre la ciudadanía que contienen derechos políticos tales como los derechos electorales, de petición, etc.

En tercer lugar, las disposiciones relativas a los equilibrios institucionales. Este ámbito es el que mayor centralidad ha asumido en el debate acerca de la democracia en los sistemas comunitarios, centrándose sobre todo en el proceso de parlamentarización de los equilibrios institucionales. La elección directa de los miembros del Parlamento supranacionales, la posible potenciación de sus atribuciones y, en especial, la ampliación de sus poderes de control sobre los órganos ejecutivos, hasta las modalidades de participación en procedimiento legislativo.

Finalmente, hay que mencionar un grupo de disposiciones que es objeto de controvertida interpretación. Se trata de aquel concerniente a los objetivos en materia económica y social. Es conocido que en el constitucionalismo el principio democrático trasciende la democracia como método e incluye la democracia social. La efectividad de la participación llega, por tanto, a ser considerada condición de la misma democracia. En este sentido deben considerarse relevantes las referencias de los tratados de integración a la cohesión económica y social, al desarrollo equilibrado y sostenible o al elevado nivel de ocupación.

La primera de las conclusiones que emergen de este cuadro es que, en general, existen crecientes y progresivas aperturas de los tratados en dirección de la afirmación del principio democrático. Sin embargo, las dificultades nacen en el momento en el que se intenta analizar cuáles son las características, el contenido y la amplitud del principio democrático en el ámbito comunitario.

Esto depende de la circunstancia de que el principio democrático ha encontrado su realización esencialmente en la experiencia del Estado nacional: una experiencia construida sobre el modelo de unidad estatal soberana, caracterizada por una elevada homogeneidad, por una identidad común y una esfera pública sólidamente constituida y capaz de expresarse en el ámbito político-institucional. Quien estudia hoy la democracia en los sistemas de integración se encuentra, por tanto, frente a un dilema: por una parte, no pueden ser reconducidos a algún tipo de estado y, por otra, es necesario, si se quiere garantizar el principio democrático, utilizar dentro de ellos algunos de los instrumentos derivados del modelo estatal.

Aquí se inserta un ulterior factor de discusión que nace de la incertidumbre acerca de la configuración de la naturaleza del sistema comunitario. En efecto, cada una de las hipótesis utilizadas para definir dicho sistema conlleva una serie de implicaciones acerca del principio democrático. Estas hipótesis pueden ser reconducidas a tres grupos fundamentales.

El primero es representado por lo que podría ser definido como paradigma federalista. La idea de la que arranca es la de un federalismo como concepto dinámico, según la lección de C.J. Friedrich de un federalismo como proceso, como desarrollo constitucional abierto. Según esta interpretación, los equilibrios comu-

nitarios representan el estado preliminar de un sistema federal en sentido propio. Por lo que respecta a la democracia en el sistema de integración, la consecuencia que deriva de este planteamiento es la de colocar al Parlamento supranacional en el centro de un sistema de tipo federal.

Respecto de este punto emergen del sistema comunitario indicaciones bastante contradictorias. Por una parte, atendiendo a la evolución de los tratados acerca de los poderes normativos del Parlamento, si se excluye la experiencia europea, los demás prácticamente no ostentan competencia de este tipo. Por otra parte, surgen dudas respecto de la posible configuración del Parlamento como órgano de representación de los ciudadanos. Estas dudas se plantean sobre todo en relación con una estructura que no se basa fundamentalmente en el principio de igualdad democrática sino, más bien, en la igualdad constitutiva de una asociación de estados, en virtud de la cual la formación de la voluntad se basa en la igualdad entre los elementos de esta estructura federal. Este criterio está todavía muy presente en la composición de los Parlamentos de integración.

El segundo grupo es el representado por el paradigma funcionalista. Las consecuencias de este paradigma en el principio democrático consisten en el desplazamiento del centro del sistema a órganos decisionales autónomos, de carácter económico y técnico-administrativo, sacrificando una legitimación democrática más extensa.

Este paradigma pone las comisiones al centro del sistema comunitario y de sus equilibrios institucionales. No obstante según este planteamiento, la centralidad de la comisión debería ser mitigada a través de otros institutos. En primer lugar, la elección directa de los miembros del Parlamento justifica la creación de infraestructuras de responsabilidad política. En segundo lugar, por el papel desarrollado por instituciones formadas por expertos independientes como, por ejemplo, en el caso europeo, el Banco Central, cuya función es aquella de abstraer un determinado tipo de decisiones políticas a representantes democráticamente legitimados para su remisión al juicio de dichos expertos.

El tercer grupo responde al que se define como paradigma "pluralista". Esta fórmula desarrolla fundamentalmente las conclusiones alcanzadas por el Tribunal Federal alemán en la sentencia Maastricht del 10 de octubre de 1993. El sentido de esta sentencia, en relación con la democraticidad del sistema, era que frente a las incógnitas que gravan sobre el desarrollo en sentido democrático de las instituciones comunitarias, es mejor concentrarse sobre la democracia interna a los estados como vehículo para la legitimación democrática de las organizaciones comunitarias. Los estados son los actores de la integración, los dueños de los Tratados, los sujetos a los que se remite la actuación del mismo derecho derivado. La consecuencia es que la legitimación democrática de estas organizaciones se basa esencialmente en los sistemas políticos nacionales y en los recursos que estos mismos sistemas políticos están en disposición de ofrecer. Esto se traduce en que la legitimación democrática

de las organizaciones comunitarias se sustenta, en parte, sobre el funcionamiento de los parlamentos nacionales y en la salvaguarda de las prerrogativas de estos, tanto por lo que concierne la revisión de los tratados como en las fases ascendente y descendente de las políticas comunitarias.

SOBERANÍA E INTEGRACIÓN

La Comunidad Andina está formada por Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y por los órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración (SAI). Sus antecedentes se remontan a 1969 cuando se firmó el Acuerdo de Cartagena, también conocido como Pacto Andino. La CAN inició sus funciones en agosto de 1997.

Por su parte, la Unión Europea fue creada con Tratado firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992, basada en las Comunidades Europeas preexistentes y aún existentes, junto con el Tratado de Roma de 1957 y otros instrumentos internacionales. En ambos casos los Tratados confiere plenos poderes a algunos de los organismos en ellos previstos, lo cual tiene un efecto bastante heterogéneo sobre los estados miembros.

Como es sabido, algunos de estos organismos son lo que tradicionalmente se conocen como intergubernamentales y otros son supranacionales, en el sentido que entran a limitar la soberanía de los estados. Si se consideran los ámbitos de actuación, que sin duda representa un considerable paso adelante en esta dirección, no es difícil darse cuenta de que la posibilidad de los estados para actuar de una manera verdaderamente independiente de *facto* se ve significativamente afectada por ese tipo de relación.

A este respecto, la Unión Europea es excepcional. De hecho, aunque es fácil mencionar otros ejemplos de compromisos internacionales de alto alcance político y con efectos más o menos similares en cuanto a la libertad de acción política o financiera de los gobiernos (OTAN, el Espacio Económico Europeo, etc.), ninguno de ellos llega a plantear las problemáticas concernientes a la integración europea.³

Para entender claramente la especificidad de la cooperación dentro de la UE, no basta con analizar los efectos de la acción gubernamental que en ella se desarrollan, sino que será igualmente necesario, en primer lugar, estudiar la relación existente entre los gobiernos y los representantes nacionales en sus diversos niveles. En segundo lugar, hacer hincapié en el círculo de mutua dependencia que cualquier sistema –incluyendo este– tiende a crear. Y, por último, recalcar algunos aspectos

3. Sobre la naturaleza de la cooperación política europea pueden verse, por ejemplo, Pablo Pérez Tremps, *Constitución española y Comunidad Europea*, Madrid, Civitas, 1994.

fundamentales de la influencia de este nuevo derecho de la integración sobre la noción de soberanía nacional.⁴

Por tradición, un Estado es “soberano” en tanto sea dueño absoluto de las decisiones, tanto en ámbito interno como con respecto a los compromisos que acepte con otros estados. La capacidad de involucrarse en acuerdos internacionales no tiene sentido a no ser de que sea usada en un marco de libertad de acción de las partes contrayentes. Estas partes serán libres de establecer qué obligaciones tomar y también serán libres de decidir retirarse de ellas, de acuerdo, por supuesto, a los límites que pueden haber sido establecidos por cada tratado en particular. De esta manera, la soberanía de las partes contrayentes está a salvo. Y lo está, al menos formalmente, porque el Estado se mantiene libre de quedarse al margen de los compromisos vinculantes a nivel multinacional.

No es difícil imaginar las consecuencias que, para un Estado, tendría su renuncia a utilizar, por ejemplo, los instrumentos previstos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos para invocar la intervención de la Corte Europea. Así como las que podrían derivarse de la renuncia a su participación en la Unión Europea. Esta decisión podría ser destructiva para su economía.⁵

Aunque es cierto que la relevancia del concepto de soberanía estatal no debe ser sobreestimada en un mundo de múltiples coacciones políticas y financieras sobre la mayoría de los países, pocos podrían negar que este aspecto de la integración en general y de la integración europea, en particular, viene a cuestionar directamente el núcleo de las nociones heredadas sobre soberanía.⁶ Como es conocido, el carácter *supranacional* de la integración se sustancia en primer lugar, en el hecho de que partes importantes de las decisiones tomadas en la organización comunitaria se aplican directamente en los estados miembros sin tener que haber sido aceptadas por las autoridades nacionales competentes. Además, las normas comunitarias tienen prelación sobre todas las normas dentro de cada uno de los estados miembros. Estas directrices de origen jurisprudencial nunca han sido invalidadas por decisiones políticas con efectos vinculantes sobre las Cortes de Justicia.

En particular, el carácter supranacional de la UE ha sido además fuertemente reforzado por la Unión Económica y Monetaria. Como fue puesto en evidencia por el Consejo Constitucional francés en su sentencia de 9 de abril de 1992, el monopolio de “la emisión de la moneda” es uno de los principales atributos de la

4. Al respecto puede verse, por ejemplo, Gaetano Silvestri, “La parabola della sovranità. Ascesa, declino e trasfigurazioni di un concetto”; Enzo Cannizzaro, “Esercizio di competenze e sovranità nell’esperienza giuridica dell’integrazione europea”; Massimo Luciani, “L’antisovrano e la crisi delle Costituzioni”; publicados todos ellos en la *Rivista di Diritto Costituzionale*, No. 1, Rivista dell’Associazione ‘Gruppo di Pisa’, 1996, pp. 1-188.
5. Gaetano Silvestri, “La parabola della sovranità. Ascesa, declino e trasfigurazioni di un concetto”, p. 25.
6. Massimo Luciani, “L’antisovrano e la crisi delle Costituzioni”, p. 176.

soberanía. Esta decisión describe la puesta en vigencia de la “tercera fase” del tratado de Maastricht como uno de los factores de pérdida de partes de las condiciones esenciales para el ejercicio de la soberanía nacional.

El núcleo central del carácter supranacional de la integración reside en los aspectos del sistema antes mencionados. Un sistema que otorga a las instituciones de la Comunidad el poder de adoptar medidas obligatorias para los estados miembros sin la necesidad de su puntual consentimiento previo, como sería necesario de acuerdo con el sistema inherente a la toma de decisiones por unanimidad, es decir a través de un tratado. Más aún, de este sistema proviene la obligación para las autoridades nacionales –de las cuales las judiciales no son una excepción– de respetar la “legislación” comunitaria, incluso en los casos en los que esta última esté en conflicto con las normas legales estatales. A este respecto no hay que olvidar que, como ya se puso de relieve, uno de los elementos básicos del concepto de soberanía nacional es justamente el privilegio de tener la última palabra acerca de las normas que se aplican dentro de su propio ordenamiento.

El contraste entre “soberanía” e “integración” se hace por tanto palpable cuando se impone el deber de aplicar las normas comunitarias en contra de las normas legales nacionales o hasta del mismo orden *constitucional*. Las soluciones doctrinales que se plantean a este contraste son muy heterogéneas. Baste con pensar, por ejemplo, en la dificultad de encajar el concepto de soberanía del Parlamento en el marco del sistema “constitucional” británico con la integración.

De ahí que surja la pregunta de si es realmente posible, sin abandonarlo –y de esta manera inscribirse en alguna forma de revolución–, combinar una doctrina de la soberanía de los estados con una realidad que condiciona de manera tan fuerte la libertad de acción de estos últimos a través del tipo de jerarquía legal que impone el ordenamiento comunitario.

Es evidente que también en todos los estados miembros se encuentra una pretensión de plena soberanía del parlamento similar a la prevista por el ordenamiento “constitucional” británico. Estos sistemas constitucionales están formalmente basados sobre textos constitucionales escritos que hacen del Parlamento un poder *constituido* con plena libertad de acción dentro de los límites impuestos por las disposiciones constitucionales. La totalidad de ellos además se fundamenta en constituciones que prevén un sistema de revisión judicial de la constitucionalidad, una revisión a la que los actos comunitarios no están sometidos.

En estas situaciones, la introducción en el ordenamiento nacional de los actos normativos comunitarios, da cabida a problemas similares a los que pueden encontrarse en el sistema legal británico, con una diferencia a saber, que al menos, las constituciones escritas pueden ser enmendadas o interpretadas como aptas para habilitar a la comunidad para operar como parte del sistema político y legal interno. Pero incluso estos últimos países tendrán que reconciliar su orden jerárquico legal con la prioridad que pretenden alcanzar las normas comunitarias.

Mientras que la doctrina de la primacía del derecho comunitario puede aplicarse sin problemas, por lo menos formales, sobre las normas de rango infraconstitucional internas, ya que la interpretación o revisión de las disposiciones constitucionales puede admitir la introducción de este nuevo tipo de jerarquía, parece evidente que la posibilidad de una integración efectiva pueda verse seriamente afectada si cada estado miembro fuera libre de bloquear la aplicabilidad de las normas comunitarias por ser contraria a las leyes y hasta a la Constitución.

En este sentido parece interesante referirse al caso colombiano cuya Corte Constitucional expresa:

La idea de soberanía nacional no puede ser entendida hoy bajo los estrictos y precisos límites concebidos por la teoría constitucional clásica. La interconexión económica y cultural, el surgimiento de problemas nacionales, cuya solución solo es posible en el ámbito planetario y consolidación de una axiología internacional, han puesto en evidencia la imposibilidad de hacer practicable la idea decimonónica de soberanía nacional. En su lugar ha sido necesario adoptar una concepción más flexible y más adecuada a los tiempos que corren, que proteja el núcleo de libertad estatal, propio de la autodeterminación, sin que ello implique un desconocimiento de reglas y principios de aceptación universal. Solo de esta manera puede lograrse el respeto de una moral internacional (...).⁷

Así como en otra sentencia:

La integración latinoamericana responde y se afianza sobre la concepción moderna de la soberanía relativa, que ya no la reconoce como un poder supremo, absoluto e ilimitado del Estado, sino como algo limitado y restringido por la interacción de los demás Estados dentro de la comunidad internacional, lo cual obviamente implica la resignación de específicas competencias de los Estados en organismos comunitarios, con el fin de hacer viables los procesos de integración económica.⁸

Pero, entonces, ¿dónde queda la soberanía de los estados, si las constituciones, sean estas escritas o no, pueden ser “violadas” o incluso formalmente enmendadas por normas comunitarias sin el consentimiento de los poderes a los que la constitución otorga la facultad de su revisión? Y, en esta misma línea, ¿podrían los estados miembros afirmar que siguen siendo realmente soberanos? Muy a pesar de las soluciones que a este problema se han planteado por parte de la doctrina y de la jurisprudencia, la única respuesta posible a esta última cuestión parece ser negativa.

7. Sentencia No. C-574 de 28 de octubre de 1992.

8. Sentencia No. C-228 de 25 de mayo de 1995.

No es difícil encontrar disposiciones más o menos explícitas en las constituciones nacionales que intenten dificultar la transferencia de poderes cuando estas implícitamente se transformen en enmiendas constitucionales.⁹ Así como tampoco debe sorprender que las jurisdicciones constitucionales de algunos estados hayan expresado su preocupación al respecto.

La decisión del 12 de octubre de 1993 de la Corte Federal Constitucional Alemana sobre la participación de Alemania en el Tratado de la UE, aunque es la más famosa, es solo un ejemplo de la manifestación de esta preocupación. No obstante, lo que parece ser aún más sorprendente, que el simple hecho de que hayan aparecido, es la poca frecuencia de estas decisiones. Las razones a las que responde esta actitud silenciadora pueden individualizarse, en primer lugar, en que la puesta en marcha de las comunidades ha sido generalmente constitucionalizada en cada Estado miembro a través de los diferentes instrumentos previstos por cada uno de ellos. En segundo lugar, la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas ha desarrollado un sistema de principios generales que debería servir para evitar más conflictos con las disposiciones concernientes a los derechos fundamentales reconocidos en cada una de las constituciones nacionales. Este sistema, que poco a poco se ha convertido en parte del famoso *acquis communautaire*, debería servir para reducir la posibilidad de conflictos en el futuro.

