

PROBLEMAS CONSTITUCIONALES EN PERSPECTIVA COMPARADA IBEROAMERICANA

Directores

Francisco Javier Díaz Revorio

Magdalena González Jiménez

Coordinadores

Miguel Ángel Pacheco Rodríguez

Adriana Travé Valls



PROBLEMAS
CONSTITUCIONALES EN PERSPECTIVA
COMPARADA IBEROAMERICANA

PROBLEMAS CONSTITUCIONALES EN PERSPECTIVA COMPARADA IBEROAMERICANA

Directores

FRANCISCO JAVIER DÍAZ REVORIO
MAGDALENA GONZÁLEZ JIMÉNEZ

Coordinadores

MIGUEL ÁNGEL PACHECO RODRÍGUEZ
ADRIANA TRAVÉ VALLS



© Avenida Del 57 n° 55,
Centro Histórico, Querétaro,
México. C.P. 76000.
Teléfono: 44 21 83 14 00

ISBN: 978-607-7822-67-7

Reservados todos los derechos. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico ni mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación, sin permiso expreso del editor.

Contenido

<i>Presentación</i>	9
<i>La mediación privada, mecanismo alternativo de solución de controversias, rompe el monopolio de la impartición de justicia del Estado</i> LAURA ELVIRA AGUIRRE SERNA (México)	13
<i>La distinción entre consultas populares referendarias y no referendarias desarrollada por el intérprete constitucional supremo</i> AMIR AL HASANI MATURANO (España).....	31
<i>Derecho al mínimo vital. Su alcance y cuantificación en el sistema jurídico mexicano</i> FERNANDO MANUEL CASTRO FIGUEROA (México)	55
<i>Alcance de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: caso República Dominicana</i> CARMEN MARIBEL PERALTA CUEVAS (República Dominicana)	73
<i>Justicia social, fiscal y tributaria en una Constitución económica dolarizada: aplicación de principios constitucionales en Ecuador</i> MARCOS VILLANUEVA ANDRADE (Ecuador)	93

Presentación

El pasado mes de julio se desarrolló en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Toledo (Universidad de Castilla-La Mancha), la V Edición del Título de Especialista en Justicia Constitucional, Interpretación y Aplicación de la Constitución.

Se trata de un programa ya consolidado, que constituye toda una referencia internacional, y que en esta edición fue cursado por cerca de 130 juristas de diversos países americanos y europeos, buscando profundizar sus conocimientos en la materia, con una metodología participativa y una perspectiva comparada que pone de relieve las similitudes y diferencias entre los diversos sistemas constitucionales, y a partir de la cual se lleva a cabo un examen crítico de los modelos tradicionales, pero también se buscan propuestas explicativas.

El programa contó con la participación de más de 60 ponentes, incluyendo a los mejores especialistas de universidades europeas y americanas, por ejemplo, los profesores Luigi Ferrajoli, Lucio Pegoraro, Roberto Romboli, Guillaume Tusseau, Néstor Pedro Sagüés, Miguel Carbonell, Manuel Atienza o Juan Antonio García Amado, entre otros. Y magistrados o exmagistrados de Tribunales Constitucionales de Alemania (Sibylle Kessal-Wulf), España (Andrés Ollero), Perú (Eloy Espinosa-Saldaña), República Dominicana (Hermógenes Bienvenido Acosta), o del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación de México (Felipe de la Mata), así como de tribunales supranacionales, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Como novedades frente a otras ediciones, se dio especial relevancia a una temática de gran actualidad en el ámbito académico del derecho constitucional y que se relaciona con una de las líneas de investigación en la que estamos inmersos varios profesores de la Universidad de Castilla-La Mancha, en el marco del Proyecto Europeo Capacity Building OPT-IN, que ha recibido el apoyo financiero de la Unión Europea. Se trata de la paz y los derechos de la naturaleza, temas de gran relevancia en el constitucionalismo latinoamericano, que contaron con varias sesiones monográficas. Y se llevó a cabo una jornada monográfica conmemorativa de los 80 años del inicio del exilio español, dedicada específicamente a los juristas españoles exiliados en México.

Pero este programa tiene como seña de identidad la participación activa de los cursantes, juristas de muy diversos países interesados en el derecho constitucional y la justicia constitucional. Aunque esta participación se lleva a cabo en todas las sesiones, tiene algunos momentos especialmente reservados, que cuentan con un formato específico que da a los cursantes todo el protagonismo, permitiéndoles la exposición de comunicaciones sobre la temática del programa. En este sentido, el momento “estelar” es la Jornada Iberoamericana de Justicia Constitucional, celebrada en esta edición el 15 de julio de 2019. En su seno se expusieron, entre otras, las comunicaciones que ahora ven la luz. Previamente, han sido objeto de aprobación, selección y adaptación posterior como artículos de investigación. Nos parece que estas contribuciones reflejan de algún modo la idea de intercambio de ideas y de visiones comparadas propias de nuestro programa. Suponen, así, un elenco de problemas actuales, algunos de alcance general, y otros mucho más enfocados hacia la realidad de alguno de los concretos países de la comunidad iberoamericana. No se pretende, en modo alguno, llevar a cabo una visión global o metódica, sino más bien selectiva, derivada de la previa elección por los participantes de los temas más actuales. Por ello hemos renunciado en esta ocasión a una ordenación sistemática, optando por el orden alfabético de autores. Las contribuciones tienen, con todo, un claro denominador común, basado en un enfoque constitucional (entendido con perspectiva amplia, que permite abarcar otros sectores del ordenamiento, pero siempre con perspectiva jurídico-constitucional) y comparado.

Creemos que nosotros, como organizadores del evento, no debemos restar protagonismo a los auténticos coautores de esta obra, así que poco más cabe añadir, excepto el agradecimiento a todos ellos por confiar en nuestra oferta y por participar de forma activa y entusiasta en nuestro programa.

Igualmente debemos expresar muy sinceramente nuestra gratitud por el inestimable apoyo del Centro de Estudios de Actualización en Derecho de Querétaro, tal y como viene sucediendo desde hace años, y en especial de Rogelio Flores, integrante de su Consejo Académico, que posibilita esta siempre cuidada edición de los trabajos.

En Toledo, a 18 de marzo de 2020

La mediación privada, mecanismo alternativo de solución de controversias, rompe el monopolio de la impartición de justicia del Estado

Laura Elvira Aguirre Serna
México

Sumario: I. Introducción. II. Reforma Constitucional en los Estados Unidos Mexicanos. III. Regulación de la Mediación en la Ciudad de México. IV. Conclusiones. V. Bibliografía.

Resumen: La mediación privada, centrada en la dignidad de la persona, nutre la calidad de estos profesionistas en auxilio del órgano jurisdiccional para ofrecer esta ruta alterna con certeza jurídica, como una verdadera y nueva opción a la ciudadanía en la solución de sus conflictos, abriendo la tradicional tarea de impartir justicia del Estado, a los particulares en una sociedad democrática, madura y sabedora de ser titular de derechos humanos.

I. INTRODUCCIÓN

Difundir el nuevo paradigma que surge en el campo de las relaciones jurídicas en las que está inmersa la persona por encontrarse dentro de una estructura social, mal que bien entendida como “Estado de derecho” y, ante nuevas pautas a seguir a nivel mundial en el ámbito jurídico, se aprecia la oportunidad de buscar soluciones legales fuera de la esfera jurisdiccional de la que nos hemos visto inmersos todas las sociedades, so pretexto de

buscar un orden a las relaciones entre las personas y sus bienes esencialmente.

En México, la reforma constitucional de 2008 establece que “Las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias”¹ pasando a fortalecer la democracia en nuestro país, privilegiando “de manera regulada la participación de los particulares en la solución de sus conflictos, sin que necesariamente tengan que acudir ante los órganos jurisdiccionales”.² Así lo expresa diez años después de la reforma constitucional referida la Comisión de Justicia de la Cámara de Diputados de la LXIII Legislatura en el proyecto de decreto por el que se expide la Ley General de Mecanismos Alternos de Solución de Controversias y se Reforman, Derogan y Adicionan Diversas Disposiciones del Código de Comercio en Materia de Conciliación Comercial. Se advierte en esto que la democracia camina lento, siendo el *quid* “legislativo” en materia de justicia alternativa que el Congreso de la Unión no contaba con facultades en 2008 para expedir una ley general en esta materia, fue hasta el 5 de febrero del año 2017, cuando se le faculta al Congreso de la Unión para expedir la legislación única en materia procedimental penal, de mecanismos alternativos de solución de controversias en materia penal, de ejecución de penas y de justicia penal para adolescentes, que regirá en la República en el orden federal y en el fuero común, al modificar el artículo 73, fracción XXI, inciso c) para que “establezca los principios y bases en materia de Mecanismos alternativos de solución de controversias (MASC) para que los tres órdenes de gobierno implementaran y facilitaran el acceso a dichos mecanismos”.³ Iniciativa que no ha tenido impulso legislativo y continúa actualmente en el Senado de la República sin que sea promulgada.

Ante tal omisión y tardanza a nivel federal para la aplicación de los MASC, la Ciudad de México, antes Distrito Federal, se revela como vanguardia en este tema expidiendo la Ley de Justicia

¹ *Diario Oficial de la Federación*, 18 de junio de 2018, modificación al tercer párrafo del artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

² *Gaceta Parlamentaria*, Número 5013-XX, Año XXI, Palacio Legislativo San Lázaro, jueves, 26 de abril de 2018, p. 2.

³ *Diario Oficial de la Federación*, 5 de febrero de 2017.

Alternativa del Tribunal Superior de Justicia para el Distrito Federal⁴ y emprende los trabajos para operar los mecanismos alternativos de solución de controversias desde 2003, mucho antes de la reforma constitucional.