Cierto es que problemas prácticos siempre podrían surgir. En este sentido habría que confiar en que o bien las representaciones nacionales tomen ventaja apelando a barreras constitucionales cuando las negociaciones posibiliten avances hacia una mayor integración o bien se decida, por parte de los estados, racionalizar constitucionalmente el proceso de integración, y se tome como una cuestión de principio. La tarea es reconciliar la doctrina de la primacía del derecho comunitario con la superioridad de las constituciones nacionales, para que sea una prueba final de que la soberanía nacional continúa teniendo sentido.

No obstante hay que preguntarse: ¿hasta qué punto puede una efectiva integración ser asegurada sin violar la soberanía de las constituciones nacionales? Y, en el caso en que no se pueda, ¿hasta qué punto puede ser abandonado este principio último sin violar los principios supraconstitucionales de la independencia nacional?

El carácter supranacional de la integración es reforzado aún más por la existencia de instituciones donde no se admiten “representantes nacionales”, como en el caso de la Comisión Europea en el caso de la UE. Pero ¿cómo conciliar la soberanía nacional con la existencia de una Corte de Justicia de las Comunidades –de su política judicial en favor de la integración, de su pretensión de asegurar la superioridad del Derecho comunitario sobre la legislación nacional y de su poder de interpretación con efectos vinculantes incluso para los juzgados supremos de cada

9. Artículo 20 de la Constitución danesa; artículo 93 de la de Noruega.

uno de los estados miembros—? Y ¿qué decir respecto del Banco Central Europeo, que, de acuerdo con el tratado de Maastricht, goza de completa independencia aunque sus actuaciones tengan un alcance igual a las de cualquiera de las anteriores instituciones monetarias nacionales?

El carácter supranacional de la integración europea se afirma también a través de la toma de decisiones mayoritarias. Esto quiere decir que los representantes nacionales pueden tener que someterse a decisiones tomadas por una mayoría de representantes de otros países, aun en los casos en los que por su parte se exprese una fuerte oposición.

Esto comporta que sea aún más fácil discernir las razones que elevan el respeto del principio democrático a elemento esencial para el correcto desarrollo de la integración. Esto se comprende si se compara el principio de mayoría cualificada previsto en el ordenamiento comunitario con las decisiones intergubernamentales ordinarias que solo adquieren poder vinculante por los estados que las hayan aceptado explícitamente. Esto no es así en un sistema en el cual un creciente volumen de limitaciones legales a los estados miembros viene establecido a través de decisiones tomadas tanto por la mayoría de representantes políticos como por los cuerpos judiciales. En este contexto no parece apropiado olvidarse del significado del principio de unanimidad en la legislación pública internacional ya que este último es considerado como una precondition para garantizar la soberanía de los estados.

DEMOCRACIA E INTEGRACIÓN

Para ejemplificar las problemáticas inherentes a este punto se hará directa referencia a la experiencia europea.

Las razones del surgimiento de las comunidades europeas solo pueden ser entendidas plenamente en el contexto de la segunda posguerra mundial. En nombre de dos de los máximos oponentes a través de los siglos, los líderes alemanes y franceses tomaron la decisión de no combatir más guerras estableciendo interdependencia económica para hacer de los conflictos armados algo inconcebible. Las medidas progresivamente adoptadas incluyen reglas para un mercado común y los poderes supranacionales que fueran considerados necesarios para asegurar el control y la competencia igualitaria sobre el mercado de operaciones.

A los propósitos iniciales de la posguerra debe ser agregada la necesidad de extender el mercado “interno” en busca de una economía más productiva, dentro de una Europa enfrentada a los grandes actores financieros internacionales (incluyendo América y Japón) y por este motivo, asegurar un mínimo de control público sobre las operaciones de mercado. Todo esto se transformó también, en un primer momento, en un instrumento para fortificar los intereses del viejo continente sobre asuntos culturales, agrícolas etc.

La realización de algunas de estas finalidades por parte de las comunidades no siempre ha sido intachable. El desempleo, por ejemplo, continúa siendo alto y la guerra en Bosnia ha demostrado que la historia no puede ser fácilmente perdonada, sobre todo cuando proviene de las tradicionales “luchas de poder” entre las naciones más poderosas de Europa occidental.

A pesar de los problemas, pocos pueden negar que las comunidades se han transformado en el actor más importante del escenario tanto europeo como internacional. Pero todavía parece existir un fuerte escepticismo popular respecto de las comunidades entendidas como medio para conseguir una real integración Europea.

Esta percepción de las comunidades aparece indirectamente en una serie de referéndums nacionales. Excluyendo Austria e Irlanda, el porcentaje normal a favor de uno u otro aspecto de la integración europea en los últimos años ha sido más o menos cercano al 50%: Dinamarca 56,2% (1986), 49,3% (1992) y 56,7% (1993) Francia 50,9% (1992), Finlandia 56,9% (1994), Suecia 52,3% (1994). En Noruega los porcentajes han sido muy similares (53,55% en 1972, 52,2% en 1994), aunque este último dato no coincida con el hecho de que la mayoría noruega votara *contra* su participación en la UE y en la CE.

El nivel de participación en las elecciones directas para el Parlamento Europeo (59,4% en 1984, 58,5% en 1989, 56,2% en 1994) puede ser también citado como una muestra de fuerte escepticismo. En el contexto europeo, este nivel –que por supuesto oculta variaciones considerables entre los diferentes electorados– es significativamente débil. Podría inclusive argumentarse que el TUE en sí mismo es el resultado del acuerdo de una élite cuya opinión parece contrastar con la difundida desconfianza popular. Pero ¿cómo puede ser explicada esta aparente contradicción?

Las razones son demasiado numerosas para poder ser explicadas en este contexto. Además, un buen número de ellas son muy “particulares”, es decir, son territorialmente caracterizadas como, por ejemplo, el caso de las pescaderías en Noruega, o el marco alemán en Alemania, etc. Una de las razones que aparentemente parece ser más generalizada es la que se trasluce detrás de la atención que en diferentes ámbitos ha ido tomando el *interés por la democracia* en la integración Europea, incluso en muchas campañas previas a los referéndums anteriormente citados.

Tal vez habría que preguntarse si puede ser que la mayoría de los estados en Europa sean demasiado “pequeños” como para oponerse al anárquico movimiento de capitales o para asegurar las necesidades, por ejemplo, del medioambiente –ya que la contaminación no respeta fronteras nacionales–. Podría ser que el desplazamiento de la toma de decisiones a un nivel supranacional tenga algo a que ver con este tipo de desafíos.¹⁰ Pero, ¿cómo llegar a establecer si los representantes supra-

10. Alberto Predieri, “Trattato di Ámsterdam e frattali”, en *Il Diritto dell’Unione Europea*, No. 2-3, 1998, p. 261.

nacionales se ocuparán de estos asuntos de la mejor manera posible? ¿Cómo averiguar si la pérdida de soberanía nacional que esto acarrea –sea más o menos formal– será realmente compensada con mejores decisiones en cuestiones cruciales?

La única respuesta honesta para semejante pregunta es probablemente que no se puede saber. Lo que por supuesto podemos suponer es que las buenas decisiones supranacionales tienen más posibilidades de alcanzar sus objetivos que una decisión excelente, pero más o menos aislada, en el ámbito nacional.

Otra duda que puede surgir es el respecto de un mínimo de *Rechtsstaat*; en este sentido no es casual que la “democracia” y el “estado de derecho” se han transformado en la bandera de los gobiernos para adquirir su legitimidad en el ámbito internacional. Es verdad que el significado de las garantías del “estado de derecho” no es fácil de discernir, y menos aún si este se pone en relación con la noción de democracia.

LA DOBLE NATURALEZA DEL CONCEPTO DE “DÉFICIT DEMOCRÁTICO”

La necesidad de establecer vías de participación de los Parlamentos nacionales en los asuntos comunitarios no siempre ha sido evidente. No obstante, puede decirse que la tensión entre los distintos centros de poder territoriales ha estado presente, en mayor o menor medida, a lo largo de todo proceso de construcción comunitaria.

La Asamblea, en los procesos de integración y en su configuración primitiva, es una institución de naturaleza estrictamente interestatal, designada por órganos constitucionales de los estados miembros y representante de los Parlamentos nacionales y, por tanto, de los estados mismos.

En el caso europeo se trataba, como es evidente, de una modalidad de designación que no respondía plenamente a la definición que el artículo 137 del Tratado CEE, tal y como estaba formulado en su primera versión, daba de los componentes de la Asamblea describiéndolos como “representantes de los pueblos de los estados reunidos en la Comunidad” y, aún menos, a la calificación de este órgano como “Parlamento Europeo” que la misma Asamblea se otorgó en 1962.¹¹

También hay que decir que la inadecuación de las modalidades de designación de los representantes en el seno de la Asamblea no había pasado desapercibida

11. Ya en la primera sesión de la Asamblea unificada de las tres Comunidades Europeas se llegó al acuerdo de denominarse “Asamblea Parlamentaria Europea” (Resolución de 20 de marzo de 1958). Pero tan solo con la Resolución de 30 de marzo de 1962 (DOCE, 1962, 1045) se adoptaba el nombre definitivo de “Parlamento Europeo”. Luciano Bardi, *Il Parlamento della Comunità Europea, legittimità e riforma*, Bolonia, Il Mulino, 1989.

a los redactores de los tratados que explícitamente definieron el sistema como provisional. El apartado tercero del artículo 138 del Tratado CEE, de hecho, disponía que “la Asamblea elaborará proyectos encaminados a hacer posible su elección a sufragio universal y directo, de acuerdo un procedimiento uniforme en todos los Estados miembros” y que “el Consejo, con deliberación unánime, establecerá las disposiciones recomendando su adopción por parte de los Estados miembros, en conformidad a las respectivas normas constitucionales”. En relación con este procedimiento, merece observar que para la modificación de las disposiciones comunitarias sobre la elección de segundo grado de los representantes de la Asamblea no era previsto el procedimiento ordinario de modificación de los tratados, contemplado en vía general por el artículo 236 TCEE. Al margen de esta norma el Tratado prevé un procedimiento especial, que se abre con la propuesta de la Asamblea y termina con una decisión del Consejo, evitando la estipulación de un nuevo Tratado y, por tanto, concluyéndose dentro del ordenamiento comunitario. Ya en 1958 se constituyó en la Asamblea un grupo de trabajo bajo la presidencia de Dehousse cuyo proyecto de Convención sobre la elección a sufragio general y directo de los miembros del Parlamento, aprobado el 17 de mayo de 1960, no salió adelante por la oposición de algunos de los miembros comunitarios. El Consejo jamás se pronunció sobre ello.¹²

Algunos años después la misma Asamblea retomó la iniciativa con el “Informe Vadel”, que constituyó la base de los trabajos que culminaron con la adopción por el Consejo de las Comunidades del *Acta relativa a la elección de los representantes en la Asamblea por sufragio universal directo*.¹³ A este respecto hay que poner de relieve que dicho proyecto, en lugar de ser tramitado por el procedimiento especial previsto en el artículo 138 TCEE, siguió la tramitación ordinaria prevista por el artículo 236 del mismo. Esto se justifica en atención al contenido de una de las resoluciones anexas, la cuarta, en la que se enfatizaba en la necesidad de aumentar los poderes de la Asamblea.

Ya por entonces el Parlamento Europeo había expresado, en varias ocasiones, la necesidad de fortalecer la legitimidad democrática de la comunidad, instaurando un verdadero control parlamentario en el ámbito comunitario, dada la imposibilidad de que los Parlamentos nacionales lo ejerciesen.

Fruto de ese interés fue la elaboración de un documento de trabajo sobre la “pérdida de competencias de los Parlamentos de los Estados miembros como consecuencia de la integración”.¹⁴ En dicho documento, el Parlamento Europeo advertía no solo de las causas de esa falta de legitimidad, sino también de la disminución

12. Angel Allue Buiza, *El Parlamento Europeo. Poder y democracia en las Comunidades europeas*, Valladolid, Universidad de Valladolid, 1990, p. 35.

13. DOCE n. L 278, 8.10.76, pp. 5-11.

14. PE 35.807, junio de 1973.

de las intervenciones de los Parlamentos nacionales en la elaboración y aprobación de las disposiciones comunitaria. Tal disminución se observaba en tres momentos:

- *Disminución en la formación del derecho comunitario originario.* La participación legislativa de los Parlamentos Nacionales se limitaba únicamente a la ratificación o no del texto de los Tratados sin que pudiesen introducir enmiendas.
- *Disminución en la formación del derecho derivado.* También aquí era fácil observar la clara limitación de los Parlamentos nacionales, cuya intervención no era necesaria para dar validez a decisiones, reglamentos y directivas comunitarias, limitándose a su transposición al derecho interno.
- *Escasa participación en la elaboración de las normas internas de desarrollo, necesarias para su aplicación en el territorio de cada Estado miembro.* En el caso del reglamento comunitario su aplicación solo requiere, en la mayoría de los casos, actos administrativos o judiciales. En cuanto a las directivas, la mayoría de los estados miembros han hecho un amplio uso de las habilitaciones o delegaciones legislativas en favor de los Ejecutivos, previstas en sus cláusulas constitucionales. Como es evidente, el mismo Parlamento Europeo no ignoraba que para asumir nuevas competencias necesitaba el apoyo de los parlamentos nacionales.

En definitiva, ningún Parlamento de los estados miembros puede presumir de haber sido un actor del proceso comunitario. Los parlamentos nacionales tuvieron que aceptar que competencias ejercidas tradicionalmente por ellos fueran asumidas por órganos de representación indirecta, el Consejo y la Comisión. Esta actitud explica que durante esos años los parlamentos nacionales estuvieran más pendientes de la acción de sus propios gobiernos que de la denuncia institucional llevada a cabo por el Parlamento Europeo.

Esta afirmación se explica tomando en consideración que, aunque las relaciones entre Parlamento Europeo y los parlamentos nacionales orbiten siempre en torno a la noción de *déficit democrático* de la Unión Europea, este último reviste un significado diferente según sea valorado en relación con el primero o con los segundos.

La doble realidad representada por dicha noción es expuesta en términos claros por el documento preparatorio del Ministerio español de Asuntos Exteriores a la Conferencia Intergubernamental de 1996. En este último se afirma que:

Todo parece indicar que la cuestión del reforzamiento de los poderes del Parlamento Europeo va a ser crucial y una de las más polémicas durante la conferencia. En efecto, frente a la escuela que podríamos identificar como “alemana”, secundada por los más integracionistas partidarios todos de dotar de mayor legitimidad democrática al sistema a base de aumentar las responsabilidades del PE, la posición británica, danesa y de una parte de la mayoría gubernamental francesa irá más bien en la dirección de

limitarlas o, si acaso, contenerlas en su nivel actual, ya que para todos ellos la verdadera legitimidad radica en los Parlamentos Nacionales.¹⁵

En este sentido debe recordarse que las Comunidades Europeas se constituyen bajo la fórmula de “organización supranacional”.¹⁶ Una fórmula que, aunque es distinta del modelo tradicional de relaciones internacionales, es decir el de la organización internacional, tampoco puede ser calificado como de Derecho constitucional. Por estas razones aunque ya no se considere al Parlamento Europeo como “la única asamblea parlamentaria internacional del mundo”,¹⁷ y se entienda el concepto de integración como concepto autónomo,¹⁸ no puede olvidarse que el fundamento democrático de la estructura institucional comunitaria resulta todavía débil. El modelo de división de poderes que opera en el interior de la Unión se basa, como es conocido, y dejando de un lado el poder judicial, en la existencia de una Comisión, un Consejo y el Parlamento Europeo. Este último, aunque no representando al pueblo europeo, responde a una legitimación electoral directa y se compone de “representantes de los pueblos de los Estados reunidos en la Comunidad”.¹⁹ De aquí que frecuentemente se aluda al déficit democrático de la Unión europea incluyendo en dicha referencia cuestiones que parecen pertenecer a problemáticas diferentes.

Se habla de “déficit democrático” en relación con el sujeto de la representación que en el caso del Parlamento Europeo es el mismo que en el de los parlamentos nacionales, es decir, el pueblo de cada uno de los estados miembros considerado como comunidad política diferenciada y que, por tanto, la legitimación democrática de esta institución quedará inconclusa hasta alcanzar la elección al Parlamento a través de un procedimiento electoral común.²⁰ También se afirma que en el equilibrio institucional buscado por los legisladores comunitarios subyace un “déficit democrático” que se manifiesta no solo por la carencia de una adecuada función legislativa del Parlamento sino también por la ausencia de correctivos que signifiquen

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

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

17. Así Cesidio Guazzaroni, *Seminario internazionale su: Parlamento Europeo e Parlamenti Nazionali dei Paesi della Comunità Europea*, Milán, Giuffrè, 1984, p. 6.

18. Así Pablo Pérez Tremps, *Constitución española y Comunidad Europea*, p. 35.

19. Artículo 189 TCE.

20. Así Ángel Allue Buiza, *El Parlamento Europeo. Poder y democracia en las Comunidades Europeas*, pp. 16 y 17.

un adecuado control sobre la intervención en la ejecución y gestión comunitaria del órgano decisorio.²¹ Con todo, en la mayoría de los casos la principal razón reside en que los estados nacionales han transferido a las Comunidades Europeas competencias o ejercicio de competencias que correspondían al Parlamento y que, una vez transferidas, han pasado a ser ejercitadas por los representantes de los Gobiernos nacionales en el seno del Consejo de la Unión. De ahí que el déficit democrático sea provocado porque en el ámbito europeo las competencias que correspondían a los Parlamentos nacionales no están reservadas al Parlamento Europeo.

Estas ideas han sido destacadas en la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 12 de octubre de 1993.²² En esta sentencia se afirma que “en la asociación de Estados de la UE, la legitimación democrática tiene lugar, pues, en virtud de la conexión de la actuación de los órganos europeos con los Parlamentos de los Estados miembros”.²³

Esto, en parte, explica por qué los Parlamentos nacionales, al tratar de recuperar la iniciativa sobre el control de la política comunitaria y de la elaboración de las disposiciones comunitarias, crean en su seno comisiones específicas para los asuntos comunitarios. La primera surgió en Alemania y su ejemplo fue pronto seguido por prácticamente la totalidad de los Parlamentos nacionales. Los únicos que tardaron en crear una comisión especial fueron Luxemburgo y los Países Bajos. España, por ejemplo, creó en 1985 –cuando todavía estaba en curso la negociación de adhesión– una Comisión Mixta para las Comunidades Europeas, antecedente de la actual Comisión Mixta para la Unión Europea. La gama de intervenciones de estas comisiones es muy amplia: informativa, de negociación, de contacto con el Parlamento Europeo, de control, etc.

A partir de 1979, fecha de las primeras elecciones directas del Parlamento Europeo, los vínculos personales y directos entre los Parlamentos nacionales y el Parlamento Europeo quedaron interrumpidos en muchos de los estados miembros que formaban parte de la Comunidad, produciéndose los primeros distanciamientos.²⁴ Tanto es así que en su resolución de junio de 1988,²⁵ el Parlamento Europeo

21. Entre la abundantísima bibliografía sobre el tema, dentro de la doctrina española pueden verse, por ejemplo, Araceli Mangas Martín, “La dinámica de los tratados y los déficits estructurales de la Unión Europea: reflexiones generales críticas”, en VV. AA., *Hacia un nuevo orden internacional y europeo*, Madrid, Tecnos, 1993, pp. 1056-1061.

22. En la que se examina la posible inconstitucionalidad de la Ley de Ratificación del Tratado de Maastricht. La sentencia traducida al castellano es publicada en la *Revista de Instituciones Europeas*, No. 3, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1993, pp. 975 y ss.; así como en el *Boletín de legislación extranjera*, No. 147-148, 1994, pp. 35 y ss.

23. Apartado C.I.b.2, p. 1005 de la citada *Revista de Instituciones Europeas*.

24. En España, la L.O.5/1985 del régimen electoral general para la regulación de las elecciones al Parlamento Europeo, no admitía la compatibilidad nacional y comunitaria del Acta de Diputado –artículo 211.2. La posición española ya contaba con precedentes como Bélgica y Grecia.

25. La resolución se basó en el Informe Hoon DOC A2-65/88.

pedía a los estados miembros que modificarán el artículo pertinente del Acta de 1976 a fin de impedir el doble mandato parlamentario nacional y europeo.

La posición del Parlamento Europeo, una vez legitimado democráticamente, fue la de reclamar una mayor participación en la toma de decisiones y en el control de las actividades de la Comunidad. Su estrategia era avanzar en el camino de la democratización del funcionamiento de las instituciones. En esta línea, una de sus primeras iniciativas fue establecer contactos regulares con los Parlamentos nacionales.²⁶ Con ocasión de estos contactos, los eurodiputados intentaron hacer comprender a sus colegas nacionales que la reivindicación de mayores poderes para el Parlamento Europeo no implicaba, en absoluto, una disminución de los poderes de los Parlamentos nacionales. Se trataba, por el contrario, de complementar el control que hasta entonces ejercían sobre los Gobiernos de los estados miembros con un verdadero control parlamentario de la actividad política comunitaria, que desde el comienzo estaba sustraída al control de los Parlamentos nacionales.

El Acta Única fue decisiva en la transformación del Parlamento Europeo, que elaboró entonces un nuevo diseño de relaciones institucionales. Esta vía ha sido reforzada en Maastricht y en Ámsterdam.

Su punto de partida es la existencia en la Comunidad Europea de una legitimación democrática doble y compartida: en primer lugar, una legitimación democrática proveniente de los estados miembros, representados por el Consejo de Ministros (sus componentes gozan de la confianza de los Parlamentos nacionales y son sometidos a su propio control parlamentario); en segundo lugar, una legitimación democrática de los ciudadanos, es decir, de un hipotético “pueblo europeo” representado por el Parlamento Europeo.

No obstante, todos estos planteamientos, así como demuestra la evolución de la Unión Europea, son insuficientes para evitar los conflictos entre la Constitución y el derecho comunitario que pueden perfilarse, especialmente en relación con áreas inherentes al sistema de garantías de los derechos. Así como para dar solución a las problemáticas planteadas por las implicaciones institucionales del ordenamiento comunitario sobre el ordenamiento interno, es decir, el impacto de la integración sobre la organización del Estado, tanto en relación con los equilibrios entre los poderes, así como en relación con las competencias de cada uno de ellos. En este sentido hay que reconducir el debate hacia el análisis de lo que podría ser denominado déficit constitucional de los procesos de integración.

26. Informe Diligent Doc 234 del 14.8.81.

LA NATURALEZA CONSTITUCIONAL DEL DÉFICIT DEMOCRÁTICO EN LOS PROCESOS DE INTEGRACIÓN

Para entender las repercusiones constitucionales que puede llegar a tener todo anclaje jurídico de cualquier proceso de integración supranacional, hay que empezar por una reflexión, aunque sea mínima, acerca del fundamento y de las bases en las que se sustenta este tipo de fenómenos políticos. Pues bien, hay que partir de la base de que estas relaciones, como ya se apuntó, son, en definitiva y en último caso, relaciones de integración y de cooperación. Efectivamente, los estados y determinadas organizaciones internacionales (organizaciones internacionales de estados como, por ejemplo, la ONU, o pactos militares internacionales, como la OTAN) son reconocidos como sujetos que tienen la capacidad para concertar, entre sí, acuerdos que puedan producir normas jurídicas, con vocación de vigencia indefinida, en orden a regular las relaciones que les afectan. Concretamente, se crearon una serie de organizaciones internacionales que tenían como fin el establecer un mercado económico común o/y la creación de una unión política.

Todo ordenamiento comunitario –que no deja de configurarse como un ordenamiento supranacional de naturaleza, por lo menos al principio, internacional– como todo ordenamiento jurídico, resulta, para los sujetos destinatarios del mismo, de obligado cumplimiento. Ello permite preguntarse cómo se inserta dicho derecho en los ordenamientos jurídicos internos de cada Estado miembro, y la respuesta, debería encontrarse en las Constituciones de cada uno de ellos. Para establecer por dónde debía ir cualquier esfuerzo de identificación de la realidad comunitaria haciendo referencia a su necesaria superposición con el aspecto político-institucional y su interconexión con el sistema jurídico nacional.

Desde la perspectiva de cada uno de los ordenamientos nacionales implicado en el proceso de integración, podríamos hablar de tres niveles de análisis mutuamente interrelacionados. Por tanto, habría que establecer cual es el ámbito material de la integración, es decir, que es lo que puede o no integrarse. En segundo lugar, habría que hacer referencia a las vías de integración para verificar si las cláusulas de aperturas a estos sistemas representan o no un soporte constitucional suficiente para hacer frente a los anteriormente referidos efectos de la integración. Y finalmente, habría que establecer cuál es o debería ser el órgano encargado de decidir acerca de la limitación de soberanía que la adhesión a todo tratado de integración implica.

El análisis de estos tres aspectos se llevará a cabo en relación con las Constituciones de los países miembros de la CAN.

Si tuviéramos que establecer la característica más relevante de las distintas fórmulas utilizadas por las cláusulas constitucionales inherentes al reconocimiento del poder de integración de los países pertenecientes a la CAN, esta, sin duda, sería

la heterogeneidad. No obstante, a pesar de ello, estas cláusulas pueden ser reconducidas a dos ámbitos distintos.

En primer lugar, aquellas constituciones que contienen disposiciones que podrían definirse de “habilitación genérica” ya que en ellas el fundamento constitucional de la integración se deriva de una genérica referencia o equiparación entre tratados de integración comunitaria e integración internacional y, en segundo lugar, las que contienen cláusulas constitucionales, que no solo reconocen formalmente la integración comunitaria como un fenómeno independiente de la integración internacional, sino además introducen, por lo menos a primera vista, una serie límites materiales con el fin de condicionar su desarrollo.

Entre los estados pertenecientes al primer bloque está sin duda Perú en cuyo ordenamiento las que podrían ser denominadas cláusulas constitucionales de integración están prácticamente ausentes. La Norma Fundamental de 1993 se limita a establecer, en el último párrafo de su artículo 44, que “(...) es deber del Estado establecer y ejecutar la política de fronteras y promover la integración, particularmente latinoamericana, así como el desarrollo y la cohesión de las zonas fronterizas, en concordancia con la política exterior”. Las demás disposiciones constitucionales se refieren de manera general a los tratados internacionales sin diferenciarlos desde el punto de vista material estableciendo la inclusión de los tratados ratificados por el Perú como parte del ordenamiento jurídico nacional. En este sentido la constitución prevé explícitamente en su artículo 55 que los tratados celebrados por el Estado forman parte del derecho nacional sin abordar sistemáticamente el problema de la jerarquía entre las diferentes fuentes del derecho. Tan solo hay algunos artículos dispersos que disciplinan la aprobación de los Tratados, su control constitucional y su carácter de fuente interpretativa del ordenamiento jurídico.²⁷ La poca claridad del texto constitucional ha provocado una pluralidad de interpretaciones doctrinales que tampoco el Tribunal constitucional ha sabido reconducir de manera unívoca, limitándose a establecer que “(...) el inciso 4 del artículo 200 de la Constitución establece las normas que, en el sistema de fuentes normativas diseñado por ella, tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas”.²⁸ A ello, en la sentencia No. 047-2004-AI/TC añade que:

Los tratados son expresiones de voluntad que adopta el Estado con sus homólogos o con organismos extranacionales, y que se rigen por las normas, costumbres y fundamentos doctrinarios del derecho internacional. En puridad, expresan un acuerdo de voluntades entre sujetos de derecho internacional, es decir, entre estados, organiza-

27. Ver al respecto los artículos 55 a 57, y además, el cuarto inciso del artículo 200 del texto constitucional.

28. Caso Ley de la Policía Nacional del Perú, Exp. No. 0022-2004-AI/TC. Fundamento Jurídico 1.

ciones internacionales, o entre estos y aquellos. (...) Los tratados reciben diversas denominaciones, establecidas en función de sus diferencias formales; a saber: convenios o acuerdos, protocolos, *modus vivendi*, actas, concordatos, compromisos, arreglos, cartas constitutivas, declaraciones, pactos, canje de notas, etc. El tratado como forma normativa en el derecho interno tiene algunas características especiales que lo diferencian de las otras fuentes normativas. Ello porque, por un lado, los órganos de producción de dicha fuente (esto es, los estados y los organismos internacionales que celebran el tratado), desarrollan su actividad productora en el ámbito del derecho internacional, y por otro, porque su modo de producción (...) se rige por el derecho internacional público. (...) A diferencia de las demás formas normativas que se producen en el ámbito del derecho interno peruano, los tratados son fuente normativa, no porque se produzcan internamente, sino porque la Constitución así lo dispone. Para ello, la Constitución, a diferencia de las otras formas normativas, prevé la técnica de la recepción o integración de los tratados en el derecho interno peruano. (...) Es la propia Constitución, entonces, la que establece que los tratados internacionales son fuente de derecho en el ordenamiento jurídico peruano. Por mandato de la disposición constitucional citada se produce una integración o recepción normativa del tratado.

En esta misma sentencia el Tribunal afirma que la pirámide jurídica nacional debe ser establecida a base de dos criterios rectores: el de las categorías y el de los grados. Dentro de la primera categoría, normas constitucionales y normas con rango constitucional, existen tres grados: la Constitución, las leyes de reforma constitucional y los tratados de derechos humanos. En la segunda categoría, leyes y las normas con rango o de ley, aparecen las leyes, los tratados, los decretos legislativos, los decretos de urgencia, el reglamento del Congreso, las resoluciones legislativas, las ordenanzas regionales las ordenanzas municipales y las sentencias expedidas por el Tribunal Constitucional que declaran la inconstitucionalidad de una ley o norma con rango de ley. A ello se añaden otras tres categorías que aquí no se tomarán en consideración por no guardar relación con el tema objeto de este trabajo.²⁹ Allí donde no haya diferentes grados entre las normas, las antinomias se solucionarán atendiendo al principio de competencia.³⁰

Con esta jurisprudencia el Tribunal constitucional no aporta casi nada a la clarificación y/o integración del vacío concerniente a las cláusulas constitucionales relativa a los tratados de integración. Y ello en tanto que se limita a diferenciar entre los tratados de derechos humanos y tratados sobre otras materias. Los tratados de derechos humanos se encuentran en la primera categoría junto con la Constitución aunque dos grados por debajo. Todos los demás tratados pertenecen a la segunda categoría en la que no existen grados y, por tanto, tienen igual jerarquía que la de las otras fuentes incluida en esta categoría.

29. Ver sentencia No. 047-2004-AI/TC. FJ 61.

30. *Ibíd.*, FJ 62.

De acuerdo con ello puede afirmarse que el ordenamiento constitucional peruano contiene tan solo una referencia semántica a la integración contenida del artículo 44. No existe definición ninguna del ámbito material de la misma, es decir que puede o no integrarse, ni explícitamente a las vías de integración aunque en este caso habría, sin duda, que aplicar el procedimiento previsto por el artículo 56 de la Constitución.

Sin embargo, el segundo párrafo del artículo 57 del texto de 1993, establece que “(...) cuando el tratado afecte disposiciones constitucionales debe ser aprobado por el mismo procedimiento que rige la reforma de la Constitución, antes de ser ratificado por el Presidente de la República (...)”, si a esto se añade lo previsto en el artículo 20 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional que establece que:

mediante el procedimiento de declaración de inconstitucionalidad (...) el Tribunal garantiza la primacía de la Constitución; y declara si son constitucionales o no, por la forma o por el fondo, las siguientes normas que sean impugnadas: (...) 4. Los tratados internacionales que hayan requerido o no la aprobación del Congreso conforme a los artículos 56 y 57 de la Constitución.

Por todo ello, puede afirmarse que, en principio, sí podría haber un control de los potenciales conflictos entre la Constitución y el derecho comunitario, para dar solución a las problemáticas planteadas por las implicaciones institucionales del ordenamiento comunitario sobre el ordenamiento interno. Un control que desde luego hasta ahora no solo no ha sido utilizado sino que ni siquiera ha sido estudiado por la doctrina.

También la Constitución colombiana debe incluirse en este primer bloque, ya que aunque sea cierto que en ella haya una referencia mucho más explícita a la integración en el artículo 227 al establecer que:

el Estado promoverá la integración económica, social y política con las demás naciones y especialmente, con los países de América Latina y del Caribe mediante la celebración de tratados que sobre bases de equidad, igualdad y reciprocidad, creen organismos supranacionales, inclusive para conformar una comunidad latinoamericana de naciones. La ley podrá establecer elecciones directas para la constitución del Parlamento Andino y del Parlamento Latinoamericano.

Por otra parte, según el artículo 150, se le otorga al Parlamento la competencia de:

aprobar o improbar los tratados que el Gobierno celebre con otros estados o con entidades de Derecho internacional. Por medio de dichos tratados podrá el Estado, sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional, transferir parcialmente determinadas atribuciones a organismos internacionales, que tengan por objeto promover o consolidar la integración económica con otros Estados.

Sin definir lo límites de dicha integración ni prever ningún procedimiento especial.

A diferencia del ordenamiento peruano, en Colombia no existe la posibilidad de reformar la Constitución en caso de conflicto con un tratado ya que el punto 10 del artículo 241 establece que es competencia de la Corte Constitucional:

decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben. Con tal fin, el Gobierno los remitirá a la Corte, dentro de los seis días siguientes a la sanción de la ley. Cualquier ciudadano podrá intervenir para defender o impugnar su constitucionalidad. Si la Corte los declara constitucionales, el Gobierno podrá efectuar el canje de notas; en caso contrario no serán ratificados.