Fue en ese año de 2003 que el Consejo de la Judicatura del Distrito Federal crea el Centro de Justicia Alternativa (CJA), mediante el Acuerdo 19-47/2003, autoriza así el inicio de la mediación en materia familiar y las Reglas de Operación del Centro de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal. Es aquí donde inicia la experiencia de “un movimiento humanizador y democratizante que impulsa una cultura de la paz que propiciará, de manera creciente, la solución sana de conflictos”.⁵

Desde 2003 se encuentra en permanente evolución la penetración, el manejo, regulación y profesionalización de la mediación, abriendo su espectro en 2006 a la materia civil-mercantil, en 2007 en materia penal, en 2008 a la mediación en justicia para adolescentes.

La mediación privada no es una materia más, pero sí una modalidad de la mediación impulsada por el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, hoy Ciudad de México.

El tema de la Mediación Privada, como mecanismo alternativo de solución de conflictos, no podría completarse sin la reforma constitucional de 2011 en materia de derechos humanos, donde recientemente se reconoce en tesis aislada que los medios alternativos constituyen un derecho humano de rango constitucional.⁶

Tesis aislada dentro de la cual expresamente se indica que “[...] Con esta reforma constitucional el Estado deja de tener

⁴ *Gaceta Oficial del Distrito Federal*, 2008, Décima Séptima Época, núm. 248, 8 de enero de 2008, México.

⁵ Hernández Mergoldd, Pascual, *Once años de Mediación en el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal*, Comité Editorial del TSJDF, 2014, p. 6.

⁶ *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Tesis Aislada (Constitucional), I.3º.C.3.SC(10ª), Justicia Alternativa. Constituye un Derecho Humano de Rango Constitucional. Tribunal Colegiado de Circuito, publicado el viernes 18 de octubre de 2019.

el monopolio para dirimir las controversias entre particulares [...]”.⁷

De esta forma encuentro un particular interés en difundir la trascendencia del pertinente uso de los medios alternativos de solución de controversias, que optimicen la aplicación sustantiva de los derechos humanos a favor de la ciudadanía, dentro de una esfera amigable, reflexiva y voluntaria en una sociedad abierta a estos nuevos paradigmas de la impartición de justicia.

II. REFORMA CONSTITUCIONAL EN LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

Derivado de las importantes e imperiosas reformas constitucionales alcanzadas desde 2008 y 2011 en México relativas a la modificación del orden jurídico nacional y sobre derechos humanos, respectivamente, interesa identificar qué elementos robustecen la dimensión personal, profesional y social de la figura del mediador privado, a fin de que le permita concebir específicamente este mecanismo alterno de solución de conflictos como uno de los espacios que ofrece a la sociedad mexicana, un lugar donde de manera profunda se reconozca y se forje la primacía de la dignidad de la persona, permitiéndole optar por un procedimiento de mediación que brinde y haga eficaz la realización de los derechos humanos de los que son titulares todas las personas en el territorio mexicano.

Desde el punto de vista normativo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el acceso a la justicia alternativa ha sido reconocido como derecho humano en la misma, ante este rango alcanzado dentro del orden jurídico nacional, es pertinente difundir el uso de esta actividad en beneficio de optimizar y solidificar una cultura de la paz.

A) Aplicación Operativa de un Derecho Humano

Atendiendo a lo que refiere el doctor Luigi Ferrajoli sobre el cómo hacer operativo en la vida de la ciudadanía los dere-

⁷ *Idem.*

chos humanos consagrados en la Constitución, en nuestro país, al establecer que las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias e imponer el deber a las autoridades de privilegiar la solución de conflicto sobre las formalidades procesales, siempre que no se afecte la igualdad entre las partes, el debido proceso u otros derechos en los juicios o procedimientos seguidos en forma de juicio, encontramos que la visión de este autor puede verse colmada en este punto de hacer realidad el acceso a una justicia alternativa mediante la figura de los mecanismos implementados en la Ciudad de México a través de la mediación privada.

Con ello se logra que los ciudadanos opten por el uso de la mediación pública o privada en términos de la legislación de la materia en la Ciudad de México, logrando alcanzar justicia de manera voluntaria, confidencial, con certeza jurídica sin necesidad de judicializar el asunto, lo que abre la posibilidad de que la ciudadanía se sitúe como protagonista de la solución de sus conflictos, sin que un juez decida sobre el tema. Por esto se plantea que el monopolio de la impartición de justicia que el Estado ha mantenido, se rompe al momento de ejercer el derecho de acceso a la justicia alternativa de una forma ajena a la jurisdicción ordinaria que tradicionalmente se ha contemplado.

El deber de las autoridades jurisdiccionales de privilegiar la solución de los conflictos sobre las formalidades procesales, pone como núcleo la dignidad de las personas para alcanzar la resolución en sus asuntos; esto ha dado como resultado en el Distrito Federal, hoy Ciudad de México, a la legislación en materia de justicia alternativa y con ello surge la figura del mediador formado y capacitado para asistir a los particulares en un procedimiento de mediación, centrados en la dignidad de la persona que brinde y haga eficaz la realización y goce de los derechos humanos de los cuales son titulares todas las personas.

El mediador, convencido de colaborar en la construcción de una cultura de la paz sustentada en los derechos humanos reconocidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y los tratados internacionales de los que México sea parte, convierte esta actividad en una tarea donde el reconocimiento y respeto a los derechos humanos se palpe, como lo propone el doctor Luigi Ferrajoli y exige siempre la necesidad de arraigar

los derechos humanos en las diversas culturas, así como de profundizar en su dimensión jurídica con el fin de asegurar su pleno respeto.

Bajo esta tesitura, se hace necesario dar claridad y solidez sobre lo que es la mediación frente a lo que ha sucedido tradicionalmente en la atención de los conflictos, donde la doctrina y la práctica jurídica habían dejado al exclusivo campo jurisdiccional del Estado la capacidad para solucionar problemas de índole muy diversa, con la característica con la que logra respaldar sus órdenes, la fuerza.

Una sociedad abierta a nuevos paradigmas jurídicos, para llevar a cabo la eficacia y goce de los derechos humanos, teniendo como eje promover, respetar, proteger y garantizar los mismos de conformidad con los principios consagrados en la Constitución, da paso a la incorporación de los mecanismos alternativos de solución de controversias, abriendo un espacio donde se colabore en horizontalizar la eficacia de los derechos humanos entre particulares, para encontrar soluciones mediante el firme propósito del acercamiento voluntario y responsable entre las personas.

Con esto, “uno de los pilares más firmes del constitucionalismo mexicano había sido la concepción de los derechos fundamentales como límites dirigidos únicamente frente al poder público. Siendo la problemática de fondo la cuestión de la posible vigencia de los derechos fundamentales en las relaciones privadas”.⁸

Las citadas reformas sobre derechos humanos y la apertura de nuestro orden normativo a los medios alternos de solución de controversias, ligadas a la aquiescencia del Estado a la actividad profesional de mediadores privados con fe pública en la Ciudad de México, han de permitir al procedimiento de mediación ser el vehículo que permita la horizontalidad como medio eficaz del respeto y reconocimiento de los derechos humanos, permitiendo romper el monopolio estatal de la impartición de justicia, brindando la oportunidad de optar por una vía completamente extrajudicial para la solución de los problemas, donde el particular

⁸ Mijangos y González, Javier, *Los Derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, México, Porrúa, 2007, p. XXII.

reconozca su estatus de titular de los derechos y deberes en un Estado democrático que le reconoce como tal y le confiere espacios donde dialogue sobre sus intereses y necesidades a fin de encontrar soluciones colaborativas con la legalidad y seguridad jurídica que se otorga a una sociedad que madura su vida democrática.

Estas circunstancias exigen a hombres y mujeres a responsabilizarse, primeramente, en el reconocimiento, protección, promoción, garantía y respeto de los derechos humanos no solo desde el ejercicio de las autoridades que ostenten el poder público, sino desde la línea del reconocimiento horizontal de la eficacia de los derechos humanos entre los particulares.

La horizontalidad del proceso de mediación es la máxima expresión del acercamiento entre la libertad formal y la libertad real, no solo como titulares de todos los derechos que nos amparan, sino que tenemos la igual oportunidad de decidir qué queremos hacer con ellos, disponiendo de un justo respeto de oportunidades y limitaciones para llevarlo a cabo.

El sistema jurídico mexicano, ante la implementación de mecanismos alternativos de solución de controversias en el artículo 17 constitucional, particularmente con la mediación, ha de vincular y armonizar los derechos humanos frente al factor de alteridad que la norma jurídica permite ahora a los ciudadanos. Los valores de igualdad, de justicia, de libertad aunados al reconocimiento y respeto a la dignidad humana, son valores plasmados positivamente en la Constitución, para así colocarlos en una postura positivista. Pero de todo ello habrá de hacerse un discernimiento reflexivo, permitiendo a las personas reflejar un cambio en la sociedad, en virtud de que mientras estos máximos postulados no se vivan con profundo compromiso de que nos pertenecen en forma inmanente a cada uno de los miembros de una sociedad, la eficacia y realización de los derechos humanos, en un extremo será como letra muerta, y en el otro polo, un derecho positivo imposible de materializarse como materia de un proceso judicial o alternativo, que permita la capacidad de sentirse titulares de estos postulados inherentes a toda persona.

Impulsar esta significativa evolución de estos mecanismos alternativos mediante normas que aseguren su plena aplicación práctica en beneficio de todas las personas, como la Ley de Justi-

cia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia para el Distrito Federal, hoy Ciudad de México, implica la tarea de los profesionales en mediación, detonando espacios para esta actividad y descubrir el valor que tienen las personas que intervienen en un procedimiento de mediación como titulares de los derechos fundamentales, a través del reconocimiento respetuoso de la legítima participación voluntaria en este mecanismo alterno, que funge como vehículo de la vigencia y realización de los derechos humanos consagrados en la legislación mexicana.