Por tanto, en este caso es el juez constitucional el órgano sobre el que recae la compleja tarea de establecer los límites de la posible cesión de competencias por parte del Estado, lo cual quiere decir que deberá ser la Corte Constitucional la que asuma el papel de defensor de la soberanía del Estado con todos los inconvenientes que este reconocimiento puede llegar a implicar.

Lo que sin duda en principio podría sorprender es la inclusión en este ámbito que se definió de cláusulas de “habilitación genérica” de las normas previstas en la Constitución de Ecuador. En efecto, dicho texto aparentemente consagra un capítulo entero, el tercero del título VII, a la integración latinoamericana. Sin embargo, este capítulo, que consta de un artículo el 423, contiene solo normas programáticas, es decir, unos compromisos que el Estado, en el cumplimiento del objetivo estratégico que constituye la integración, deberá impulsar, promover, fortalecer, proteger, mientras todas las demás normas inherentes a los procedimientos de ratificación y control de los tratados de integración se encuentran fuera de este capítulo y, más concretamente, en el capítulo dedicado a los tratados y instrumentos internacionales y en el título IX dedicado a la supremacía de la Constitución.

Según el artículo 419, la ratificación de los tratados que comprometen Ecuador en acuerdos de integración y de comercio y que atribuyen competencias propias del orden jurídico interno a un organismo supranacional deben ser aprobados por la Asamblea Nacional con ley ordinaria. Por otra parte, el capítulo V de la Ley Orgánica de garantías jurisdiccionales y control constitucional establece que el control de constitucionalidad de los tratados internacionales comprende la verificación de la conformidad de su contenido con las normas constitucionales y que en el caso en que la Corte Constitucional declare la inconstitucionalidad de un tratado por razones de fondo la Asamblea Nacional tendrá la obligación de abstenerse de la aprobación hasta que no se produzca la reforma constitucional. Reforma que, como es conocido, según establece el artículo 442 de la Constitución, deberá ser aprobada por referéndum popular.

También en este caso, como en el colombiano, deberá ser la Corte Constitucional la que se haga cargo, en primera instancia, de la definición de los límites a

la cesión de soberanía del Estado ecuatoriano y decida acerca de la necesidad o no de una reforma constitucional y tan solo si considere la reforma necesaria el pueblo será llamado a expresar su voluntad acerca de las modificaciones constitucionales inherentes a la cesión de soberanía.

El análisis hasta aquí efectuado permite afirmar que tan solo la Constitución de Bolivia puede considerarse como perteneciente a aquellas constituciones que contienen cláusulas, que no solo reconocen formalmente la integración comunitaria como un fenómeno independiente de la integración internacional, sino que además introducen, por lo menos a primera vista, una serie límites materiales con el fin de condicionar su desarrollo.

La constitución boliviana dedica el capítulo tercero, de su título VIII, a la integración afirmando que el Estado promoverá las relaciones de integración social, política, cultural y económica con los demás estados, naciones y pueblos del mundo y, en particular, la integración latinoamericana, basándose en los principios de justicia, equidad y reconocimiento de las asimetrías. Y que, además, fortalecerá la integración de sus naciones y pueblos indígenas originarios y campesinos con los pueblos indígenas del mundo. Añadiendo una referencia directa, y por tanto un primer límite material, a la exigencia de que los representantes de Bolivia ante organismos parlamentarios supraestatales emergentes de los procesos de integración se elegirán mediante sufragio universal. Lo cual no permitiría a Bolivia adherirse a procesos de integración que no prevean esta modalidad de elección de los representantes nacionales pertenecientes a los organismos parlamentarios.

Por otra parte, el capítulo primero del mismo título, que se encarga de disciplinar, más en general, las relaciones internacionales, establece en su primer artículo (el 225), que “las relaciones internacionales y la negociación, suscripción y ratificación de los tratados internacionales responden a los fines del Estado en función de la soberanía y de los intereses del pueblo”. Esta afirmación se hace efectiva gracias a la previsión contenida en el artículo 257 que establece explícitamente, por una parte, el rango legal de los tratados internacionales y, por otra, la necesaria aprobación de los mismos, mediante referendo popular vinculante previo a la ratificación en todos los casos en los que el tratado implique, entre otros supuestos, integración monetaria, integración económica estructural o cesión de competencias institucionales a organismos internacionales o supranacionales, en el marco de procesos de integración. Así como a través del artículo 259 que establece la posibilidad de que cualquier otro tratado internacional sea sometido a aprobación mediante referendo popular cuando así lo solicite el cinco por ciento de los ciudadanos registrados en el padrón electoral, o el treinta y cinco por ciento de los representantes de la Asamblea Legislativa Plurinacional.

El ordenamiento boliviano es, por tanto, el único que prevé un ámbito material de integración, es decir, que establece lo que puede o no integrarse, que prevé una vía de integración en la que el órgano encargado de decidir acerca de la apro-

bación de los tratados es el mismo que en su momento aprobó la constitución y, por tanto, el único que debería y debe decidir acerca de la limitación de soberanía que estos tratados implican.

BIBLIOGRAFÍA

- Allue Buiza, Angel,
1990 *El Parlamento Europeo. Poder y democracia en las Comunidades Europeas*, Valladolid, Universidad de Valladolid.
- Bardi, Luciano,
1989 *Il Parlamento della Comunita Europea, legimitita e riforma*, Bolonia, Il Mulino.
- Cannizzaro, Enzo,
1996 “Esercizio di competenze e sovranità nell’esperienza giuridica dell’integrazione europea”, en *Rivista di Diritto Costituzionale*, No. 1, Gruppo di Pisa.
- Guazzaroni, Cesidio,
1984 *Seminario internazionale su: Parlamento Europeo e Parlamenti Nazionali dei Paesi della Comunita Europea*, Milán, Giuffré.
- Ley de Ratificación del Tratado de Maastricht,
1993 (sentencia traducida al castellano), en *Revista de Instituciones Europeas*, No. 3, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Luciani, Massimo,
1996 “L’antisovrano e la crisi delle Costituzioni”, en *Rivista di Diritto Costituzionale*, No. 1, Gruppo di Pisa.
- Mangas Martín, Araceli,
1993 “La dinámica de los tratados y los déficits estructurales de la Unión Europea: reflexiones generales críticas”, en VV. AA., *Hacia un nuevo orden internacional y europeo*, Madrid, Tecnos.
- Medina Ortega, Manuel,
1974 *La Comunidad Europea y sus principios constitucionales*, Madrid, Tecnos.
Ministerio de Asuntos Exteriores,
1995 *La Conferencia Intergubernamental de 1996. Bases para una reflexión*, Madrid.
- Pérez Tremps, Pablo,
1994 *Constitución española y Comunidad Europea*, Madrid, Civitas.
- Predieri, Alberto,
1998 “Trattato di Ámsterdam e frattali”, en *Il Diritto dell’Unione Europea*, No. 2-3.
- Silvestri, Gaetano,
1996 “La parábola della sovranità. Ascesa, declino e trasfigurazioni di un concetto”, en *Rivista di Diritto Costituzionale*, No. 1, Gruppo di Pisa.
- Waelbroek, Michel,
1964 “Contribution a l’étude de la nature juridique des Communautés européennes”, en AA. VV., *Problèmes de droit des gens*, París, A. Pedone.

CONSTITUCIÓN ECONÓMICA ECUATORIANA, INTEGRACIÓN Y LIBRE COMERCIO

César Montaña Galarza¹

INTRODUCCIÓN

Con un enfoque jurídico, este artículo se ocupa de ámbitos en los cuales el Estado contemporáneo juega un rol preponderante, sea como actor o como regulador. Se trata de las imbricaciones problemáticas existentes entre la Constitución económica, los procesos de integración y el libre comercio. Este trabajo busca evidenciar –aunque solo sea de manera aproximada– tales conflictos, a partir de la Constitución de la República del Ecuador de 2008 (CRE),² así como de su vinculación con las políticas públicas y los derechos. Presenta los lineamientos jurídicos centrales legados por el último proceso constituyente, respecto a las posibilidades de participación del Estado en procesos de integración, así como de su aparentemente limitada propensión para concretar tratados y convenios orientados a crear dinámicas de libre comercio.

Para cumplir con los propósitos mencionados, en una primera parte referimos aspectos conceptuales básicos para comprender la Constitución económica ecuatoriana. En este marco, luego revisamos críticamente los contenidos fundamentales sobre la integración y el libre comercio, así como también evidenciamos los más recientes y relevantes desarrollos legislativos sobre las materias involucradas. También planteamos algunas de las relaciones existentes entre integración y libre mercado, con aspectos políticos, institucionales, jurídicos y sociales que interesan al Estado nacional. Presentamos una apreciación acerca del carácter instrumental del Derecho para las dinámicas referidas; postulamos que mientras mayor profundidad alcanza un proceso de integración, se acrecienta la necesidad de mantener un espacio de libre mercado; explicamos así mismo, que el Estado tiene la capacidad de establecer esquemas de libre comercio al margen de su participación en proce-

1. Director del Área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.
2. Constitución de la República del Ecuador, publicada en el Registro Oficial No. 449, de 20 de octubre de 2008.

sos de integración supranacional; ensayamos una descripción acerca de la manera en que se da la regulación del mercado liberado; examinamos las relaciones que existen entre integración y libre comercio, y los derechos y los conflictos de índole jurídica. Finalmente, apuntamos nuestra conclusión sobre la temática central abordada.

ELEMENTOS CONCEPTUALES DE LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA

Tanto las prácticas de integración entre estados y el libre comercio son dos componentes conectados con lo que se viene denominando la “Constitución económica” o como otros suelen llamar el “capítulo económico de la Constitución” o “disposiciones constitucionales de contenido económico”, parte importante de la norma fundamental que regula y amalgama el sistema económico considerando, entre otros elementos, a los derechos y sus garantías, los grandes objetivos de la planificación y el desarrollo, el manejo de la caja fiscal, las relaciones internacionales.

Así, “la Constitución económica atendería a la ordenación jurídica de las estructuras y relaciones económicas en la que no solo están implicados los ciudadanos sino también, y de manera creciente, el propio Estado en su función de protagonista del desarrollo de la vida económica”.³

Para nosotros, la Constitución económica es el sector de disposiciones fundamentales que recoge una serie de valores, principios, derechos y reglas básicas, que sustentan y dirigen la dinámica económico-social del Estado y de los particulares, en el marco de la propia Constitución, sea que se desarrolle en el campo nacional o fuera de él. Esta porción de la norma suprema constituye, a la vez, límite y habilitación para la actuación del Estado, de la empresa y de los particulares, sin perjuicio de que se encuentre ordenada en un acápite específico o diseminada a lo largo del cuerpo constitucional, cual ocurre en el caso ecuatoriano, tal como evidenciaremos más adelante. De hecho, lo usual es ubicar en las constituciones, cláusulas dispersas que regulan el sistema económico, antes que un acápite específico. La Constitución económica podría ser considerada como una parte destacada de la norma fundamental, tan importante como las tradicionales partes dogmática y orgánica.

Consideramos además, que la Constitución económica es una de las más avanzadas expresiones de la explicación del “Derecho como técnica social”, toda vez que permite mostrar objetivamente las imbricaciones entre la política y la economía. Además, constituye una prueba de la presencia y vitalidad de la que goza el derecho económico, porque esta disciplina será el prisma ideal para la lectura y

3. Martín Bassols Coma, *Constitución y sistema económico*, Madrid, Tecnos, 1988, p. 17.

comprensión de la Constitución económica, sin importar si el modelo económico que encarna y el modelo jurídico que le da cause, se decantan por la consolidación de un sistema aperturista de libre comercio o de uno de corte estatista.

INTEGRACIÓN Y LIBRE COMERCIO, CONTENIDOS MATERIALES DE LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA ECUATORIANA.

Sabemos que la Constitución ecuatoriana vigente contiene múltiples disposiciones de carácter orgánico y programático, que recogen de manera ampulosa, y a veces hasta desordenada, una serie de instituciones de Derecho, así como elementos materiales que interesan en todo tiempo al Estado y a los ciudadanos.

Desde que se conoce que los estados tienen una activa participación o expresión en la arena internacional, sea como antaño con un afán defensivo o incluso belicoso, o para mejores propósitos en las vías más actuales de la cooperación y de la integración, no se discute la posibilidad de que aquellos puedan establecer relaciones internacionales, preponderantemente bajo los cánones del derecho internacional, ramo jurídico inspirado en normas consuetudinarias y en principios propios.

Las posibilidades que tiene un Estado para actuar internacionalmente es enorme, y puede comportar cuestiones de fondo para el poder público, su institucionalidad y la democracia, por lo que no debería quedar al margen de expresas regulaciones constitucionales, pues a la final el Estado en esas relaciones expresa una voluntad originada en la soberanía popular y en las prerrogativas que le son inherentes.

Vistas en perspectiva comparada las actuales constituciones del medio latinoamericano, estas contienen sendas disposiciones que tratan de manera expresa –aunque a veces no del todo clara y acotada– especialmente las facultades de los poderes públicos ejecutivo y legislativo en materia de relaciones internacionales, situación resultante de un proceso evolutivo de “constitucionalización de las relaciones internacionales”. Y esto es positivo porque a raíz de los pactos internacionales que suscriben los estados es factible causar lesión a sus derechos, y, más grave aún, a los derechos de los ciudadanos. Así, el poder ejecutivo, que normalmente es el que tiene la prerrogativa para negociar y comprometer, al menos en primera instancia, la voluntad del Estado a nivel internacional, se encontrará con algunos límites para la actuación. Decimos en primera instancia porque es normal ubicar en las cartas políticas la responsabilidad compartida que tienen el Ejecutivo y el Legislativo en materia de relaciones internacionales (artículos 418 y 419 CRE), amén de las facultades del órgano de control constitucional para emitir dictámenes previos y vinculantes de constitucionalidad (artículo 438.1), respecto de tratados y convenios internacionales.

En adición a lo dicho, hay que destacar que la expresión de la voluntad del Estado en el campo internacional en alta medida se plasma en torno a objetivos relacionados con la política económica. También puede ocurrir lo mismo respecto a otros sectores de la política pública, estratégicamente, por ejemplo, los de la cooperación para enfrentar el tráfico de estupefacientes, intercambios culturales y, la recepción de donaciones de otros estados.

Resulta innegable que la integración y el libre comercio son cada vez más importantes para los estados nacionales, sea porque el Estado tiene una política abierta para los compromisos con otros sujetos del derecho internacional (otros estados y organizaciones internacionales), porque se encuentra plenamente inmiscuido en los circuitos mundiales que crea la globalización económica o, simplemente, porque desea aprovechar ciertas ventajas que las relaciones externas le ofrecen.

Casi no existe en el mundo un país que no haya establecido contactos y relaciones productivas o positivas –hablando en términos de provecho económico– con otros, o que no participe de los beneficios que de ello se generan, así como también de los efectos negativos que puedan conllevar el aperturismo inconsulto y las interdependencias en el marco de la globalización.

Los procesos de integración siempre atraerán cuestiones beneficiosas para el Estado que se involucre en ellos, y permitirán que en un plano de igualdad se comprometan mutuamente para trabajar en orden a alcanzar objetivos comunes fijados en acuerdos internacionales. Esta modalidad de organización entre estados facilita la consecución de metas que mediante acuerdos circunscritos únicamente al campo comercial difícilmente alcanzarían, pues en los espacios del libre comercio puro y simple los estados no compiten necesariamente en un plano de igualdad, sino que cada uno traza la ruta propia para proteger sus intereses de manera unilateral, por lo que de la calidad del proceso de negociación de esos acuerdos llevado a cabo dependerá el beneficio real para cada parte. Estos emprendimientos estatales que referimos últimamente, podrían materializarse en relaciones comerciales bilaterales o multilaterales. Tanto la integración como el libre comercio se cuentan como contenidos materiales importantes y con diversos alcances, en las constituciones de nuestro tiempo.

Haremos seguidamente una aproximación sistemática sobre las proyecciones de la ampulosa Constitución Económica ecuatoriana sobre las relaciones internacionales de integración y las que corresponden al libre comercio. Así, tenemos que la Constitución de 2008 dedica el título VI al “Régimen de Desarrollo”, que según el artículo 276.5, tendrá varios objetivos, entre los cuales constan 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 (énfasis agregado).

Enmarcado en el mismo título VI, en la sección primera, “Sistema Económico y Política Económica”, del capítulo cuarto “Soberanía Económica” está el

artículo 284, que fija los objetivos de la política económica, entre ellos, el número 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*” (énfasis agregado). En este sentido, la Asamblea Nacional ha aprobado en 2010 el denominado Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones (COPCI).⁴

También está el artículo 304 de la sección séptima sobre “Política Comercial”, de los mismos capítulo y título indicados. Define los *objetivos de la política comercial*, entre ellos: “1. Desarrollar, fortalecer y dinamizar los mercados internos a partir del objetivo estratégico establecido en el Plan Nacional de Desarrollo. 2. Regular, promover y ejecutar las acciones correspondientes para *impulsar la inserción estratégica del país en la economía mundial*. (...) 5. *Impulsar el desarrollo de las economías de escala y del comercio justo*” (énfasis agregado).

Esta parte llama especialmente la atención, porque, si bien la norma últimamente referida reitera en la idea de la inserción del país en la economía mundial, no establece la manera cómo se logrará tal inclusión, ni como se alcanzará el desarrollo de las economías de escala, lo cual significa una omisión de grandes proporciones, que no obstante, podría ser superada mediante la emanación posterior de una ley sobre esas materias.

Respecto a esto último, el artículo 5 e. del COPCI, que desarrolla lo atinente al rol del Estado en el marco del desarrollo productivo, entre otras cosas expresa que, para la transformación de la matriz productiva, el Estado incentivará la inversión productiva, a través de: “La implementación de una política comercial al servicio del desarrollo de todos los actores productivos del país, en particular, de los actores de la economía popular y solidaria y de la micro, pequeñas y medianas empresas, y para garantizar la soberanía alimentaria y energética, las economías

4. Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 351, de 29 de diciembre de 2010. El artículo 1 del Código determina lo siguiente: “Ámbito. Se rigen por la presente normativa todas las personas naturales y jurídicas y demás formas asociativas que desarrollen una actividad productiva, en cualquier parte del territorio nacional. / El ámbito de esta normativa abarcará en su aplicación el proceso productivo en su conjunto, desde el aprovechamiento de los factores de producción, la transformación productiva, la distribución y el intercambio comercial, el consumo, el aprovechamiento de las externalidades positivas y políticas que desincentiven las externalidades negativas. Así también impulsará toda la actividad productiva a nivel nacional, en todos sus niveles de desarrollo y a los actores de la economía popular y solidaria; así como la producción de bienes y servicios realizada por las diversas formas de organización de la producción en la economía, reconocidas en la Constitución de la República. *De igual manera, se regirá por los principios que permitan una articulación internacional estratégica, a través de la política comercial, incluyendo sus instrumentos de aplicación y aquellos que facilitan el comercio exterior, a través de un régimen aduanero moderno transparente y eficiente*”. (las cursivas me pertenecen).

de escala y el comercio justo, así como su inserción estratégica en el mundo”.⁵ La política comercial la define el Comité de Comercio Exterior (COMEX) en calidad de organismo rector, tal como reza el artículo 71 del COPCI.

El capítulo primero del título VIII de la Constitución, que se encarga de la “Relaciones Internacionales” inicia con el artículo 416, que en dos de sus números manda lo que sigue:

Las relaciones del Ecuador con la comunidad internacional responderán a los intereses del pueblo ecuatoriano, al que le rendirán cuenta sus responsables y ejecutores, y en consecuencia: 1. Proclama la independencia e igualdad jurídicas de los Estados, la convivencia pacífica y la autodeterminación de los pueblos, así como la cooperación, la integración y la solidaridad. (...) 11. *Impulsa prioritariamente la integración política, cultural y económica de la región andina, de América del Sur y de Latinoamérica.* (Énfasis agregado).

En nuestro país, la ratificación (léase “aprobación”) o denuncia de los tratados y convenios internacionales requiere la aprobación previa de la Asamblea Nacional en varios supuestos, entre ellos, cuando versen sobre derechos y garantías constitucionales; cuando comprometan la política económica estatal establecida en su Plan Nacional de Desarrollo a condiciones de instituciones financieras internacionales o empresas transnacionales; comprometan al país en acuerdos de integración y de comercio; atribuyan competencias propias del orden jurídico interno a un organismo internacional o supranacional (artículo 419). Es decir, para la aprobación de estos acuerdos se observará lo que en doctrina se denomina un trámite agravado o complejo, porque en él intervienen los poderes Ejecutivo y Legislativo y, el órgano de control constitucional. Como no es difícil que tanto los acuerdos de comercio como los de integración se relacionen con los aspectos enumerados y contenidos en el artículo 419 de la Constitución, según acabamos de comentar, aquellos deberán sujetarse a este trámite complejo de aprobación.

Pero lo tanto, los acuerdos de comercio y los de integración también pueden ser aprobados mediante otro mecanismo, el que se determina a través del artículo 420 de la norma suprema, que establece la posibilidad de que la ratificación de tratados se pueda dar por referéndum, mecanismo de participación democrática directa, solicitado por los ciudadanos o por el Presidente de la República. Se trata de una solución que nuestro juicio es peligrosa, debido a que puede ser manipulada políticamente por el gobierno de turno, ante un pueblo generalmente desinformado y desinteresado en los grandes problemas y asuntos de la nación.

5. Al efecto, en el Ecuador se ha adoptado la Ley Orgánica de Economía Popular y Solidaria y del Sector Financiero Popular y Solidario, publicada en el Registro Oficial No. 444, de 10 de mayo de 2011.

El capítulo tercero del mismo título VIII de la Constitución, se encarga de la “Integración Latinoamericana”, en donde consta una disposición que define “la integración como objetivo estratégico del Estado”, en especial con los países de Latinoamérica y el Caribe (artículo 423). Esta cláusula –someramente y sin reparar en que existen diversos tipos de procesos de integración– adiciona algo que nos parece inviable; manifiesta que: “en todas las instancias y procesos de integración” 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*.

Ante ello, se puede sostener que la norma jurídica revisada contiene luces y sombras sobre la idea del papel del Estado en materia de integración. Observamos que si bien el poder constituyente no sentó en su obra un “modelo de integración” al que se proyectaría indefectiblemente el Estado ecuatoriano, sí que definió una visión geocéntrica del tema, además precavida o temerosa del resto del mundo, con fijación en lograr una consolidación endógena, es decir, sin dar la cara a la realidad que las relaciones internacionales enfrentan en el siglo XXI⁶ y que demandan de

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

los estados el desarrollo de diversas estrategias para insertarse en los circuitos de la economía mundial.

Llama la atención también que en esta parte la Constitución no preconiza la “competencia” como una práctica sana y beneficiosa para relacionarse con economías del exterior, sino que solo se refiere a la *cooperación* o la *complementariedad*, cuestión que a nuestro juicio exhibe una postura clásica e insuficiente acerca de las relaciones de integración y de las relaciones comerciales. A la sazón, nos parece que en ese limitado ideal se enmarca la adhesión del Ecuador (24 de junio de 2009) a la denominada “Alianza Bolivariana para los Pueblos de Nuestra América/ Tratado de Comercio de los Pueblos” (ALBA-TCP), surgida en 2001 a propuesta del presidente de Venezuela Hugo Chávez F., que entró en marcha desde 2004 por impulso de Cuba y Venezuela.⁷

Otro asunto digno de comentar en esta parte es que el poder constituyente dejó enfatizado en la norma fundamental el compromiso de utilizar, en todo proceso de integración, la herramienta de la armonización de las leyes nacionales sobre varias materias, cuestión que desde nuestro punto de vista, obedece sobre todo a la voluntad de la comunidad internacional organizada en un proceso de integración que persiga objetivos comunes, y no de un solo Estado; además, es lógico suponer que los ámbitos materiales en que se desarrolle tal armonización legislativa, necesariamente corresponderán a los fines y objetivos y al nivel de consolidación del proceso de integración que se trate.

7. Según sus mentores, la ALBA ha sido concebida como el espacio de encuentro de los pueblos y gobiernos que entienden que la América Latina Caribeña conforma una Gran Nación, y que nuestros países deben unirse para enfrentar conjuntamente los desafíos del presente y del futuro. Al efecto se ha dicho: “*El ALBA, en tanto que alianza política estratégica tiene el propósito histórico fundamental de unir las capacidades y fortalezas de los países que la integran, en la perspectiva de producir las transformaciones estructurales y el sistema de relaciones necesarias para alcanzar el desarrollo integral requerido para la continuidad de nuestra existencia como naciones soberanas y justas*”. “El ALBA entonces, es el proyecto histórico de Simón Bolívar de unidad de la Patria Grande, para garantizar al pueblo “*la mayor suma de felicidad posible, la mayor suma de seguridad social y la mayor suma de estabilidad política*”. “*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*”. Así fueron sucediéndose diferentes cumbres de jefes de Estado: la segunda (28 de abril de 2005) y la tercera (29 de abril de 2006), también en Cuba. En esta última se incorpora la República de Bolivia con el presidente Evo Morales, quien suscribe su adhesión al ALBA y propone el Tratado de Comercio de los Pueblos, que fue firmado en esa ocasión. Son tratados de intercambio de bienes y servicios para satisfacer las necesidades de los pueblos. Se sustentan 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. Los TCP nacen para enfrentar a los TLC, Tratados de Libre Comercio. Cfr. [<http://www.alianzabolivariana.org/modules.php?name=Content&pa=showpage&pid=2080>].

Nuestra Constitución también ha previsto el impulso a una política común de defensa, que por cierto ahora no existe ni parece que se adopte en el mediano plazo, pese a los esfuerzos que se realizan en el seno de la Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR).⁸

La disposición que comentamos expresa paladina y cándidamente en su última parte que se “favorecerá” la consolidación de organizaciones de carácter supranacional, conformadas por estados de América Latina y del Caribe. Sobre el asunto, recordemos que la única experiencia de integración de corte supranacional que existe en el medio geográfico sudamericano es la de la Comunidad Andina, de la cual formamos parte. Según nuestro punto de vista, la integración andina es un proceso que aún no ha sido dimensionado en sus potencialidades por los gobernantes de los estados miembros. Huelga decir, además, que el constituyente soslayó en forma grave el cúmulo de compromisos previamente asumidos por el Estado en el marco de la integración andina, por ejemplo, están los campos concernientes 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 e impuesto a los consumos especiales, suntuario o específicos), la adopción de regímenes comunes (propiedad intelectual).

Vale destacar que como consecuencia de la intervención del Estado ecuatoriano en la CAN, este viene experimentando una especie de “andinización” de varios sectores de su ordenamiento jurídico interno,⁹ incluido el que regula al comercio, por lo que hubiese sido importante que la Constitución contemple cláusulas específicas que den sustento suficiente a este proceso de integración.

Rememoremos que el modelo económico de la Constitución de 1998 decantaba por una “economía social de mercado”, que ha sido cambiado casi totalmente por la Constitución de 2008 por uno que consta esbozado en el artículo 283, que inicia la sección primera del capítulo cuarto sobre “Soberanía Económica”, del título VI que se ocupa del Régimen de Desarrollo, y que expresa lo siguiente:

El sistema económico es social y solidario; reconoce al ser humano como sujeto y fin; propende a una relación dinámica y equilibrada entre sociedad, Estado y mercado, en

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

armonía con la naturaleza; y tiene por objetivo garantizar la producción y reproducción de las condiciones materiales e inmateriales que posibiliten el buen vivir.

El sistema económico se integrará por las formas de organización económica pública, privada, mixta, popular y solidaria, y las demás que la Constitución determine. La economía popular y solidaria se regulará de acuerdo con la ley e incluirá a los sectores cooperativistas, asociativos y comunitarios. (Las cursivas me pertenecen).

Es importante especificar que la disposición transcrita coloca –al menos en la faceta textual– en igualdad y equilibrio de condiciones a la sociedad, al Estado y al mercado (en ese orden), todos en armonía con la naturaleza, para alcanzar el llamado buen vivir. Creemos que no es casual que en la redacción de la norma de marras el sitio central lo ocupe el Estado, lo que a nuestro juicio marca al modelo actual con una presencia fuerte del dirigismo y control estatal.

Siguiendo con el análisis evidenciamos que el artículo 261.5 de la Constitución define que el Estado goza de “competencia exclusiva”, entre otros ámbitos, sobre el comercio exterior. Se debe tener presente también los artículos 284 y 304 ya referidos, con sus correspondientes números. Al respecto, hay que destacar que, con el artículo 261.5 citado, prácticamente se han desconocido los compromisos adquiridos en el marco de la Comunidad Andina, sobre todo en lo tocante con la liberalización comercial dentro del grupo, toda vez que varias definiciones de índole política y jurídica actualmente son adoptadas por órganos comunitarios y, no estatales.

Referimos además el artículo 306, norma constitucional del siguiente tenor: “El Estado promoverá las exportaciones ambientalmente responsables, con preferencia de aquellas que generen mayor empleo y valor agregado, y en particular las exportaciones de los pequeños y medianos productores y del sector artesanal. El Estado propiciará las importaciones necesarias para los objetivos del desarrollo y desincentivará aquellas que afecten negativamente a la producción nacional, a la población y a la naturaleza”. Leemos en esta disposición la clara intención que acarrea el modelo económico ecuatoriano actual, consistente en desarrollar tanto actividades de exportación como de importación pero de una manera selectiva y condicionada, así como el afán proteccionista en torno al productor nacional, los ciudadanos y la naturaleza (recuperación de los poderes estatales en torno al mercado).

De la revisión hasta aquí realizada a la Constitución del Ecuador resaltamos que esta obvia referirse de manera suficiente y franca al “libre comercio” o al “libre mercado”, ya que más bien apuesta a las relaciones económicas de complementariedad comercial.

En términos generales, resulta útil recordar que el libre comercio mundial consiste en la aspiración de los países y de las empresas exportadores, de que el comercio mundial se efectúe libre de toda clase de obstáculos arancelarios y no

arancelarios.¹⁰ Si “(...) en el caso del modelo jurídico del libre mercado, el *homo oeconomicus*, la propiedad privada, la eficiencia económica, la libertad de competencia, son los principios que informan la *raison juridique*”,¹¹ en el caso ecuatoriano, a partir de su norma suprema, no vemos claramente que se cumplan tales condiciones.

La liberalización cuenta como referente a la competencia en el libre mercado, así la liberalización de la economía pone el escenario para la competencia de los agentes económicos. Para la teoría económica, el mercado es un mecanismo “natural” idóneo para la realización de las conductas del *homo oeconomicus* y que *per se* reúne las siguientes características derivadas de la competencia: promueve eficiencias, permite el acceso y el deceso de los competidores, permite la innovación e inyección de recursos, evita la concentración abusiva, protege al consumidor y evita el trato discriminatorio. A lo que se puede agregar que “liberalizar” la economía implica un conjunto de acciones dirigidas a la creación de condiciones para la realización de una economía de mercado, y, por lo tanto, con la preponderancia de las leyes de oferta y demanda, como reguladores principales de la economía.¹²

Estas concepciones de carácter dogmático evocan potenciales efectos del libre mercado en aspectos relevantes de los campos interno y externo de la economía estatal, por lo que, según ellas, el libre comercio podría propiciar un mejoramiento cuantioso y estabilidad en algunas variables microeconómicas y macroeconómicas, cuestión debatida arduamente en los campos profesional y teórico.

No solamente en América Latina, sino en todos los países que aplicaron y aún aplican políticas neoliberales, se ha experimentado una serie de desajustes y de efectos negativos en los sistemas económicos, en las políticas económicas y sociales, justamente producto de la práctica de un libre comercio que no pudo generar las soluciones a los problemas que supuestamente iba a evitar (pobreza, igualdad, empleo, competitividad, mejora del aparato productivo, etc.). Lo cierto es que el mercado solo no puede eliminar los problemas originados por la aplicación de las leyes de la oferta y de la demanda, necesita irremediablemente del Estado, para que lo discipline y corrija tales inconvenientes. La Constitución ecuatoriana reconoce poderes del Estado en este último sentido señalado.

Nuestra Constitución también contiene cláusulas relacionadas con la libre competencia, pero solamente en sentido restrictivo, lo que es evidente cuando trata sobre los intercambios económicos y el comercio justo. En efecto, el segundo inciso del artículo 335 determina que: “El Estado definirá una política de precios orientada a proteger la producción nacional, establecerá los mecanismos de san-

10. Luis Luna Osorio, *Terminología del comercio internacional siglo XXI*, Quito, Pudeleco, 2002, p. 230.

11. José Roldán Xopa, *Constitución y mercado*, México D. F., Porrúa, 2004, p. 52.

12. *Ibid.*, pp. 73-74.

ción para evitar cualquier práctica de monopolio y oligopolio privados, o de abuso de posición de dominio en el mercado y otras prácticas de competencia desleal”.

Con otro sentido, el segundo inciso del artículo 336 manda lo siguiente: “El Estado asegurará la transparencia y eficiencia en los mercados y fomentará la competencia en igualdad de condiciones y oportunidades, lo que se definirá mediante ley”. De hecho, la libertad de competencia riñe con el tema álgido de la intervención del Estado en la economía, atinente al Derecho económico. Al respecto, en Ecuador se ha expedido la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM), más conocida como “Ley de Competencia”.¹³

De la revisión que antecede resulta claro que el Ecuador no cuenta actualmente con un modelo constitucional de libre mercado, basado en el dogma de la autorregulación del mercado, en el cual el Estado tiene un papel subsidiario; pues se podría decir que sucede todo lo contrario, esto debido a la clara tendencia actual del fortalecimiento del Estado como absorbedor de recursos y de actividades, que exhibe propósitos redistributivos o de igualación de condiciones sociales y económicas, y que reordena las prelacións sociales en la agenda gubernamental. La columna vertebral de este proceso que acabamos de señalar es el Plan Nacional de Desarrollo definido en el artículo 280 CRE, de la siguiente manera:

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.