B) Acceso a la justicia alternativa

Toca en México este momento histórico de enfrentar un nuevo planteamiento de instituciones, figuras legales y actores sociales que obligan a conocer y abordar por todos los interesados en servirse de esta reestructura política, económica y jurídica alcanzadas, que hombres y mujeres se responsabilicen, primeramente en el reconocimiento, protección, promoción, garantía y respeto de los derechos humanos no solo desde el ejercicio de las autoridades que ostenten el poder público, sino desde la línea del reconocimiento horizontal de la eficacia los derechos humanos entre los particulares.

Nos resistimos en México, como en muchos lugares del mundo, al hecho de que los derechos humanos, aun siendo aceptados en algunos sistemas políticos y elevados en textos constitucionales, esto no hacen prueba de su realización y, México no es la excepción de esto; desde el año 2011 se consagraron los derechos humanos en el artículo primero de la Constitución, en similitud a nuestra Constitución Política de 1857, donde se les denominaban derechos del hombre, con la gran diferencia de que en ese momento histórico de hace dos siglos, todas las leyes y autoridades debían respetar y sostener las garantías que “otorgaba” únicamente esa Constitución, resaltando el hecho de que la Constitución de 1857 “otorgaba derechos”, no reconocía derechos, sin que esto sirviera tampoco para la eficacia de los mismos en la vida de los ciudadanos. Aun así, falta mucho para que la ciudadanía tome conciencia de la titularidad de los mismos, permitiendo con ello fortalecer una cultura impregnada en el reconocimiento y protección de estos derechos para una mejor convivencia y

crecimiento de las oportunidades que ha de otorgar un moderno Estado democrático, donde la sociedad participe activamente en la acción transformadora de su ambiente cultural. No dejando al exclusivo ámbito gubernamental la protección y respeto de estos derechos inherentes a la persona.

Mas esto último no es suficiente para su realización como antes se apuntó, ha de hacerse un esfuerzo para que los miembros de todo colectivo, comprendan que hacer un planteamiento racional, que explique y reconozcan el porqué de los derechos humanos, su importancia en la propia búsqueda del sentido de la persona misma y su claro discernimiento, fortalecerán una cultura con un ambiente de esperanza en el desarrollo y la convivencia de los pueblos.

Los valores de igualdad, de justicia, de libertad, aunados al reconocimiento y respeto a la dignidad humana, son valores supremos que deben plasmarse positivamente en las constituciones de los países, para así colocarlos en una postura positivista. Pero de todo ello habrá de hacerse un discernimiento reflexivo, permitiendo a las personas reflejar un cambio en la sociedad, en virtud de que mientras estos máximos postulados no se vivan con profundo compromiso de que nos pertenecen en forma inmanente a cada uno, la eficacia y realización de los derechos humanos, vuelvo a insistir, que en un extremo será como letra muerta, y en el otro polo, un derecho positivo imposible de materializarse como materia de un proceso judicial o alternativo.

De ello tenemos como ejemplo nuestra propia legislación constitucional, derivando de ese logro de positivar los derechos humanos en los términos que se plantean, los ordenamientos normativos surgidos del ahora quinto párrafo del artículo 17 constitucional, relativos a mecanismos alternativos de solución de controversias, donde se abre la posibilidad de la horizontalidad de los derechos humanos reconocidos y protegidos por el artículo primero de la Constitución, al eslabonar en este precepto el principio pro persona en el incluido, lo que se traduce en normas en justicia alternativa que se identifican con los conceptos del *ius cogens*, como obligaciones y derechos *erga omnes* que integran el universo conceptual del derecho internacional, haciendo revelador la alentadora y necesaria apertura de la Constitución a determinados valores superiores y fundamentales. Habrá que

impulsar esta significativa evolución de la consagración de estas normas, buscando asegurar su plena aplicación práctica en beneficio de todas las personas.

Ahora bien, esta lenta evolución de la justicia alternativa, encuentra criterios jurisprudenciales para impulsar y sostener que los MASC han sido considerados derecho humano con rango constitucional, para ello presento la tesis aislada, Décima época, del Tercer Tribunal Colegiado de Circuito que apuntala las ideas hasta aquí expuestas.

JUSTICIA ALTERNATIVA. CONSTITUYE UN DERECHO HUMANO CON RANGO CONSTITUCIONAL.

La reforma al artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos mexicanos, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 18 de junio de 2008, encuentra sus telos en lograr que la justicia sea impartida de manera rápida y eficaz. El Poder Reformador de la Constitución estimó que los justiciables tuvieran la posibilidad de acceder a los métodos alternativos de solución de conflictos como una opción al proceso jurisdiccional, para fomentar la cultura del diálogo, el respeto por el otro, la agilidad y eficacia, entre otros, que los medios alternativos tienen. Con esta reforma constitucional, el Estado deja de tener el monopolio para dirimir las controversias entre particulares y da cabida a los medios alternativos para resolver los conflictos, para que de una forma expedita y de fondo, las partes con ayuda de terceros imparciales, resuelvan expedita, equitativa y flexiblemente los conflictos. De modo que la importancia y trascendencia de la citada reforma es elevar a rango constitucional el derecho humano de acceso a los medios alternativos de justicia de naturaleza civil, para que los conflictos se resuelvan de una manera rápida, ágil, pacífica y eficaz, al ser herramientas para revolucionar el sistema tradicional de justicia, los cuales derivan de los establecido en el párrafo quinto del artículo 17 de la Constitución Federal.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 935/2018. Luz María del Carmen Zariñana Garduño. 30 de enero de 2019. Unanimidad de votos. Ponente: Paula María García Villegas Sánchez Cordero. Secretaria: María Alejandra Suárez Morales.

Así, el acceso a una justicia alternativa se impregna de la universalidad que corresponde a toda persona como un dere-

cho humano y por supuesto a todos los principios que los rigen, resaltando que la sociedad encontrará en esta actividad de la mediación la aplicación y operatividad de los mismo en un Estado democrático que reconoce la libre voluntad de sus miembros para tener acceso a otra manera de enfrentar la vida misma.

III. REGULACIÓN DE LA MEDIACIÓN PRIVADA EN LA CIUDAD DE MÉXICO

Con la Ley de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia para el Distrito Federal, hoy Ciudad de México, se propone a la sociedad la función de los profesionales en mediación, detonando el espacio de esta actividad para descubrirles el valor que tienen los mediados de ser titulares de los derechos fundamentales, mediante el reconocimiento respetuoso de la legítima participación voluntaria en este procedimiento de mediación, que funja como vehículo, que permita la vigencia y realización de los derechos humanos consagrados en la legislación mexicana.

1. La mediación privada imparte justicia de forma alternativa

“El ejercicio de la mediación de conflictos es, sobre todo, una profesión donde el saber estar y el saber hacer definen una práctica orientada a la defensa de los principios básicos de la mediación: el derecho de auto-determinación de las personas, la voluntariedad para participar, y la neutralidad e imparcialidad de los mediadores”.⁹

“Esta aceptación voluntaria de la participación no es solo un signo diferencial con otros sistemas de gestión de conflictos, es la expresión máxima del respeto a la autonomía y soberanía de las personas y comunidades, que en él participan”.¹⁰

⁹ Hernández Rivero, Martha A. y Puntos Guerrero, Salvador, *Once años de Mediación en el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal*, México, Comité Editorial del TSJDF, 2014.

¹⁰ Hernández Rivero, Martha A. y Puntos Guerrero, Salvador, *La Mediación, un acercamiento a la justicia comunitaria*, México, Tribunal Superior de Justicia Consejo de la Judicatura del Distrito Federal, 2009.

Lo anterior abre en nuestro sistema jurídico actual, frente a lo tradicional, en este campo, una puerta a los ciudadanos de estos tiempos, reconociéndoles como seres integrados con una naturaleza espiritual, racional y volitiva, consciente y libre, por lo mismo, responsable de sus decisiones para optar voluntariamente por resolver sus conflictos mediante su participación libre en un procedimiento de mediación.

Actualmente es tema de gran relevancia, ya que existe un interés primordial en foros nacionales e internacionales por el respeto y reconocimiento de los derechos humanos, tanto para ser proclamados como para ser defendidos; por lo cual he sugerido para la mediación, centrar esta actividad en el reconocimiento de la dignidad humana de los mediados, al legitimar la participación protagónica en la persona de los mediados para la búsqueda de solución a su conflicto, con plena libertad de plantear sus intereses y necesidades, ante un profesionista que afirme como el núcleo principal de la función del mediador la dignidad de las personas a las que asiste, imparcial y neutral, pero sin olvidar la oportunidad para los particulares de hacer uso de este espacio, y con ello, hacer de su persona el ser más digno entre las creaturas, ya que por su naturaleza racional, idéntica para todo el género humano, la persona es sujeto de derechos inviolables, inalienables e independientes de que estén consagrados en la norma legal o no.

Asentar las bases filosóficas de los derechos humanos de los intervinientes en un proceso de mediación, con el propósito de encontrar reflexiones que hagan que se logre, no solo que se establezcan en las leyes y se rigen como derechos, sino que tenemos que detenernos a fundamentar filosóficamente los derechos humanos inherentes al género humano, lo que implica responder a las preguntas de por qué los aceptamos para cumplirlos, y por qué estos y no otros.

Fijar en el ánimo de los profesionales de la mediación y en los particulares que participen en un procedimiento de mediación, que la esencia de la dignidad de la persona humana, que optan por esta vía alterna de solución de controversias, se beneficia con la función loable que se pretende del mediador y que reclama como médula de esta actividad que la persona humana debe ser

comprendida siempre en su irrepetible e insuprimible singularidad, a fin de apoyarlas a descubrir con toda confianza el valor que en ellas existe por el hecho de ser personas.