Entre los doce objetivos del Plan Nacional para el Buen Vivir 2009-2013 (PNBV), se encuentra el siguiente: “Garantizar la soberanía y la paz, e impulsar la inserción estratégica en el mundo y la integración Latinoamericana”. Una estrategia prevista en el Plan, para conseguir el objetivo referido recientemente, expresa que el nuevo orden internacional perseguido es “multipolar”, con protagonismo de los pueblos del Sur; que favorece el multilateralismo en su arquitectura institucional y *propicia novedosos procesos de integración*, cooperación para el desarrollo

13. Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 555, de 13 de octubre de 2011. A través del Decreto Ejecutivo No. 1152, se puso en vigencia el Reglamento a esta Ley. El artículo 1 de la Ley establece lo siguiente: “El objeto de la presente Ley es evitar, prevenir, corregir, eliminar y sancionar el abuso de operadores económicos con poder de mercado; la prevención, prohibición y sanción de acuerdos colusorios y otras prácticas restrictivas; el control y regulación de las operaciones de concentración económica; y la prevención, prohibición y sanción de las prácticas desleales, buscando la eficiencia en los mercados, el comercio justo y el bienestar general y de los consumidores y usuarios, para el establecimiento de un sistema económico social, solidario y sostenible”.

y diálogo político armónico. Agrega la estrategia, que el punto privilegiado para construir estos espacios es la promoción del regionalismo latinoamericano, por tanto, la UNASUR como la ALBA y la OELAC son prioridades.¹⁴ El PNBV también concibe las siguientes políticas y metas para alcanzar en el objetivo No. 5:

Políticas: 5.1. Ejercer la soberanía y promover la convivencia pacífica de las personas en una cultura de paz. 5.2. Defender la integridad territorial y los derechos soberanos del Estado. 5.3. Propender a la reducción de la vulnerabilidad producida por la dependencia externa alimentaria y energética. 5.4. Promover el diálogo político y la negociación soberana de la cooperación internacional y de los instrumentos económicos. 5.5. *Impulsar la integración con América Latina y el Caribe.* 5.6. *Promover relaciones exteriores soberanas y estratégicas, complementarias y solidarias.* 5.7. Combatir la delincuencia transnacional organizada en todas sus manifestaciones.

Metas: 5.1.1 Reducir la pobreza por NBI en la frontera norte en un 25% en el área urbana y en un 50% en el área rural al 2013. 5.1.2 Reducir la pobreza por NBI en la frontera sur en un 20% en el área urbana y en un 50% en el área rural al 2013. 5.1.3 Reducir la pobreza por NBI en la frontera centro en un 25% en el área urbana y en un 50% en el área rural al 2013. 5.1.4 No existencia de conflictos con fuerzas regulares e irregulares que afecten la soberanía nacional o amenacen al Estado al 2013. 5.2.1 Disminuir a la mitad el uso inadecuado de GLP doméstico al 2013. 5.3.1 Sustituir importaciones de maíz, pasta de soya, trigo y cebada hasta reducir la participación al 40% al 2013. 5.4.1 Alcanzar el 60% de los flujos de cooperación contabilizados en el presupuesto nacional al 2013. 5.5.1 *Incrementar a 0,4 el índice de integración latinoamericana al 2013.* 5.6.1 Incrementar a 0,95 la razón de exportaciones industriales sobre las exportaciones de productos primarios no petroleros al 2013. 5.6.2 Reducir a 0,65 la concentración de las exportaciones por destino al 2013. 5.6.3 Disminuir en un 13% la concentración de las importaciones por país de origen al 2013.

Si bien el PNBV se refiere en varios pasajes a la “integración”, omite referirse específicamente al libre comercio o al libre mercado. Sin embargo, contrario al silencio de la Constitución sobre estos tópicos, apuesta por las exportaciones industriales con diversificación de destinatarios, así como a la diversificación del origen de las importaciones, lo que no descarta la posibilidad de que el Estado favorezca el libre comercio.

Cabe destacar en esta parte los intentos del gobierno de turno por concretar con la Unión Europea lo que se viene denominando un Tratado de Comercio para el Desarrollo (TCD), instrumento que contendría tres pilares, a saber: cooperación, diálogo político y comercio, lo que lo diferenciaría de los tradicionales tratados de libre comercio. El TCD busca el reconocimiento de las asimetrías existentes entre las partes, así como la no afectación de las políticas de desarrollo estratégico del

14. SENPLADES, *Plan nacional para el buen vivir 2009-2013: construyendo un Estado plurinacional e intercultural*, versión resumida, 2009, p. 62.

país. En algún momento también se habló de negociar un Acuerdo de Asociación entre la Comunidad Andina y la Unión Europea, pero el proceso no avanzó debido a que los estados miembros de la primera organización de integración han preferido impulsar individualmente la negociación y suscripción de otros acuerdos comerciales con terceros países.

LA INTEGRACIÓN Y EL LIBRE COMERCIO SE RELACIONAN CON CUESTIONES DE ÍNDOLE POLÍTICA, INSTITUCIONAL, JURÍDICA Y SOCIAL

Lo político en las dinámicas de la integración y del libre comercio

Primeramente, cualquier proceso de integración, sea de corto, mediano o profundo alcance, siempre requiere previamente la voluntad política estatal, que se plasma jurídicamente en los instrumentos internacionales pertinentes, además, implica cierto grado de direccionamiento de la política económica, según las prescripciones de la Constitución económica, eso sí, sin dejar de lado anteriores y nuevos compromisos con otros estados, de esa misma índole o de otra que sea relacionada. En segunda instancia, el establecimiento o la creación de condiciones para el libre comercio también implica un compromiso político previo de los estados, que se concreta en acuerdos de comercio de diverso alcance, lo que puede dar lugar a transformaciones importantes de las estructuras estatales relacionadas con el comercio exterior (importaciones y exportaciones), todo ello, encaminado al cumplimiento de los objetivos de los acuerdos correspondientes, así como también para no descuidar otras obligaciones asumidas con terceros.

Todo lo cual quiere decir que, si bien el factor político es imprescindible para la materialización de avances en materias de integración y de libre comercio, los compromisos adquieren cierta estabilidad cuando han dado lugar a los instrumentos internacionales pertinentes, lo que se traduce en derechos y obligaciones de carácter jurídico, que han de estar enmarcadas en las cláusulas constitucionales de la materia.

Lo institucional en las dinámicas de la integración y del libre comercio

Las estructuras administrativas del Estado relacionadas con las relaciones exteriores también deben adecuarse a las nuevas necesidades y compromisos del Estado en la esfera cosmopolita, sea que se trate de la dinámica de la integración

o de la del libre comercio puro y simple, por ejemplo, en el ámbito de una zona de libre comercio.

Cuando se trate de procesos de integración de mediano o de profundo alcance es muy posible que aquellas estructuras internas del Estado tengan que coordinar o que lidiar con otras creadas mediante los acuerdos de integración, estas últimas que en ocasiones funcionan con una fuerte injerencia de los propios estados (dinámica intergubernamental), y a veces con un grado de autonomía destacable.

En la realidad del libre comercio o del libre mercado los estados podrán administrar directamente los compromisos adquiridos mediante la actuación de sus propias entidades técnicas nacionales, o en ciertas circunstancias, como la que comporta la Organización Mundial de Comercio,¹⁵ el obrar de la administración pública nacional deberá ponerse a tono con el de esa organización multilateral. Sobre ello, para tener presente sus reales dimensiones cabe recordar que se ha postulado con acierto que la OMC puede ser entendida no solo como norma sino igualmente como institución.¹⁶

Lo jurídico en las dinámicas de la integración y del libre comercio

Los componentes jurídicos necesarios e imprescindibles para el funcionamiento de los procesos de integración así como del libre mercado son de tal importancia para los estados involucrados que normalmente se ubican en un sitial preferente en el sistema nacional de fuentes jurídicas. Nos referimos al lugar que ocupan los tratados internacionales sobre esas materias y sus normas derivadas, frente a las leyes internas (artículo 425 CRE). Para el caso ecuatoriano importan, especialmente, las disposiciones del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, sistema de Derecho que goza de primacía por razón de la materia, frente a las leyes nacionales y otras disposiciones de menor jerarquía.

Cuando se trata acerca del marco jurídico del libre comercio –al margen del que se desarrolla en un contexto de integración–, también es necesario contar con un conjunto de disposiciones jurídicas que se sobrepone a las leyes nacionales, regularmente contenido en tratados, convenios y acuerdos internacionales de materia económico-comercial.

Para el caso de nuestro país no se debe olvidar que el primer inciso del artículo 424 de la Constitución prescribe lo siguiente: “La Constitución es la norma suprema

15. Un estudio crítico interesante sobre el proceso de negociaciones para el ingreso del Ecuador al GATT-OMC es el de Bayardo Tobar, *El ingreso del Ecuador a la OMC: simulacro de negociación*, Quito, UASB / CEN / Abya-Yala, 2003.

16. Carlos D. Espósito, *La Organización Mundial del Comercio y los particulares*, Madrid, Dykinson, 1999, pp. 43 y ss.

y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica”. (Énfasis agregado). Desde nuestra perspectiva, esta cláusula fundamental ha de ser leída sistemáticamente con el artículo 425 de la misma carta suprema, disposición esta última que determina el orden jerárquico de aplicación de las normas y sitúa en el primer nivel a la propia Constitución, de suerte que no podría existir un tratado de integración o un convenio de libre comercio que la contradiga.

Lo social en las dinámicas de la integración y del libre comercio

Nos referimos en este acápite a los campos de las políticas sociales y al de los derechos y de las garantías de los derechos, que, dicho sea de paso, prohíjan generosamente nuestra norma fundamental, y sus relaciones con las dinámicas de la integración y del libre comercio.

Cuando los procesos de integración han alcanzado una profundidad tal que los estados miembros se han comprometido no solo en aspectos económico-comerciales sino en otros, como en la adopción de políticas comunes sobre seguridad, en materia agraria, en aspectos relacionados con la producción, en materia de liberalización de servicios, circulación de capitales, y, cuando además han avanzado en los procesos de armonización de legislaciones clave para avanzar en el proceso, como las que conciernen a los aranceles, impuestos indirectos tipo valor agregado o a los consumos especiales, etc., se puede colegir que resulta factible consolidar una serie de políticas sobre temas sociales sensibles, como los de naturaleza laboral, salud, educación, medioambiente, entre otros. De esta manera, el proceso de integración causa múltiples efectos en los poderes estatales y en las políticas públicas nacionales relacionadas, así como también en la normativa que las pone en aplicación y, en los derechos y sus garantías.

Es muy difundido ya que la integración conlleva un cúmulo de cuestiones de gran trascendencia, entre ellas, en lo referido a la distribución del poder estatal por fuera de las administraciones públicas nacionales, con beneficio para la organización internacional de integración que crearon los estados para cristalizar sus fines y objetivos compartidos.

En aquellos procesos de integración profunda, que son los que trascienden la configuración de una unión aduanera, para concretar posteriormente un mercado común o incluso una unión económica, se puede constatar poderes atribuidos a las entidades supranacionales para que estas las ejerciten, que se manifiestan como prerrogativas propias u originales de las ramas tradicionales del poder público: ejecutiva, legislativa y judicial. Así, en tales casos, los ciudadanos o las empresas pueden hacer valer sus derechos ante órganos permanentes y autónomos de admi-

nistración de justicia, que tienen las potestades necesarias para declarar incumplidor a un Estado que no ha respetado el ordenamiento jurídico de la integración. Incluso en algunos casos pueden llegar a ordenar que el Estado resarza daños y perjuicios a los particulares afectados.

Si se mira el caso de los espacios de libre comercio o de libre mercado, la cuestión en torno a lo social es un poco distinta a lo que ocurre en contextos de integración. La vinculación del intercambio comercial sin barreras, con lo social, se da básicamente porque las cláusulas incorporadas en los tratados de libre comercio naturalmente también refieren a asuntos laborales, de salud, ambientales, etc. Lógicamente, tal mención crea la necesidad de que en el nivel estatal los estados replanteen sus políticas nacionales correspondientes y, que adopten, transformen o incluso abroguen disposiciones jurídicas incompatibles con los acuerdos de comercio suscritos.

Resumiendo, la integración supranacional y los acuerdos de libre comercio pueden afectar las políticas sociales y la legislación en materia social, pero, ante tal riesgo, la Constitución nacional es apta para definir límites o, a lo mejor, condiciones efectivas para que las dinámicas de la integración y la del comercio internacional fluyan, causando la menor afectación posible a los intereses soberanos en materia social.

EL CARÁCTER INSTRUMENTAL DEL DERECHO, TANTO PARA LA INTEGRACIÓN COMO PARA EL LIBRE MERCADO

Ampliamente se viene reconociendo a nivel internacional la consideración del Derecho como herramienta o como instrumento para lograr ciertos fines. Justamente la historia demuestra que las constituciones y las leyes no solo han servido para concretar el adelanto de los pueblos en democracia, sino también, para aparecer como aparataje formal que justificaba caprichos y abusos de gobiernos corruptos, intolerantes y déspotas.

A cada modelo económico corresponde un modelo jurídico, pero puede ocurrir que en la realidad en una Constitución coexistan o incluso se traslapen elementos de varios modelos económicos y normativos, con los problemas que eso conlleva para los operadores jurídicos.

Si la Constitución ecuatoriana vigente contiene un modelo económico que otorga mayor peso a la sociedad frente al Estado y al mercado (artículo 283 CRE), a este prototipo corresponde un modelo jurídico que de manera útil instrumente y a la vez racionalice la política económica, además, que le sirva para enfrentar con éxito los potenciales conflictos que se presenten.¹⁷ Como vimos más arriba,

17. Cfr. José Roldán Xopa, *Constitución y mercado*, p. 51.

el prototipo jurídico constitucional ecuatoriano contempla algunas reglas específicas, aunque a lo mejor insuficientes o defectuosas, para que el Estado participe en procesos de integración supranacional y en la construcción de un espacio de libre mercado.

Tanto el derecho internacional económico, el derecho de la integración y el derecho comunitario andino son expresiones especializadas del gran mundo de la ciencia jurídica. Una de las aplicaciones fundamentales del Derecho es para instrumentar políticas de diverso orden; ante esta verdad es importante reconocer que la integración como la liberalización del mercado obedecen a la confluencia de diversos factores, pero sobre todo, a decisiones políticas de los actores relevantes en las relaciones internacionales, mismas que se sitúan en los tratados y que deben ser aplicadas y observadas por los estados suscriptores.

Si se toma en cuenta la dimensión internacional, por una parte, se podrá decir que el derecho de la integración en los casos de procesos de alcance corto y mediano, y el derecho comunitario, en los de alcance profundo (Unión Europea y Comunidad Andina), resultan útiles para los propósitos integradores de los estados; mientras que de otra parte, el derecho del comercio internacional o el derecho internacional económico sirven a los proyectos de la liberalización del comercio y del mercado. Como se dijo, nuestra Constitución, sin ambages, se declara suprema con respecto a las disciplinas jurídicas referidas.

A MAYOR NIVEL DE INTEGRACIÓN, MAYOR ES LA NECESIDAD DE MANTENER Y CONSOLIDAR EL LIBRE COMERCIO

Planteamos la siguiente idea central de este apartado: a mayor nivel de integración, mayor es la consolidación del libre mercado. Esto porque creemos que resulta demostrable que cuando un proceso de integración ha alcanzado una importante profundidad –como la del tipo comunitario o supranacional–, cuando se ha logrado consolidar el mercado común o la unión económica, se lo ha hecho partiendo precisamente de la afirmación de un área de libre mercado, que permite avanzar hacia la concreción de otros objetivos más ambiciosos, entre ellos, la libre movilidad de los agentes del mercado, el libre establecimiento, la adopción de una moneda común.

Con el fin de corroborar lo dicho en el párrafo anterior, señalamos que si se considera solamente el plano de las relaciones económicas internacionales, en el cual juegan un rol singular los tratados de libre comercio, en principio, estos instrumentos no permiten ir más allá de la pura eliminación de barreras, básicamente de carácter arancelario. Incluso, se ha visto que los tratados de libre mercado no han logrado regular a cabalidad, ni acabar con las denominadas barreras no arancelarias, muy utilizadas por todos los países del mundo y, que limitan el acceso a

los mercados internacionales, como las siguientes: empresas estatales encargadas del intercambio, controles de cambio que limitan quien puede importar y exportar, impuestos, subsidios, aduanas, inspecciones, barreras técnicas, requisitos de salud y de seguridad, licencias de importación, y exportación, cuotas, y políticas gubernamentales de gestión.¹⁸ Por lo tanto, se podría hablar en este último caso, de un proceso de integración económica de corto alcance, en el que los compromisos máximos alcanzados por los estados solo apuntan al manejo de un mercado emancipado y amplio, pero al mismo tiempo, restringido únicamente a los bienes, a los servicios y a las inversiones.

EL LIBRE COMERCIO PUEDE REALIZARSE AL MARGEN DE PROCESOS DE INTEGRACIÓN SUPRANACIONAL, MEDIANTE RELACIONES ESTATALES BILATERALES O MULTILATERALES

Parece dable sostener en esta parte, que puede construirse un espacio de libre comercio a remolque de varios caminos o posibilidades, en los que en todo caso, no pueden sustraerse de participar las empresas y los consumidores, sino además los estados, como hacedores del marco jurídico fundamental del comercio y como sujetos altamente gravitantes de las relaciones internacionales.

Aunque pueda sonar difícil es perfectamente posible que, con un alto grado de coordinación o, en su defecto, de armonización de leyes nacionales, se estructure la base jurídica idónea para allanar en gran medida las trabas al comercio. Pero como liberalizar el comercio puede producir muchos resultados, unos deseados y otros no, resulta difícil que los estados por sí solos unilateralmente ajusten sus legislaciones para concretar tal cometido. Además, resulta claro que con este método “doméstico” los estados perderían las grandes prerrogativas y posibilidades de las que pueden aprovechar a la hora de negociar acuerdos de comercio.

Ante tal horizonte, por ahora lo más aconsejable para los estados es acudir a la vía convencional, con dos opciones claramente diferenciadas y que están a la orden del día a nivel mundial. La primera posibilidad se agota cuando dos estados bilateralmente coinciden en los intereses que exhiben y suscriben un acuerdo de libre comercio, como el logrado hace poco tiempo, entre Perú y Estados Unidos de Norteamérica. También puede tratarse de un acuerdo de asociación o de uno de complementación económica. La segunda posibilidad se materializa cuando más de dos estados de manera multilateral negocian y suscriben un tratado para liberalizar el mercado, puede ser el caso del marco jurídico de la Organización Mundial de Comercio.

18. Joel R. Paul, *¿Es realmente libre el libre comercio?*, Bogotá, Siglo del Hombre, 2006, p. 81.

También puede entenderse que se abre otra modalidad a partir de la vía convencional cuando un grupo de estados suscribe un convenio para integrarse, que, al menos en una primera época, permite fijar como objetivo central la conformación de una zona de libre comercio o la de una unión aduanera.

Cabe reiterar en la idea de que en un contexto de integración el libre comercio puede alcanzar sus máximos y mejores efectos, esto porque en este ámbito los estados llegan a una suerte de comunión de intereses, con lo que queda de alguna manera aislada o al menos atenuada la competencia de cada uno, que en cambio se expresa de manera evidente en un contexto comercial sustentado en relaciones bilaterales o incluso multilaterales. La profundización de los compromisos y de las soluciones compartidas y solidarias son de uso y provecho más intensivo en los procesos de integración.

Ciertamente que el libre comercio puede ser la base para alcanzar otros objetivos, algunos que interesan de manera particular a los estados y, otros que les interesan de manera conjunta. Por ejemplo, a nivel nacional, servirá para que los consumidores estén en mejor situación frente a la oferta de bienes y de servicios, o a lo mejor los productores de determinado ramo habrán encontrado en el mercado liberalizado una gran oportunidad para vender; por otro lado, en un contexto de integración supranacional, el libre mercado consolidado puede ser la base perfecta para la adopción de un arancel común (unión aduanera con un código de normas de aduana) y, luego, para la creación de una moneda común (unión monetaria o mercado común).

LA REGULACIÓN DEL LIBRE COMERCIO

A través de la adopción de normas jurídicas los estados establecen el marco jurídico necesario para el adelanto y la administración tanto de los procesos de integración –de cualquier grado que sean–, como en el marco de los acuerdos económico-comerciales. Esto, sin perjuicio de que en ocasiones, creen organizaciones internacionales poderosas como la OMC, a raíz de lo cual resulta claro que ocurre una suerte de condicionamiento permanente de algunas de las prerrogativas estatales más importantes, en materia de política comercial.

En el caso de los procesos de integración comunitaria o supranacional, quienes adoptan las normas jurídicas que regulan el proceso y el mercado integrado, ampliado, comunitario, interno o subregional, son órganos que operan con mucha autonomía respecto de los estados miembros, incluso algunos dotados de estructura parcialmente parlamentaria, por tanto, legitimados democráticamente, como ocurre en el ámbito europeo occidental de integración con el Parlamento Europeo.

Una cosa es que ciertos sujetos que gozan de competencias normativas en la dimensión internacional establezcan marcos jurídicos y regulaciones específicas

para concretar la libre circulación de mercaderías y de prestación de los servicios y, otra cosa muy diferente es la definición de los sujetos que pueden decidir los grandes temas del comercio liberalizado. Sobre esta última cuestión, tal vez una mirada al artículo III del Acuerdo OMC muestre lo importante que es esa organización internacional intergubernamental para decidir en el campo del comercio mundial. Tal disposición alude a sus funciones en torno a: brindar una estructura internacional permanente para facilitar la aplicación, administración y funcionamiento de los acuerdos; constituir un foro permanente de negociaciones para sus miembros; regir el entendimiento sobre solución de diferencias y el mecanismo de examen de las políticas comerciales nacionales.¹⁹

Si bien los estados son los que negocian y luego aprueban los acuerdos relacionados con el comercio, la OMC es la entidad encargada de gobernar el libre comercio mediante el control de la aplicación de los acuerdos, a lo cual aportan los estados que se consideren afectados por determinadas medidas o acciones de otros estados, e incluso los particulares sean estos individuos o empresas. Sin embargo, para el caso de los acuerdos de liberalización comercial que implican procesos de integración económico-comercial, los estados integrantes pueden por medio de instancias administrativas internas, vigilar y cuidar la correcta aplicación de los instrumentos internacionales de comercio.

Cosa diferente es el libre comercio que se ejecuta en el marco de un proceso de integración como el de la Comunidad Andina, gobernado y controlado por órganos e instituciones de la integración que han recibido la habilitación competencial necesaria de parte de los estados miembros, para adoptar disposiciones jurídicas de efecto general y obligatorio, por ejemplo, el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, la Comisión, la Secretaría General, esta última que luego del estudio correspondiente puede emitir dictámenes de incumplimiento contra los estados, y el Tribunal de Justicia, órgano que mediante sentencia puede declarar incumplidores a los estados.

No obstante lo dicho, jurídicamente conviene dejar sentado que las reglas para el libre comercio emanadas de fuente supranacional se encuentran en gran medida sintonizadas con las de la OMC; empero, los estados miembros no pueden dejar de cumplir sus obligaciones comunitarias en materia arancelaria a pretexto de suscribir acuerdos comerciales con terceros estados no miembros o de ser fieles al cumplimiento del marco jurídico de la OMC, así se deduce del propio Acuerdo de Cartagena (artículos 81 y 86) y del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (artículo 4). Es decir, que los pactos que celebren los estados miembros entre sí o con otros sujetos no miembros del proceso de integración, por una parte, no pueden contravenir el ordenamiento jurídico andino, y por la otra, no

19. Carlos D. Espósito, *La Organización Mundial del Comercio y los particulares*, p. 44.

pueden servir a los estados miembros como pretexto para incumplir disposiciones de la comunidad.

LA INTEGRACIÓN SUPRANACIONAL Y EL LIBRE COMERCIO FRENTE A LOS DERECHOS Y A LOS CONFLICTOS JURÍDICOS

Si la Constitución económica contiene gran variedad de tópicos relacionados con los derechos en general, tiene especial significación para el derecho de propiedad y para el de libre iniciativa económica, lo que toca particularmente a la empresa, agente muy importante del mercado; entonces, por derivación, los procesos de integración y el desarrollo del libre comercio pueden generar escenarios y circunstancias riesgosas para esos derechos reconocidos no solo constitucionalmente, sino además en pactos internacionales.

La Constitución ecuatoriana actual trae una norma expresiva sobre esta problemática; el artículo 421 dictamina lo que sigue: “la aplicación de los instrumentos comerciales internacionales no menoscabará, directa o indirectamente, el derecho a la salud, el acceso a medicamentos, insumos, servicios, ni los avances científicos y tecnológicos”. Esta disposición sitúa a la Constitución como la norma más importante del ordenamiento nacional y, al mismo tiempo, precautela derechos, aún por encima del eventual incumplimiento de un tratado comercial, cuestión que deberá ser analizada en otro momento, también con un enfoque de Derecho internacional.

Por lo tanto, vale recordar el artículo 1 de nuestra Constitución, que entre otras cosas, concibe al Ecuador como un *Estado constitucional de derechos y justicia*, así como el artículo 11 que se ocupa de los principios para el ejercicio de los derechos y, otros que abordan los Derechos del Buen Vivir (artículos 12 a 34); Derechos de las Personas y Grupos de Atención Prioritaria (artículos 35 a 55); Derechos de las Comunidades, Pueblos y Nacionalidades (artículos 56 a 60); Derechos de Participación (artículos 61 a 65); Derechos de Libertad (artículos 66 a 70); Derechos de la Naturaleza (artículos 71 a 74); Derechos de Protección (artículos 75 a 82).

Del conjunto de disposiciones revisadas, colegimos que tanto los procesos de integración en los que participe el Estado ecuatoriano como el libre mercado que este desarrolle se encuentran sometidos a valores y a principios fundamentales, así como a los derechos –y sus garantías– que ampliamente reconoce la norma suprema. Toda vez que las dinámicas que imprimen, por una parte, la integración –de cualquier nivel que esta sea– y, por otra, el libre comercio, bajo ciertas circunstancias pueden vulnerar derechos, pero también en contraposición a esta realidad, en ocasiones facilitan mecanismos de garantía de los derechos, ejemplo de esto último

lo constituye el sistema de solución de controversias en el marco de la OMC, que permite a los particulares acudir a él sin que previamente se deba agotar la vía judicial estatal.²⁰

El nivel de cuidado o de menoscabo de los derechos de las personas también puede medirse observando la apertura que tengan los sistemas de solución de conflictos, para que tales sujetos cuenten con el camino autorizado para accionar contra los estados, contra las entidades rectoras del comercio mundial o, frente a los órganos de la integración, por violación o desconocimiento de sus derechos a remolque de aspectos incorporados o surgidos en acuerdos internacionales para el libre intercambio de bienes y servicios.

Según lo dicho, existen varias posibilidades de defensa de los derechos de los particulares por fuera del ámbito nacional, opciones que se encuentran dispuestas en al menos tres andariveles, el primero, en el marco de acuerdos bilaterales o multilaterales de comercio (acuerdos de asociación, acuerdos de complementación económica, acuerdos regionales y acuerdos de alcance parcial); el segundo, al amparo de los mecanismos de la OMC²¹ y, el tercero, bajo las reglas de la administración de justicia de procesos de integración supranacional como lo es la Comunidad Andina (TJAC).

En cambio, diversos mecanismos para solucionar controversias en torno a la interpretación y aplicación de los acuerdos comerciales han sido utilizados por los estados, los más frecuentes son los de naturaleza política y diplomática y, los jurisdiccionales. Los primeros involucran las negociaciones directas, los buenos oficios y la mediación, la investigación internacional, la conciliación y la consulta; a veces también dejan abierta la vía para acudir a los mecanismos de la OMC. Los segundos comprenden la vía judicial y la vía arbitral.²² Los acuerdos de libre comercio incorporan de manera indistinta una o más de las opciones indicadas, mientras que según la experiencia comparada, los procesos de integración supranacional se decantan especialmente por el mecanismo judicial.²³

20. Incluso esta posibilidad riñe con un principio de Derecho internacional muy extendido a nivel mundial, se trata del principio del “agotamiento de la vía interna”; ello permitiría superar el unilateralismo y resolver ágilmente las controversias. Cfr. Carlos D. Espósito, *La Organización Mundial del Comercio y los particulares*, p. 52.

21. Al respecto, Karen Longaric, *Solución de controversias en la integración sudamericana*, La Paz, Plural, 2008, p. 18, sostiene lo siguiente: “Los especialistas en relaciones internacionales resaltan el marcado énfasis que se ha puesto en los últimos años en el ámbito de las negociaciones comerciales multilaterales y la plataforma determinista que la OMC ha impuesto en este contexto, que incluye entre sus funciones la solución de las diferencias derivadas del intercambio entre sus miembros”.

22. *Ibíd.*, pp. 34-36.

23. En este ámbito comunitario prácticamente no caben las negociaciones ni los diálogos diplomáticos; sin embargo, bajo ciertas previsiones, a él pueden acudir los particulares, por ejemplo, me-

Las reglas del Entendimiento de Solución de Diferencias (ESD) de la OMC, que es un instrumento de alcance general, están destinadas a preservar los derechos y las obligaciones de los estados miembros reconocidos en los acuerdos de la Organización. Tales reglas pueden chocar con otros procedimientos acordados en el marco de los diferentes procesos de integración de los que también son miembros algunos estados parte de la OMC. Quedará entonces pendiente de resolver –en algunos casos– qué normas se aplicarán para la solución del problema presentado, si el Derecho de la OMC o el mecanismo del esquema de integración que se trate.²⁴ A la sazón, el artículo 42 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina manda lo siguiente:

Los Países Miembros no someterán ninguna controversia que surja con motivo de la aplicación de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina a ningún tribunal, sistema de arbitraje o procedimiento alguno distinto de los contemplados en el presente Tratado.

Los Países Miembros o los órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración, en sus relaciones con terceros países o grupos de países, podrán someterse a lo previsto en el presente Tratado.

De vuelta al caso ecuatoriano, y para finalizar, es pertinente revisar el artículo 422 de la Constitución, que ordena:

No se podrá celebrar tratados o instrumentos internacionales en los que el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional, en controversias contractuales o de índole comercial, entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas.

Se exceptúan los tratados e instrumentos internacionales que establezcan la solución de controversias *entre Estados y ciudadanos* en Latinoamérica por *instancias arbitrales regionales o por órganos jurisdiccionales de designación de los países signatarios*. No podrán intervenir jueces de los Estados que como tales o sus nacionales sean parte de la controversia.

En el caso de controversias relacionadas con la deuda externa, el Estado ecuatoriano promoverá *soluciones arbitrales en función del origen de la deuda y con sujeción a los principios de transparencia, equidad y justicia internacional*. (Las cursivas me pertenecen).

Según se observa, esta disposición contiene una prohibición para el futuro, por lo que aparentemente los tratados suscritos por el Ecuador y en vigencia antes de la entrada en vigor de la Constitución, que contemplan el mecanismo arbitral

diente la aplicación de los artículos 24 y 25 TCTJAC, en el marco de la Acción de Incumplimiento contra los estados.

24. Karen Longaric, *Solución de controversias en la integración sudamericana*, p. 37.

para la solución de conflictos, tienen plena validez y eficacia jurídicas; si no es este el sentido correcto de interpretar la disposición recién citada, cabría entender que con la nueva norma suprema, el Estado ecuatoriano unilateralmente ha desconocido sus obligaciones internacionales en este campo, por lo que solo nos quedaría denunciar o renegociar tales instrumentos internacionales.²⁵

CONCLUSIONES

La Constitución ecuatoriana de 2008 posee una serie de disposiciones disseminadas por todo su contenido, que en conjunto representan la Constitución económica nacional, amplia y desordenada; comprende normas que se ocupan de asuntos inherentes a la materia económica, entre ellos, a los procesos de integración en los cuales el Estado puede participar, y a la liberalización comercial con otros estados. En ambos casos, la norma suprema define una serie de orientaciones y condicionantes formales, así como también de carácter sustancial o material, que deben ser acatados previo a que el Estado intervenga en esas relaciones. Entre los primeros, consta la exigencia de desarrollar un trámite complejo para la aprobación de los tratados y convenios internacionales, de tal manera que sean aprobados con un grado importante de legitimidad, y, entre los segundos, la obligatoriedad de que los instrumentos jurídicos que se aprueben, respeten la soberanía nacional, no contravengan derechos, ni afecten intereses nacionales específicos. De esta manera ha quedado en evidencia también que los temas centrales aquí abordados mantienen vínculos muy importantes con aspectos de variada naturaleza –políticos, institucionales, jurídicos y sociales–, que son consustanciales al Estado nacional.