Esto ha encontrado apoyo en los redactores por encargo del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal que asumieron la tarea de elaborar una Norma Técnica de Competencias Laborales del Mediador, tanto para los mediadores públicos como privados que dependan del Centro de Justicia Alternativa del mismo Tribunal. La norma técnica en su justificación apunta: "La próxima puesta en marcha de un registro de mediadores privados en el Distrito Federal ha suscitado la necesidad de disponer de instrumentos técnicos que permitan, por un lado, la descripción de las competencias necesarias para ejercer esa función y, por otro lado, como no podía ser menos en aras de la calidad del servicio a la ciudadanía, de un instrumento de evaluación del desempeño para la revisión bianual de la certificación".¹¹

A) Ciudadanos titulares de los derechos humanos

Se espera que la ciudadanía, al madurar la concepción de ser titular de derechos humanos y, al mismo tiempo, corresponsable en el reconocimiento y respeto a esa misma identidad en los otros, serán plenamente auxiliados en tener una vía legal que les trate y reconozca el valor integral de su persona para llegar a la solución de controversias entre particulares por estos profesionales en mediación formados y capacitados por el propio Tribunal.

Para ello, he cifrado la visión aquí plasmada en la firme idea de que la persona "con su inteligencia y su voluntad se eleva por encima de todo lo creado y de sí mismo, se hace independiente de todas las creaturas, es libre frente a todas las cosas creadas y se dirige hacia la verdad y el bien absoluto. Está abierto también hacia el otro, a los demás hombres y al mundo, porque solo cuando se comprende en referencia a un tú puede decir yo. Sale de sí,

¹¹ Hernández Rivero, Martha A. y Puntos Guerrero, Salvador, *Once años de Mediación...* cit.

de la conservación egoísta de la propia vida, para entrar en una relación de diálogo y comunicación con el otro".¹²

Con esta sucinta reflexión expreso las bases para penetrar en la excelsa expresión que el legislador plasmó en el artículo primero constitucional, al prohibir todo tipo de discriminación que atente contra la dignidad humana, por lo que de esta manera intento exponer por qué la dignidad humana es la fuente natural de los derechos fundamentales del hombre y la mujer que han de ser experimentados en un procedimiento de mediación. La mediación privada con fe pública con que se reviste al mediador privado en la Ciudad de México constituye un régimen descentralizado por colaboración, donde el órgano judicial certifica a ciudadanos mexicanos en pleno ejercicio de sus derechos civiles y políticos con grado académico de licenciatura, que reúnen los requisitos formales, así como la preparación especializada para ofrecer y proporcionar los servicios de mediación en ciertas controversias, bajo la coordinación y supervisión del propio órgano judicial, con la oportunidad de implementar un modelo coadyuvante a la procuración y administración de justicia para lograr sociedades más justas y colaborativas, encontrando en los mecanismos alternativos una vía en la solución de conflictos, para la horizontalización de los derechos humanos en la justicia alternativa.

B) Disponibilidad de sus derechos

Sustentando lo hasta aquí expuesto, presento una de las más recientes Tesis Aislada (Civil) I.3º. C. 390 C (10a.) en materia de justicia alternativa:

JUSTICIA ALTERNATIVA. ES OBLIGACIÓN DE LOS OPERADORES DE JUSTICIA SUSPENDER EL PROCEDIMIENTO CUANDO UNA DE LAS PARTES SOLICITA LA MEDIACIÓN PARA LA SOLUCIÓN DEL CONFLICTO (LEGISLACIÓN APLICABLE PARA LA CIUDAD DE MÉXICO).

Los operadores de justicia que se encuentren en un órgano formal o materialmente jurisdiccional, están obligados a respetar el derecho

¹² Conferencia del Episcopado Mexicano, *Compendio de Doctrina Social Cristiana*, México, Librería Edictice Vaticana, núm. 130, 2004, p. 70.

humano de los justiciables de acceder a medios alternativos, para resolver controversias. Por tanto, con fundamento en el artículo 55 del Código de Procedimiento Civiles para el Distrito Federal, aplicable para la Ciudad de México, cuando una parte en la controversia solicite solucionar el asunto a través de los medios alternativos de justicia, como es la mediación, el Juez de la causa deberá, como lo dispone el artículo 4 de la Ley de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia para el Distrito Federal, aplicable para la Ciudad de México, decretar la suspensión del juicio hasta por el plazo de dos meses, para dar oportunidad a las partes a que sustancien el procedimiento de mediación.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 935/2018. Luz María del Carmen Zariñana Garduño. 30 de enero de 2019. Unanimidad de votos. Ponente: Paula María García Villegas Sánchez Cordero. Secretaria: María Alejandra Suárez Morales.¹³

Así, el propósito de la Norma Técnica mencionada, responde cabalmente a las actuales exigencias respecto del ejercicio profesional de los mediadores públicos y privados, no pudiendo ser de otro modo dado el compromiso constitucional del solicitante del servicio: la administración de justicia alternativa actualmente reconocida con rango constitucional.

En la práctica que se desarrolla dentro del Centro de Justicia Alternativa, así como en los Módulos de Mediación autorizados por el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, hoy Ciudad de México, se observa en la actitud de los mediados que logran invitar a la persona con quién se tiene el conflicto a participar en un procedimiento de mediación, darse cuenta de la oportunidad que se brindan de estar en un lugar al que voluntariamente asisten, sin la presión de ninguna acto de autoridad para sentarse a exponer el tema que los mantiene en un problema y hacer uso de la clave de todo proceso de mediación, la autocomposición, contando con la capacidad y las herramientas que el mediador tiene al realizar el inicio del diálogo, tendiendo los puentes adecuados para lograr un acercamiento respetuoso

¹³ Tesis publicada el 18 de octubre de 2019 a las 10:28 horas en el *Semanario Judicial de la Federación*.

entre las partes. Siendo ahí el momento adecuado para robustecer a las personas que se encuentren en un desequilibrio frente a la otra parte. Este lugar alternativo puede transformarse en el punto indicado para que los ciudadanos se enteren de la importancia de participar directamente en la resolución voluntaria a la que arriben libremente con el cuidado debido de la legalidad de sus soluciones, la protección de los derechos humanos de los que están investidos y los efectos legales de los acuerdos alcanzados.

IV. CONCLUSIONES

El aporte de este trabajo sigue la línea de la tesis presentada para el Máster en Gestión y Resolución de Conflictos: Mediación, titulada “La dignidad humana, fundamento de los derechos humanos y su eficacia en la horizontalización dentro del procedimiento de mediación”,¹⁴ que ha tenido y tiene la pretensión de robustecer y dimensionar la conciencia de los mediadores, así como de los ciudadanos, sobre los medios alternativos de solución de controversias en nuestro orden jurídico frente al estatus de ser titulares de los derechos humanos consagrados en la Constitución Política mexicana y los tratados internacionales de los que México es parte.

Me he permitido proponer como fundamento de la titularidad de los derechos humanos de todas las personas la dignidad humana, núcleo de la universalidad e indivisibilidad de los mismos, reconocidos como inherentes al género humano.

El perfil del mediador privado certificado en la función de auxiliar del órgano jurisdiccional, en quien se deposita la confianza para brindar certeza a los ciudadanos al investirlos con fe pública con la formación, competencias, habilidades y calidad humana, que reconoce y valora la dignidad de la persona como principio, objeto y fin de su actividad, lo vuelve un factor de transformación del orden social.

¹⁴ Aguirre Serna, Laura Elvira, *La dignidad humana, fundamento de los derechos humanos y su eficacia en la horizontalización dentro del procedimiento de mediación*, México, Universidad de Barcelona-Instituto de Estudios Judiciales del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 2015.

V. BIBLIOGRAFÍA

- Aguirre Serna, Laura Elvira, *La dignidad humana, fundamento de los derechos humanos y su eficacia en la horizontalización dentro del procedimiento de mediación*, México, Universidad de Barcelona-Instituto de Estudios Judiciales del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 2015.
- Conferencia del Episcopado Mexicano, *Compendio de Doctrina Social Cristiana*, México, Librería Edictice Vaticana, núm. 130, 2004.
- Diario Oficial de la Federación*, 18 de junio de 2018, modificación al tercer párrafo del artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Diario Oficial de la Federación*, domingo 5 de febrero de 2017.
- Gaceta Parlamentaria*, Número 5013-XX, Año XXI, Palacio Legislativo San Lázaro, jueves, 26 de abril de 2018.
- Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Tesis Aislada (Constitucional), I.3º.C.3.SC (10ª), Justicia Alternativa. Constituye un Derecho Humano de Rango Constitucional. Tribunal Colegiado de Circuito, publicado el viernes 18 de octubre de 2019.
- Gaceta Oficial del Distrito Federal*, Décima Época, núm. 248, 8 de enero de 2008.
- Hernández Mergoldd, Pascual, *Once años de Mediación en el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal*, México, Comité Editorial del TSJDF, 2014.
- Hernández Rivero, Martha A. y Puntos Guerrero, Salvador, *Once años de Mediación en el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal*, México, Comité Editorial del TSJDF, 2014.
- Mijangos y González, Javier, *Los Derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, México, Porrúa, p. XXII, 2007.
- Puntos, S. y Hernández, M., *La Mediación, un acercamiento a la justicia comunitaria*, México, Tribunal Superior de Justicia Consejo de la Judicatura del Distrito Federal, 2009.

La distinción entre consultas populares referendarias y no referendarias desarrollada por el intérprete constitucional supremo

Amir Al Hasani Maturano
España

Sumario: I. Introducción. II. El camino al 9-N. III. Una aproximación al término consulta popular. IV. La democracia participativa interpretada constitucionalmente. V. La distinción entre consultas populares no referendarias y referendarias. VI. Bibliografía

Resumen: A lo largo de este trabajo se ha defendido con argumentos una distinción entre consultas populares no referendarias y referendarias. Tras los mismos, cabe considerar una línea restrictiva, y algo oscilante, en la jurisprudencia del TC sobre la *utópica* realización de un referéndum autonómico. Con estos parámetros, el artículo 149.1.32, más que facultar la realización, parece ser una cláusula de seguridad que evite posibles referendos territoriales perjudiciales al interés general.

I. INTRODUCCIÓN

El motivo de interés y objeto del estudio es la reciente crisis institucional y política que se ha producido en una autonomía del territorio nacional: nos referimos, indudablemente, al territorio de Cataluña.

Los hechos acontecidos han provocado que el Tribunal Constitucional español — con sus postulados tradicionales — afrontara y, en alguna medida, diera respuesta a determinados problemas políticos a través de argumentos jurídico-constitucionales. En este punto, en el *procés* (entendido por el conjunto de sucesos), algunos actores políticos de Cataluña han quebrantado aspectos del Estado de derecho, pero, al mismo tiempo, ha permitido a la doctrina ampliar la interpretación de figuras de la democracia directa, por un lado, y de la democracia participativa, por otro. En este caso, nos referimos ineludiblemente a las consultas populares. En suma, el texto tratará de pormenorizar ciertas notas extraídas de la jurisprudencia del supremo intérprete constitucional, que tal vez ayudaran a aclarar la distinción entre las consultas populares y los referéndums.

II. EL CAMINO AL 9-N

Como premisa inicial, enunciar que el desarrollo del Estado autonómico ha comportado un factor de modernización en el Estado social nacional. Si echamos la vista atrás, en el concierne proceso constituyente, los actores principales debatieron firmemente sobre la condición de España como una nación integrada por regiones y nacionalidades. Consecuencia del pacto constitucional de aquella época, encaminó a no cerrar el modelo autonómico con una cláusula definitoria, sino, por el contrario, disponer una fórmula ambigua o un *hallazgo* constitucional, que como bien sabemos ha derivado en el actual Estado autonómico. A grandes rasgos afirmamos que las autonomías han funcionado pasablemente bien.¹

Por otro lado, hemos de destacar el papel trascendental en el desarrollo del Estado autonómico de la labor del Tribunal Constitucional. En especial, resulta innegable su labor doctrinal en lo referente a la distribución territorial de competencias y los pre-

¹ Alguna cosa discutible se hizo en la construcción general del Estado autonómico, saludado inicialmente como un verdadero hallazgo constitucional, y varias en el inmediato siguiente. En Torres del Moral, A., “El problema catalán y el ser de España”, *Revista de Derecho Político UNED*, núm. 98, 2017, p. 242.

supuestos fundamentales del Estado autonómico.² En síntesis, el Estado autonómico ha sido una construcción jurídica notable. No obstante, con el último proceso de descentralización autonómico, se consideró que el Estatuto de Cataluña aprobado en 2006 acarreaba una cierta asimetría con el resto de territorios,³ infiriendo la oposición política al Gobierno que existía una situación de Estatutos especiales. En consecuencia, se propició un recurso de inconstitucionalidad al mismo, resuelto mediante la STC 31/2010.⁴

Esta sentencia,⁵ junto a otros móviles, medraron en la producción del *procés*. O lo que es lo mismo, determinados acontecimientos y movimientos políticos han conllevado una crispación prominente⁶ en la autonomía de Cataluña, con contrapuestas visiones:⁷ por un lado, los que desean hallar a Cataluña una nueva fórmula de encaje en España o mejorar las competencias en

² Aragón Reyes, M., “¿Estado jurisdiccional o autonómico?”, *Revista Vasca de Administración Pública. Herri-Arduralaritzako Euskal Aldizkaria*, núm. 16, pp. 7-12.

³ “La diferencia de naturaleza de las competencias (el blindaje), el incremento de la bilateralidad y la mayor capacidad de autogobierno redundaron en una posición diferenciada de alguna de estas Comunidades”. En Cano Bueso, J., *Cataluña en su laberinto*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, p. 533.

⁴ “La sentencia 31/2010 supuso una negación, por parte del Tribunal de las premisas doctrinales y políticas que habían impulsado la reconsideración del proceso autonómico en aspectos nucleares que él mismo había contribuido a moldear”. En De Miguel Bárcena, J., *Justicia constitucional y secesión. El caso del proceso soberanista catalán*, Madrid, Reus, 2019.

⁵ “Como se sabe, la sentencia 31/2010 tuvo impacto en el reforzamiento del discurso nacionalista que consideraba que el Estatuto era un pacto entre Cataluña y España, que no podía ser rectificado por un Tribunal Constitucional dañado en su imagen por las maniobras de actores políticos externos”. *Ibidem*, p. 30.

⁶ “Así, pues, el «problema catalán» se ha convertido en el más espinoso desde la transición de la dictadura a la democracia y, al parecer, el que menos se presta a una solución airosa y a gusto de todos”. En Torres del Moral, A., *op. cit.*, p. 243.

⁷ Véase Solozábal Echavarría, J. J., *Pensamiento federal español y otros estudios autonómicos*, Madrid, Iustel, 2019. Del mismo modo, véase Aja, E., *Estado autonómico y reforma federal*, Madrid, Alianza, 2014; u Oliver Araujo, J. *et al.* (coords.), *El futuro territorial del estado español: ¿centralización, autonomía, federalismo o secesión?*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014.

la autonomía, y, por otro, aquellos que pretenden el derecho de autodeterminación.

Si pretendemos puntualizar los hechos de los factibles previos “males” a la cuestión de la secesión y la pugna territorial, nos conllevaría desarrollar otro texto. Si bien, atendamos a algunos significativos: en primer lugar, en el proceso constituyente la ideología nacionalista catalana no reivindicó manifiestamente los derechos históricos o conciertos económicos —a diferencia del nacionalismo vasco—; en segundo lugar, el nacionalismo moderado patrocinado por *Convergència i Unió* contribuyó políticamente,⁸ prestando apoyos para la gobernabilidad nacional española; conectado con lo previo, en tercer lugar, no hubo desencantos notables hasta el *Estatut* de 2006 que se pretendió respaldar desde el ejecutivo nacional, terminando en el Tribunal Constitucional —en adelante TC— con la consiguiente invalidación o desactivación de numerosos artículos del mismo; para llegar, al punto que tratamos, la escalada verbal⁹ que derivó en la celebración de un *pseudoreferéndum* de autodeterminación con apariencia de consulta popular no referendaria.¹⁰

En resumen, entre las posibles causas principales a esta crisis del *procés*, se considera —a la cabeza— la conocida sentencia del *Estatut* por parte del Tribunal Constitucional (STC 31/2010, de 28 de junio). Aunque consideramos que no es el único detonante. Así pues, a lo largo de estos últimos años en Cataluña, se han visto actuaciones de desobediencia a las instituciones estatales y al propio TC, entre las que sobresale la celebración de una consulta popular que decidía sobre la secesión, el 9-N de 2014 mediante el Decreto 129/2014, que declaró inconstitu-

⁸ Si bien en CiU “convivían dos almas, una dominante en todo ese período y partidaria de una fuerte autonomía dentro de España y otra, minoritaria aquellos años y dominante solo en las juventudes del partido, favorable a la independencia”. En Aja, E., *op. cit.*, p. 107.

⁹ “Las reivindicaciones secesionistas encontraron un terreno fértil en las graves afecciones que sufría el modelo democrático liberal en España: proliferación de corrupción, fallos en las cláusulas de integración constitucional y disfuncionalidades en el sistema de representación”. En De Miguel Bárcena, J., *op. cit.*, p. 9.

¹⁰ “Todo un cúmulo de despropósitos políticos y de desatinos jurídicos”. En Torres del Moral, A., *op. cit.*, p. 247.

cional y nulo la STC 32/2015. Sin entrar en este punto a valorar, la consulta popular como tal, todo este proceso necesariamente derivó en una respuesta del Estado de derecho y la invocación de la Constitución ante la falta de respuestas de los actores políticos.

Otro aspecto a recalcar, resulta el hecho de que en la mayoría de pronunciamientos del TC se rechazó *de facto* las denominadas consultas populares — incluso con el término no referendarias —, puesto que se trataba sustancialmente de claros referendos.¹¹ Igualmente, la doctrina general del TC recordó el carácter extraordinario de las formas de participación directa español, dejando claro que se trataba de dos instituciones de raíz diferente.¹²

Con todo, no podemos dejar de omitir la excelente labor de la justicia constitucional para afrontar y dar respuesta a determinados problemas políticos a través de argumentos jurídico-constitucionales¹³. De este modo, el TC en varios pronunciamientos¹⁴ amplió la interpretación de las figuras de democracia participativa, además, estableció algunas consideraciones doctrinales en lo referente a la distinción con los instrumentos de democracia directa. Sin embargo, dicho sea de paso, no “aprovechó el momen-

¹¹ STC 31/2015, de 25 de febrero; STC 32/2015, de 25 de febrero, STC 138/2015, de 11 de junio.

¹² “Tanto teórica como de encaje constitucional, la primera es manifestación del derecho del artículo 23.1 CE, las segundas se conectan con el mandato a los poderes públicos de facilitar la participación del artículo 9.2 CE”. En Castellà Andreu, J. M., “Consultas populares no referendarias en Cataluña. ¿Es admisible constitucionalmente un *tertium genus* entre referéndum e instituciones de participación ciudadana?”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, XIV, 2013, p. 583.

¹³ “De este modo, el Tribunal ha intervenido en relación con el fondo de lo planteado por el Parlamento catalán-la constitucionalidad de la secesión y el derecho a decidir-, y también con respecto a los instrumentos para ejercer este último derecho: los diferentes tipos de consulta popular ideados”. En Castellà Andreu, J. M., “Tribunal Constitucional y proceso secesionista catalán: respuestas jurídico constitucionales a un conflicto político-constitucional”, *Teoría y Realidad UNED*, núm. 37, 2016, p. 568.