Adicionalmente, pensamos que es posible sostener que la Constitución vigente, contrario a la manera cauta como se posiciona por medio de sus cláusulas sobre las posibilidades de intervención del Estado en las dinámicas del libre mercado, promueve de manera franca e intensa la participación estatal en procesos de

25. Cfr. Fabián Corral, “La Asamblea y los tratados”, en *El Comercio*, 13 de septiembre de 2007, dijo: “3. Las potestades de la ANC y los Tratados. La simple lectura de los compromisos internacionales que el Ecuador adquirió con la celebración y ratificación de tratados y convenios internacionales, y más aún, las normas vinculantes de la Convención de Viena, permiten señalar que un límite importante, inevitable y real que la asamblea tendrá serán los tratados y convenios internacionales. En el caso hipotético de que la ANC decida incluir en la CP normas contrarias a las obligaciones internacionales, esas no serán eficaces y no pueden constituir fundamento para excusarse de cumplir lo convenido. Este tema es el resultado del proceso de globalización jurídica. La visiones localistas pueden plantear objeciones ideológicas o políticas a ese proceso, pero debe repararse en que la decisión soberana del Estado generó y genera obligaciones jurídicas internacionales que deben cumplirse. Más allá de posiciones ideológicas, los candidatos deben informarse, a fin de evitarle al país futuros conflictos jurídicos en los que el Ecuador resulte involucrado, con resultados inoficiosos y perjudiciales”.

integración con alcance latinoamericano. Dicho de manera más directa, la Constitución actual, por una parte, permite la aceptación de compromisos y obligaciones connaturales al libre comercio con otros estados y, por la otra, viabiliza la participación estatal en cualquier tipo de proceso de integración (política, económica, supranacional, etc.).

BIBLIOGRAFÍA

- Bassols Coma, Martín,
1988 *Constitución y sistema económico*, Madrid, Tecnos.
- Corral, Fabián,
2007 “La asamblea y los tratados”, en *El Comercio*, 13 de septiembre.
- Espósito, Carlos D.,
1999 *La Organización Mundial del Comercio y los particulares*, Madrid, Dykinson.
- Häberle, Peter,
2003 *El Estado constitucional*, Lima, Universidad Nacional Autónoma de México / Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Jaramillo, Grace,
2008 “Las relaciones internacionales en el proyecto de Constitución”, en *Análisis nueva Constitución*, Quito, ILDIS / Friedrich Ebert Stiftung.
- Longaric, Karen,
2008 *Solución de controversias en la integración sudamericana*, La Paz, Plural Editores.
- Luna Osorio, Luis,
2002 *Terminología del comercio internacional siglo XXI*, Quito, Pudeleco.
- Montaña Galarza, César,
2009 “Las relaciones internacionales y los tratados en la Constitución ecuatoriana de 2008”, en Santiago Andrade, Agustín Grijalva y Claudia Storini, edits., *La nueva Constitución del Ecuador*, Quito, UASB / CEN.
- Paul, Joel R.,
2006 *¿Es realmente libre el libre comercio?*, Bogotá, Siglo del Hombre.
- Roldán Xopa, José,
2004 *Constitución y mercado*, México D. F., Porrúa.
- Tobar, Bayardo,
2003 *El ingreso del Ecuador a la OMC: simulacro de negociación*, Quito, UASB / CEN / Abya-Yala.

LOS AUTORES

Alberto Acosta. Economista. Varios estudios especializados en Economía realizados en Alemania; profesor e investigador de la FLACSO; exministro de Energía y Minas; expresidente de la Asamblea Constituyente; exconsultor del Instituto Latinoamericano de Investigaciones Sociales. Correo electrónico: aacosta@flacso.org.ec

Rubén O. Asorey. J.D., Universidad Nacional de La Plata, Master in Comparative Jurisprudence, M.C.J., profesor de Derecho Tributario, Universidad Católica de Argentina; expresidente del Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario, expresidente de la Asociación Argentina de Estudios Fiscales. Correo electrónico: estudio@asonav.com.ar

Cristian Billardi. Abogado. Especialista en Tributación Internacional de la Universidad Luigi Bocconi di Milano, Italia. Profesor en suplencia de Derecho tributario en la UBA argentina. Miembro de la Associazione italiana per il diritto tributario latinoamericano, Miembro de la Asociación Argentina de Estudios Fiscales (AAEF). Consejero titular de la Cámara de Comercio Italiana en la República Argentina. Miembro del Studio Uckmar. Correo electrónico: studiobaires@uckmar.com

Paula Cerski Lavratti. Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Pontificia Universidad Católica do Río Grande do Sul; Magíster Oficial en Derecho Ambiental, Universidad Rovira i Virgili, Tarragona-España; Coordinadora Técnica del Proyecto Internacional Derecho y Cambio Climático en los Países Amazónicos, Instituto O Direito por um Planeta Verde, con el apoyo de la Embajada Británica en Brasil; abogada del área de Derecho Ambiental. Correo electrónico: pauligia@hotmail.com

Agustín Grijalva. Doctor en Jurisprudencia, PUCE; magíster en Ciencias Políticas, University of Kansas; doctor en Ciencia Política, Universidad de Pittsburgh; docente del Área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Miembro académico del Consejo de Educación Superior (CES). Correo electrónico: agustin.grijalva@gmail.com

María Elena Jara Vásquez. Abogada y doctora en Jurisprudencia, PUCE; Especialista Superior en Tributación, y Magíster en Derecho, con mención en Derecho Económico, UASB-E; Magíster en Derecho, con mención en Medios Alternativos de Solución de Conflictos, University of Missouri. Actualmente, docente de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Correo electrónico: mariaelena.jara@uasb.edu.ec

César Montaña Galarza. Abogado y doctor en Jurisprudencia, Universidad Nacional de Loja; Especialista Superior en Tributación, Magíster en Derecho Económico, con mención en Relaciones Económicas Internacionales, y doctor, UASB-E., actualmente, director del Área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Correo electrónico: cesar.montano@uasb.edu.ec

Heidy Paola Ocampo Meneses. Maestra en Economía para el Desarrollo, FLACSO; Magíster en Sociología Económica, Universidad Nacional de San Martín, Buenos Aires; Magíster en Estadística Aplicada, Escuela Nacional Politécnica del Ecuador, Quito; investigadora principal del Centro de Investigaciones de Política y Economía (CIPEC). Correo electrónico: paolaoca@gmail.com

Francisco Oliva Blázquez. Doctor en Derecho, Universidad de Sevilla; profesor titular de Derecho Civil, Universidad Pablo de Olavide; actualmente secretario general de la Universidad Pablo de Olavide (Sevilla). Correo electrónico: folibla@upo.es

Angélica Porras Velasco. Doctora en Derecho por la Universidad Pontificia Universidad Católica del Ecuador; doctora en Ciencias Políticas por la Universidad de Salamanca, España. Profesora de la Universidad Andina Simón Bolívar Ecuador. Correo electrónico: angeporras1971@gmail.com

Carmen Amalia Simone Lasso. Abogada y doctora en Jurisprudencia, PUCE; Diploma Superior y Magíster en Derecho, con mención en Derecho Tributario, UASB-E, exviceministra de Justicia. Correo electrónico: carmensimone@hotmail.com

Claudia Storini. Licenciada en Ciencias Políticas; licenciada en Derecho; doctora en Derecho, Universidad de Valencia; profesora de Derecho Constitucional, Universidad Pública de Navarra. Correo electrónico: claudia.f.storini@gmail.com

Victor Uckmar. Abogado, Universidad de Génova; profesor emérito de Ciencias de las Finanzas y Derecho Financiero, Universidad de Génova; encargado de Derecho Tributario, Universidad Bocconi de Milano; director del Centro Recherche Tributarie dell'Impresa (CERTI - Bocconi de Milano). Correo electrónico: studioge@uckmar.com

Rosario Valpuesta Fernández. Doctora en Derecho, Universidad de Sevilla. Catedrática de Derecho Civil de la Universidad Pablo de Olavide, Sevilla. (†)

UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR

Sede Ecuador

La Universidad Andina Simón Bolívar es una institución académica de nuevo tipo, creada para afrontar los desafíos del siglo XXI. Como centro de excelencia, se dedica a la investigación, la enseñanza y la prestación de servicios para la transmisión de conocimientos científicos y tecnológicos.

La Universidad es un centro académico abierto a la cooperación internacional, tiene como eje fundamental de trabajo la reflexión sobre América Andina, su historia, su cultura, su desarrollo científico y tecnológico, su proceso de integración, y el papel de la Subregión en Sudamérica, América Latina y el mundo.

La Universidad Andina Simón Bolívar es una institución de la Comunidad Andina (CAN). Como tal forma parte del Sistema Andino de Integración. Fue creada en 1985 por el Parlamento Andino. Además de su carácter de institución académica autónoma, goza del estatus de organismo de derecho público internacional. Tiene sedes académicas en Sucre (Bolivia), Quito (Ecuador), sedes locales en La Paz y Santa Cruz (Bolivia), y oficinas en Bogotá (Colombia) y Lima (Perú). La Universidad tiene especial relación con los países de la UNASUR.

La Universidad Andina Simón Bolívar se estableció en Ecuador en 1992. En ese año la Universidad suscribió un convenio de sede con el gobierno del Ecuador, representado por el Ministerio de Relaciones Exteriores, que ratifica su carácter de organismo académico internacional. En 1997, el Congreso de la República del Ecuador, mediante ley, la incorporó al sistema de educación superior del Ecuador, y la Constitución de 1998 reconoció su estatus jurídico, ratificado posteriormente por la legislación ecuatoriana vigente. Es la primera universidad del Ecuador en recibir un certificado internacional de calidad y excelencia.

La Sede Ecuador realiza actividades, con alcance nacional e internacional, dirigidas a la Comunidad Andina, América Latina y otros ámbitos del mundo, en el marco de áreas y programas de Letras, Estudios Culturales, Comunicación, Derecho, Relaciones Internacionales, Integración y Comercio, Estudios Latinoamericanos, Historia, Estudios sobre Democracia, Educación, Adolescencia, Salud y Medicinas Tradicionales, Medio Ambiente, Derechos Humanos, Migraciones, Gestión Pública, Dirección de Empresas, Economía y Finanzas, Estudios Agrarios, Estudios Interculturales, Indígenas y Afroecuatorianos.

CORPORACIÓN EDITORA NACIONAL

Serie Estudios Jurídicos

1. **José Vicente Troya**, ESTUDIOS DE DERECHO TRIBUTARIO
2. **Aníbal Guzmán Lara**, DICCIONARIO EXPLICATIVO DEL DERECHO DEL TRABAJO EN EL ECUADOR, I
3. **Aníbal Guzmán Lara**, DICCIONARIO EXPLICATIVO DEL DERECHO DEL TRABAJO EN EL ECUADOR, II
4. **José Vicente Troya**, DERECHO INTERNACIONAL TRIBUTARIO
5. **Orlando Amores Terán**, DERECHO ECOLÓGICO ECUATORIANO
6. **Alberto Wray, Elizabeth García, René Larenas, eds.**, EL MENOR ANTE LA LEY
7. **Ernesto Albán Gómez y otros**, LA CASACIÓN: estudios sobre la Ley No. 27
8. **Julio César Trujillo**, TEORÍA DEL ESTADO EN EL ECUADOR: estudio de Derecho Constitucional
9. **Alberto Wray y otros**, MEDIOS ALTERNATIVOS EN LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS LEGALES
10. **Edmundo S. Hendler**, LAS RAÍCES ARCAICAS DEL DERECHO PENAL: aportes de la antropología social al derecho penal
11. **Marco Antonio Guzmán**, DERECHO ECONÓMICO ECUATORIANO, I
12. **Marco Antonio Guzmán**, DERECHO ECONÓMICO ECUATORIANO, II
13. **José Vicente Troya J., edit.**, ESTUDIOS DE DERECHO ECONÓMICO
14. **Genaro Eguiguren, edit.**, CELEBRACIÓN DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS
15. **Genaro Eguiguren, edit.**, REAJUSTES Y CONFLICTOS EN LOS CONTRATOS PÚBLICOS
16. **Genaro Eguiguren, edit.**, NUEVAS INSTITUCIONES DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA
17. **Pablo Estrella Vintimilla, edit.**, LA EDUCACIÓN LEGAL EN EL ECUADOR
18. **Juan Isaac Lovato**, PROGRAMA ANALÍTICO DE DERECHO PROCESAL CIVIL
19. **Berenice Pólit Montes de Oca**, EL AMPARO CONSTITUCIONAL: aplicación y límites
20. **César Montaña Galarza, edit.**, TEMAS ESPECIALES DE DERECHO ECONÓMICO
21. **Luis Moreno Guerra**, DERECHO TERRITORIAL
22. **Andrés Páez, comp.**, JURISPRUDENCIA DEL RÉGIMEN SECCIONAL. Primera parte: resoluciones del Tribunal Constitucional
23. **Andrés Páez, comp.**, JURISPRUDENCIA DEL RÉGIMEN SECCIONAL. Segunda parte: dictámenes de la Procuraduría General del Estado y fallos de la Corte Suprema de Justicia
24. **Santiago Andrade, Julio César Trujillo, Roberto Viciano, eds.**, LA ESTRUCTURA CONSTITUCIONAL DEL ESTADO ECUATORIANO
25. **César Montaña Galarza**, MANUAL DE DERECHO TRIBUTARIO INTERNACIONAL
26. **Dunia Martínez M., edit.**, DERECHO ECONÓMICO INTERNACIONAL
27. **Luis Toscano Soria, edit.**, NUEVOS ESTUDIOS SOBRE DERECHO TRIBUTARIO
28. **Gina Chávez, Xavier Gómez y Agustín Grijalva**, TEMAS DE PROPIEDAD INTELECTUAL: Introducción a la propiedad intelectual • Internet y derechos de autor • Los derechos intelectuales de los pueblos indígenas • Las patentes de segundo uso
29. **Genaro Eguiguren**, DERECHO DE PROPIEDAD EN EL ECUADOR
30. **Santiago Andrade, Agustín Grijalva y Claudia Storini, eds.**, LA NUEVA CONSTITUCIÓN DEL ECUADOR: Estado, derechos e instituciones
31. **Ramiro Ávila Santamaría, comp.**, PROTESTA SOCIAL, LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DERECHO PENAL
32. **Ramiro Ávila Santamaría y Enrique Ayala Mora, comps.**, EL SILENCIO ANTE UN ATROPELLO ES IMPOSIBLE: estudios sobre el pensamiento jurídico de Julio César Trujillo
33. **Ramiro Ávila Santamaría, comp.**, ESTADO, DERECHO Y JUSTICIA: estudios en honor a Julio César Trujillo
34. **Julio César Trujillo**, CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÁNEO: teoría, procesos, procedimientos y retos
35. **Agustín Grijalva, María Elena Jara y Dunia Martínez, eds.**, ESTADO, DERECHO Y ECONOMÍA

CORPORACIÓN EDITORA NACIONAL

Proyectos editoriales:

HISTORIA

Biblioteca de Historia • Nueva Historia del Ecuador • Biblioteca Ecuatoriana de Arqueología • *Procesos*: revista ecuatoriana de historia • Libro del Sesquicentenario • Colección Quitumbe

TESTIMONIOS

Colección “Ecuador” • Colección “Testimonios”

GEOGRAFÍA

Estudios de Geografía • Los peligros volcánicos en Ecuador • Investigaciones en Geociencias • El riesgo sísmico en el Ecuador

CIENCIAS SOCIALES

Biblioteca de Ciencias Sociales • Colección Temas • Colección Popular “15 de Noviembre” • Elecciones y Democracia en el Ecuador • Serie Estudios Internacionales • *Comentario Internacional*: revista del Centro Andino de Estudios Internacionales • Serie Alternativa

PENSAMIENTO ECUATORIANO

Obras de Hernán Malo González • Pensamiento Fundamental Ecuatoriano • Biblioteca Básica del Pensamiento Ecuatoriano

DERECHO

Estudios Jurídicos • Fortalecimiento de la Justicia Constitucional en el Ecuador • *Foro*: revista de derecho

LENGUA Y LITERATURA

Colección Kashkanchikrakmi • Historia de las literaturas del Ecuador • *Kipus*: revista andina de letras

EDUCACIÓN Y CIENCIAS

Colección Nuevos Caminos • Biblioteca Ecuatoriana de la Familia • Biblioteca General de Cultura • Biblioteca Ecuatoriana de Ciencias • Serie Magíster • Serie “Debate Universitario” • Serie Manuales Educativos

ADMINISTRACIÓN

Serie Gestión

OTRAS COLECCIONES

Libros de bolsillo

ESTADO, DERECHO Y ECONOMÍA

Esta obra explora, desde distintas perspectivas, la dinámica vinculación entre las esferas de los mundos jurídico y económico, en un complejo contexto, marcado en el ámbito internacional por una severa crisis, y en el nacional, por un proceso de reforma institucional iniciado con la expedición de la Constitución de 2008.

Se analizan temas clave cuya discusión académica resulta urgente y de especial trascendencia para el presente y futuro del país: política fiscal, responsabilidad social de la empresa, crisis ambiental y desafíos de la integración. Los aportes provienen de expertos de Argentina, Brasil, España, Italia y Ecuador, todos ellos ponentes en la IV Conferencia Internacional de Derecho

Económico, realizada en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

Esta publicación es un esfuerzo conjunto de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, y la Corporación Editora Nacional.



ESTUDIOS JURÍDICOS 35



UNIVERSIDAD ANDINA
SIMÓN BOLÍVAR
Ecuador



CORPORACIÓN
EDITORIA NACIONAL



9789978846674