¹⁴ En lo que refiera al *procés*, el TC se ha pronunciado acerca de la constitucionalidad de la Ley 10/2014, de 26 de septiembre, de consultas populares no referendarias, así como sobre el Decreto del presidente de la Generalitat 129/2014, de 27 de septiembre, relativo a la convocatoria del proceso de participación del 9 de noviembre de 2014.

to” para dar una visión cerrada al asunto, en lo que respecta a la hipotética diferencia entre consulta popular y referéndum. El TC, en la generalidad de sus argumentos, consideró que la relevancia para su distinción radicaba en la finalidad.

Por ende, el TC en sus argumentos señala que el referéndum es una especie de género de la consulta popular cuyo objeto se refiere estrictamente al cuerpo electoral, mediante un procedimiento electoral y con garantías jurisdiccionales específicas. En sentido contrario, considera que las consultas populares no son referendarias, si su objetivo último es recabar opinión a algún colectivo sobre asuntos públicos, por cualquier procedimiento y sin cuerpo electoral. En consecuencia, lo que resultaría relevante a la hora de diferenciar consulta de referéndum, sería la finalidad.¹⁵

III. UNA APROXIMACIÓN AL TÉRMINO CONSULTA POPULAR

En un proceso de delimitación del término “consulta popular”, si consultamos al diccionario de la Real Academia Española (RAE), encontramos que lo define como sinónimo de referéndum. En una descripción pormenorizada: un procedimiento por el que se somete al voto popular determinadas decisiones políticas o leyes, sea con un carácter decisorio o consultivo. O lo que es lo mismo, un instrumento de democracia directa que somete a ratificación, decisiones políticas de los poderes públicos, mediante el cuerpo electoral. En concreto, de conformidad con la RAE, consulta popular es sinónimo de referéndum. Tras esta conceptualización previa que incluye los términos voto y cuerpo electoral, nos habilitará avanzar en la caracterización de una consulta popular referendaria, contrapuesta, a la consulta popular no referendaria (STC 103/2008, de 11 de septiembre, FJ 2º) siendo el objetivo principal de este texto.

¹⁵ “Las consultas populares son el género y el referéndum, la especie”. En Seijas Villadangos, M. E., “Referéndum y consultas populares en los nuevos estatutos de autonomía”, en Saénz Royo, E. y Contreras Casado, M. (eds.), *La participación política directa. Referéndum y consultas populares*, Zaragoza, Comuniter, 2013, p. 141.

Los hechos acontecidos¹⁶ (resaltados brevemente en el apartado anterior) en el contexto de crisis institucional que se ha producido en la Comunidad Autónoma de Cataluña en el marco del *procés* —,¹⁷ junto al variopinto estudio doctrinal, nos demuestran que existen diferencias sustanciales entre ambos instrumentos.¹⁸ En efecto, es lo que en líneas sucesivas trataremos de argumentar:¹⁹ la idea del carácter “consultivo” en la finalidad de la consulta popular no referendaria — más adelante consulta popular —. Lo que nos permitirá, entre otros motivos, la diferencia sustancial con la consulta popular por vía de referéndum — en adelante referéndum —²⁰ y un posible uso legal de la misma.

¹⁶ El CD rechazó transferir —dada la naturaleza—, mediante el art. 150.2 CE, la autorización para convocar consultas populares referendaria, vía art. 149.1.32 CE. Ante esa negativa, el Parlamento de Cataluña elaboró la Ley 10/2014 de consultas populares no referendarias y otras formas de participación ciudadana, en atención al ámbito competencial contenido en el art. 122 del Estatuto de Autonomía. El objetivo, pese al *nomen iuris*, era realizar una consulta directa a la ciudadana que decidiera el status político de Cataluña, convocándose mediante el Decreto 129/2014 de consulta sobre el futuro de Cataluña. Lo que condujo a que el TC considerará la inconstitucionalidad de las consultas populares referendarias en la STC 31/2015, y, de forma consecutiva, la STC 32/2015 declarando inconstitucional el Decreto que convocaba la consulta con carácter verdaderamente referendario. Pese a ello, se abordó con posterioridad, el referéndum de autodeterminación con la Ley 19/2017 y el Decreto 139 y 140/2017, declarándose inconstitucional con la STC 121/2017 y STC 122/2017.

¹⁷ El *procés* se define como “un movimiento político que tenía como objetivo lograr la separación efectiva de la comunidad autónoma del resto de España y su conversión en un Estado soberano en forma de república”. En De Miguel Bárcena, J., *op. cit.*, p. 7. “La Constitución española, como casi todas las normas fundamentales no contiene ninguna ‘cláusula de secesión’ entendida como derecho a la autodeterminación de los territorios que forma España o como procedimiento para alcanzarla”. En Castella Andreu, J. M., *op. cit.*, p. 561.

¹⁸ “Clarificar brevemente algunas cuestiones taxanómicas y conceptuales que salen en el debate sobre las llamadas consultas populares referendarias”. En Castella Andreu, J. M., *op. cit.*, p. 126.

¹⁹ Para un mayor estudio del concepto, véase Rodríguez A., “Consultas populares voz”, en Balaguer Callejón, F.; Ortega Álvarez, L.I.; Cámara Villar, G.; y Montilla Martos, J. A. (eds.), *Reformas estatutarias y distribución de competencias*, Sevilla, INAP, 2007, pp. 875-886.
Rousseau, J. J., *El contrato social*, Madrid, Akal, 2016.

²⁰ Véase Oliver Araujo, J., “El referéndum en el sistema constitucional español”, *Revista de Derecho Político*, núm. 29, 1989, pp. 115-184.

Asimismo, también se advierte la denominación torticera de las mismas, ya que definir a una participación de “consulta”, lo que en realidad es una forma de democracia directa con cuerpo electoral — referéndum o consulta referendaria —, conllevaría un fraude de ley y de la Constitución, anhelando evitar con ello la exigida autorización estatal de la convocatoria de un referéndum.²¹ En suma, a tenor de la STC 103/2008, las consultas populares estarían dentro de un marco jurídico de la democracia participativa, “cuyo fundamento hallamos en el mandato de carácter general dirigido a los poderes públicos de promover la participación en distintos ámbitos”.²²

Con otras palabras, la generalidad y la indeterminación (cualquier procedimiento e opinión) provienen de manera inherente a las consultas populares, en contraposición a los referendums, vinculados necesariamente a “aquella consulta cuyo objeto se refiere estrictamente al parecer del cuerpo electoral” (STC 103/2008, FJ 3º), donde la gestión es de la Administración electoral con garantías jurisdiccionales específicas, y, “siempre en relación con los asuntos públicos, cuya gestión directa o indirecta, mediante el ejercicio del poder político por parte de los ciudadanos constituye el objeto del derecho fundamental reconocido por la Constitución en el art. 23” (STC 103/2008, FJ 2º).

Por otra parte, cuando referimos a democracia participativa, las consultas populares, como instrumento efectivo requiere un anclaje constitucional. Tras el inicial y breve análisis expuesto, afirmaríamos que las consultas populares son manifestaciones participativas no imputables al cuerpo electoral²³ y, por tanto, en

²¹ Para calificar una consulta popular como referéndum, en el sentido de requerir para su convocatoria una autorización reservada al Estado, ha de atenderse a los criterios marcados por la jurisprudencia del TC.

²² Seijas Villadangos, M. E., *op. cit.*, p. 142.

²³ El autor propone abreviadamente estas diferencias: a) El referéndum es un llamamiento a la ciudadanía para ejercer el derecho del art. 23.1 CE, a diferencia de las consultas no referendarias, que no articulan voluntades generales imputables al cuerpo electoral. Por tanto, no son encuadrables en la democracia representativa sino un género distinto que sería la democracia participativa. b) La opinión consultiva en el referéndum se expresa por medio del sufragio del cuerpo electoral y con garantías de un proceso reglado. c) El régimen jurídico del referéndum se asocia al desarrollo de un derecho fundamental que se somete a reserva de ley orgánica. d) En el ám-

principio la asunción competencial en los Estatutos de Autonomía será viable sin una necesaria autorización reservada al Estado —existen opiniones doctrinales opuestas—, como sí sucede con el referéndum.

Antes de proseguir, cabría recordar que la contextualización del término que tratamos hace referencia a nuestro ámbito nacional, aunque pueda resultar interesante en países de nuestro entorno por la semejanza con otras figuras.

IV. LA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA INTERPRETADA CONSTITUCIONALMENTE

Existen ciertas razones que hacen pensar que las consultas populares —como instrumento de la democracia participativa— estén en un punto de mira de estudio para su aplicabilidad. Debido, entre otras razones, a la situación política. Por citar algunas, la crisis institucional y política padecida por la creciente crítica al modelo *partitocrático* y la inevitable deslegitimación de los poderes públicos. A saber, una percepción ciudadana que considera que los representantes políticos se dedican a desautorizar a las fuerzas contrarias y defender sus intereses personales, desamparando a un lado el interés común por el cual fue escogido. Entre las numerosas causas que acentúan su actualidad están las relacionadas con el concepto de representación, y, más concretamente, con la crisis de la democracia representativa. Nuestro sistema democrático constitucional agrupa en el epicentro de la democracia pluralista a los partidos políticos,²⁴ como transmisores de la expresión de voluntad de una sociedad heterogénea, no por ello, carente de opiniones de reprobación. De este modo, la desafección ciudadana y la pérdida de confianza hacia las instituciones provocan una mayor demanda de democracia partici-

bito de consultas locales resulta admisible, sin perjuicio de la competencia de establecer las bases del régimen jurídico por parte del Estado. En Cano Bueso, J., *op. cit.*, pp. 482-485.

²⁴ “Los nuevos príncipes o soberanos...monopolizan prácticamente los procesos electorales y dirigen la actividad parlamentaria”. En Bilbao Ubillos, J. M.; Rey Martínez, F.; y Vidal Zapatero, J. M. (eds.), *Lecciones de Derecho Constitucional I*, Cizur Menor, Aranzadi, 2018, p. 503.

participativa, debido también a que los ciudadanos cuentan con una mayor información —no siempre veraz— y, por tanto, desean formar parte de la toma de decisiones en la esfera pública. Principalmente en el ámbito municipal- numerosas experiencias participativas alternativas. Siendo instrumentos distintos a la clásica participación política. Asimismo, en este punto de crispación, se vuelve a replantear el concepto liberal de participación política, en sintonía a la democracia representativa.²⁵

Como bien sabemos, el constituyente del 1978 se decantó por la lógica supremacía de la democracia representativa. De esta manera, en nuestro modelo constitucional, la democracia participativa —intermedia entre representativa y directa— quedó reflejada, tímidamente o etéreamente, en el artículo 9 de la Constitución Española (CE). Al declarar que corresponde a los poderes públicos facilitar la participación de la ciudadanía en los asuntos públicos y sociales. Asimismo, en el artículo 23 CE, se admite la participación no solo por representantes políticos, sino también mediante la participación directa. Por ello, se reconoce varias técnicas de democracia directa, como son la iniciativa legislativa o el referéndum. Aunque espigando el texto constitucional, comprobamos, que no menciona ni articula de ninguna manera a las consultas populares no referendarias.

De este modo, al hilo de una mayor demanda de democracia participativa nos topamos con un binomio contrapuesto, por un lado, ciudadanos con mucha información —no toda ella veraz— que anhelan formar parte de una mayor toma de decisiones pública; y por otra, los representantes no tan conformes en su ejecución, en especial, al cuestionarse su representatividad. Reiteramos que la decisión política del constituyente fue decantarse por la inevitable supremacía de la democracia representativa, por el cual, un grupo de elegidos debe actuar en nombre de todos en la elaboración de legislativa. De igual modo ha acontecido en nuestra historia constitucional, que está

²⁵ “La superación del soporte estrictamente burgués de la representación, hubiera sido consecuentemente lógico esperar que los cambios producidos en esta se orientasen en el sentido de una paralela revisión de los presupuestos implicados en la originaria formulación burguesa de dicho concepto”. En Garrorena Morales, A., *Representación política y Constitución democrática*, Madrid, Civitas, 1991, p. 61.

marcada por un rechazo generalizado a las fórmulas de participación directa, dicho de otro modo, no tenemos tradición cultural participativa. A diferencia de algunos países de menor extensión territorial o poblacional, como Suiza. El propio Kelsen ya reconoció²⁶ que la democracia moderna descansa sobre los partidos políticos, monopolizando la vida política, “hasta tal punto de reducir al mínimo las técnicas de participación directa de los ciudadanos”.²⁷

Si bien, en este período de 40 años de vigencia constitucional, consideramos el reconocimiento del derecho de participación como uno de los elementos claves de nuestra fortaleza democrática. Configurándose mediante el derecho de participación —como en la mayoría de países de nuestro entorno—, un sistema parlamentario de representación que aúna la voluntad popular, como consecuencia del derecho de sufragio universal. Facultando la legitimación del ejercicio del poder, mediante los representantes elegidos en un proceso electoral. Sin embargo, esta afirmación debe ser “teñida” en parte, derivado de la actual praxis política. Donde los partidos políticos desempeñan el papel primordial en los parlamentos. En consecuencia, dilucidó el excelente constitucionalista García Pelayo²⁸ que el eje principal de la participación política en la democracia representativa, mediante el proclamado estado de partidos, comporta inequívocamente controversia. Derivándose una desafección ciudadana al funcionamiento de las instituciones representativas. En síntesis: “La desafección cívica y el descenso en la participación electoral en muchas partes del mundo suelen considerarse como síntomas del malestar de la democracia representativa”.²⁹

²⁶ Véase Kelsen, H., *Esencia y valor de la democracia*, Granada, Comares, 2002.

²⁷ Ruiz Robledo, A., *Teoría y práctica del referéndum en el ordenamiento constitucional español*, en Saénz Royo, E.; y Contreras Casado, M. (ed.), *La participación política directa. Referéndum y consultas populares*, Zaragoza, Comuniter, 2013, p. 39.

²⁸ “En efecto, el pueblo amorfo solo puede manifestar su voluntad si se somete a un proceso organizativo llevado formalmente a cabo por la legislación electoral y materialmente por la acción de partidos”. En García Pelayo, M., *El Estado de Partidos*, Madrid, Alianza, 1986, p. 74.

²⁹ Heywood, A., *Introducción a la teoría política*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, p. 187.

Pues bien: ¿qué entendemos por democracia participativa?, ¿cómo se fundamenta? La respuesta requiere conectar la frase “facilitar la participación de los ciudadanos” del artículo 9.2 CE, y la literalidad: “Los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representante” del artículo 23.1 CE. Esta conjunción parece avanzar la línea de una democracia participativa,³⁰ estableciéndose un mandato a los poderes públicos. Además, permitiría atender las demandas ciudadanas de hacer uso de los nuevos instrumentos participativos, desde las crecientes críticas al modelo *partitocrático*. El objetivo sería alcanzar una participación ciudadana más activa en los procesos de decisión de la esfera pública, superando la exclusiva participación electoral. De este modo, el fundamento constitucional que legitima la democracia participativa surge de la conexión de los artículos 23.1 y 9.2 CE, permitiendo una serie de mecanismos o instrumentos jurídicos que puedan complementar la democracia representativa (STC 119/1995). Entre ellas, hallaríamos las consultas populares como instrumentos idóneos. El uso de mecanismos participativos puede ser lento a la hora de su implementación, pero su uso, desafía la lógica de la representatividad, por lo que presenta sin duda una oportunidad que merece toda nuestra atención.³¹

V. LA DISTINCIÓN ENTRE CONSULTAS POPULARES NO REFERENDARIAS Y REFERENDARIAS

El término democracia —definición amplia— se emplea para designar una de las formas de gobierno, con otros términos, como se ejerce el poder. Desde las diversas concepciones de democracia como “parte de un sistema más amplio de conceptos”,³²

³⁰ En atención al concepto, véase Ramírez Nárdiz, A., *Democracia participativa. La democracia participativa como profundización en la democracia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.

³¹ Para un análisis de las demandas sociales y propuestas participativas véase Della Porta, D., *Democracias. Participación, deliberación y movimientos sociales*, (trad. de Buey, F.), Buenos Aires, Prometeo, 2018. También Güemes, C.; Resina, J.; y Cruz-Rubio, C. (eds.), *Participación ciudadana: experiencias inspiradoras en España*, Madrid, CEPC, 2018.

³² Bobbio, N., *Estado, Gobierno y Sociedad. Por una teoría general de la política*, trad. de Fernández Santillán, J. F., México, FCE, 1989, p. 188.

nos interesa analizar elementos del uso axiológico o prescriptivo de la democracia. O lo que es lo mismo, un juicio de valor que nos permita profundizar en torno a una mejora de la forma de gobierno actual. En concreto, un veredicto sobre los derechos a participar políticamente como modo de limitar el poder,³³ pues según “máximas de la experiencia” quien lo detenta presuntamente tiende a abusar de él.

No obstante, estamos prácticamente convencidos de que la única forma de gobierno posible³⁴ en los grandes Estados modernos³⁵ es la democracia representativa,³⁶ si bien, requiere integrar institutos de democracia directa. Con ello se asume que las democracias modernas son representativas pluralistas. Lo mantenemos, puesto que a diferencia de las sociedades antiguas que mantenían unos lazos de unión, los ciudadanos para ser independientes e ineficientes requieren algún tipo de cooperación. Ya teóricos de la filosofía como el propio Rousseau,³⁷ proponían una plasmación de la voluntad general, con una participación más activa y directa de los ciudadanos en la vida pública. Lo que repercutiría en una especie de sentimiento o solidaridad social, representando a la comunidad antes que al individuo.

Sin guardar necesariamente una relación con el modelo ateniense, y, pese que se infiere un puesto subordinado de la democracia directa,³⁸ el jurista y politólogo Bobbio reconocía que “el

³³ “Uno de los argumentos fuertes en favor de la democracia es que el pueblo no puede abusar del poder contra sí mismo”. En Bobbio, N., *op. cit.*, p. 204.

³⁴ “La unanimidad actual sobre la democracia no debe ocultar el hecho de que los demócratas han defendido sus puntos de vista de formas muy diferentes en momentos históricos”. En Heywood, A., *op. cit.*, p. 192.

³⁵ Raramente existen ideas basadas en el autogobierno.

³⁶ “La única forma de gobierno no autocrática posible en un gran Estado sea el gobierno representativo, que es una forma de gobierno democrático corregido, moderado o limitado, y en cuanto tal hecho, compatible con un territorio muy vasto y con una población numerosa”. En Bobbio, N., *op. cit.*, p. 211.

³⁷ Rousseau, J. J., *op. cit.*

³⁸ “Por supuesto, el edificio de la democracia representativa no excluye ni la participación ni el referéndum; pero los incluye como elementos subordinados”. En Sartori, G., *¿Qué es la democracia?*, Barcelona, Taurus, 2014, p. 94.

ideal de la democracia directa como la única democracia verdadera jamás ha venido a menos”.³⁹ En efecto resulta conveniente, aunque no puede por sí misma ser una alternativa aplicable al Estado representativo, principalmente, por su aplicación excepcional. De esta manera, no se alcanzaría la utopía del *gobierno por el pueblo*, pero sí, el *gobierno para el pueblo*.

En esta línea, numerosos autores, entre ellos, el propio Sartori,⁴⁰ son poco partidarios de que la democracia directa sustituya de modo definitivo a la democracia representativa.⁴¹ Este mismo autor consideró que los procesos *participacionistas*, en sentido fuerte, “presuponen intensidad”.⁴² Ante estos procesos participativos, dedujo hábilmente que generaría a los ciudadanos atención plena al conocimiento o a la información con una secuencia perversa, en consecuencia, conllevaría al “extremismo”. Esto último se refiere a una posible eliminación de debatir las decisiones. Concluyó el mismo autor⁴³ que la democracia gobernante “induce a confundir apariencias con realidades, y a ignorar la enorme complejidad del *muddling though*, del denuedo de las democracias de carne y hueso”.⁴⁴ En suma, tal como enunció Bobbio: “Si por democracia directa se entiende estrictamente la participación de todos los ciudadanos en todas las decisiones que le atañen, ciertamente la propuesta es insensata”.⁴⁵

Desde una visión política y jurídica, el Estado constitucional resulta irrenunciable, aunque, se abren nuevos frentes de legiti-

³⁹ Bobbio, N., *op. cit.*, p. 216.

⁴⁰ “Participación es *tomar parte* en persona, un *tomar parte activo* que es verdaderamente *mío*, decidido y buscado libremente por mí”. En Sartori, G., *op. cit.*, p. 94.

⁴¹ “O el partidario de la democracia participativa se decide a explicar positivamente su posición respecto a qué participación (de qué naturaleza) y en qué lugares (¿en todas partes?), o no [...] consigo identificar”. *Ibidem*, p. 98.

⁴² *Ibidem*, p. 97.

⁴³ Para un estudio amplio sobre el concepto de representación de la teoría de la democracia del profesor Sartori, véase Zafra Víctor, M., “El concepto de representación política en la teoría de la democracia de Giovanni Sartori”, *Revista española de ciencia política*, núm. 39, 2015.

⁴⁴ *Ibidem* p. 107.

⁴⁵ Bobbio, N., *El futuro de la democracia* trad. de Fernández Santillán, J. F., México, FCE, 2001, p. 50.

midad que requieren respuestas y renovados parámetros. Como consecuencia lógica a la primacía de la democracia representativa, pese a una configuración constitucional de instrumentos de democracia directa limitados (como el referéndum y la iniciativa legislativa), arrancarían comienzo otros novedosos instrumentos de democracia participativa, entre los que se encuentra las consultas populares no referendarias.

Como breve anotación en lo que respecta a la distribución competencial de los instrumentos de democracia directa, indicamos que en el Estado autonómico produciría una mayor incidencia para que participen los ciudadanos. Aunque la ambigüedad de los preceptos constitucionales, en mayor medida en el referéndum o consultas populares referendarias; y en menor medida en las consultas populares no referendarias, revisten tal complejidad que dificultan su aplicabilidad. En la actualidad, las competencias de las CCAA en referencia a las consultas populares, continúan siendo objeto de controversia,⁴⁶ pese a la doctrina derivada del TC.

En la STC103/2008,⁴⁷ al resolver el recurso de inconstitucionalidad planteado contra la Ley 9/2008 del Parlamento Vasco se comenzó a distinguir el referéndum *stricto sensu* de otras modalidades de consulta. A la luz de la misma, se consolida doctrina en posteriores sentencias, además, se establecen otras consideraciones a la distinción entre referéndum y consultas populares, aunque no “aprovechó” el momento para dar una visión cerrada al asunto. En primer lugar, en lo que respecta a una hipotética diferencia entre consulta popular y referéndum, el TC considera que la relevancia radica en la finalidad, así, en sus argumentos señala que el referéndum es una especie de género de la consulta popular pero cuyo objeto se refiere estrictamente al cuerpo

⁴⁶ “Las normas vigentes suelen aplicar indistintamente, y de forma desordenada, al referéndum y a las demás modalidades de consulta las características distintivas de cada concepto”. En Carrasco Durán, M., “Referéndum *versus* consulta”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 160, abril-junio, 2013, p. 39.

⁴⁷ El Tribunal hizo frente al recurso de inconstitucionalidad contra una ley del Parlamento Vasco que establecía el derecho a decidir. Considerándose de modo sumario, que la autonomía no equivale a soberanía. Igualmente alude que toda consulta popular con apelación al cuerpo electoral mediante el voto supone un referéndum, sea o no consultivo.

electoral, mediante un procedimiento electoral y con garantías jurisdiccionales específicas. En sentido contrario, considera que las consultas populares no son referendarias, su objetivo último es recabar opinión a algún colectivo sobre asuntos públicos por cualquier procedimiento y sin cuerpo electoral. De esta manera, lo que resulta relevante a la hora de diferenciar consulta de referéndum, sería la finalidad.⁴⁸

Por ende, al hilo de determinar la existencia de un referéndum o consulta referendaria y así distinguirlo⁴⁹ de una consulta popular no referendaria, se considera cumulativa las exigencias expuestas por el TC: *a)* sujeto convocado (cuerpo electoral); *b)* objeto de la consulta; *c)* procedimiento electoral; *d)* garantías jurisdiccionales específicas. Pese la importancia de las mismas, por varios motivos, no resuelven siempre la dicotomía. Trascendiendo la finalidad de definir a las consultas populares como formas de democracia participativa, a diferencia del referéndum, como forma de democracia directa reglada constitucionalmente.⁵⁰

⁴⁸ “es el propósito fraudulento...de llevar a la votación popular un determinado asunto bajo el nombre de consulta popular, con la finalidad de eludir el cumplimiento de los requisitos legales del referéndum”. En Ibáñez Macías, A., “Los referendos regional y local en el Estado Autonomico. Sus bases y límites constitucionales”, *RVAP*, núm. 97, septiembre-diciembre, 2013, p. 100. “En ninguno de los Estatutos de Autonomía se establece la competencia autonómica en materia de referéndum, sino de consultas populares... plantearnos si estamos hablando de la misma institución”. En Pérez Alberdi, M. R., “La admisibilidad constitucional de un referéndum autonómico con base en la competencia estatutaria sobre consultas populares”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 104, mayo-agosto, 2015, p. 107.

⁴⁹ Resulta interesante, la delimitación en base a la conjunción de dos elementos propuesta por Carrasco Durán, M., *op. cit.*, pp. 18 y 19.

- a) Un elemento material, que considera que la previsión constitucional del referéndum es para las materias relativas a decisiones políticas de especial trascendencia (art. 92.1 CE), motivado por los intereses del Estado. Por lo tanto, una consulta de interés exclusivamente autonómico o local no sería una consulta popular referendaria.
- b) Un elemento formal, tras una lectura del art. 92.3 CE, compele a la consulta popular referendaria a una reserva de ley orgánica, en clara referencia, al ser un instrumento “que toma cuerpo el derecho de participación política reconocido en el art. 23.1 CE”.

⁵⁰ “Distinción entre formas de participación política, en la que se participa en cuanto ciudadano (*uti cives*), de las formas de participación administrativa... en la que se participa a título individual, en cuanto interesado en un

Por lo que denominar una participación de “consulta”, lo que en realidad es una forma de democracia directa con cuerpo electoral —referéndum—, conllevaría un fraude de ley y de la Constitución, anhelando evitar con ello la exigida autorización estatal de la convocatoria de un referéndum. En suma, las consultas estarían dentro de un marco jurídico de la democracia participativa, “cuyo fundamento hallamos en el mandato de carácter general dirigido a los poderes públicos de promover la participación en distintos ámbitos”.⁵¹

En lo concerniente a la habilitación de competencia exclusiva de las consultas populares en los Estatutos de Autonomía,⁵² la profesora Seijas Villadangos⁵³ sostiene que “dejando a salvo aquellos Estatutos de Autonomía que han previsto expresamente la necesidad de autorización estatal para la convocatoria de consultas populares, los restantes, respetando lo preceptuado en el artículo 149.1.18, bases del régimen estatutario de las Administraciones Públicas, pueden gestionar en su integridad la convocatoria de dichas consultas populares”. Por ende, desde los Estatutos de Autonomía de segunda generación se han incorporado recursos potenciadores de la participación popular, destacando la incorporación de las consultas populares —aunque algunos aparentan ser referéndums—. Por tanto, la realidad jurídica estatutaria ha planteado numerosos problemas para una distinción clarificadora entre referéndum y consultas populares.⁵⁴ A pesar que sabemos que las consultas populares son el género y el referéndum la especie. En síntesis, la generalidad y la indeterminación (cualquier procedimiento y opinión) provienen de manera inherente a las consultas populares no referendarias, en contraposición a los referéndums que están vinculados a consulta cuyo

procedimiento administrativo (*uti singuis*)”. En Ibáñez Macías, A., *op. cit.*, p. 101.

⁵¹ Seijas Villadangos, M. E., *op. cit.*, p. 142.

⁵² Algo desconcertante se produjo con la STC 31/2010, al considerar que la competencia del establecimiento y la regulación de los referendos correspondía al ámbito de las competencias del Estado; “sobre la base del art.149.1.32”. En Carrasco Durán, M., *op. cit.*, p. 14.

⁵³ Seijas Villadangos, M. E., *op. cit.*, p. 152.

⁵⁴ “La autorización del Estado tiene sentido en relación con consultas sobre asuntos de la competencia del propio Estado, no cuando la consulta versa sobre cuestiones de interés exclusivamente autonómico o local”. *Ibidem*, p. 34.

objeto se refiere al parecer del cuerpo electoral reconocido en el artículo 23 CE.

En suma, un debate académico en lo que refiere a la dicotomía referéndum-consulta popular más extenso, junto a sus incidencias en el marco competencial del Estado autonómico, puede favorecer a evitar “judicializar” consultas no referendarias que en realidad son referéndum, o a la inversa. Posicionarse por una democracia participativa requiere la introducción de instrumentos efectivos con anclaje constitucional, pese a que el TC no parece haber resuelto de manera cerrada el encaje de la participación directa en el estado descentralizado. Al hilo de las demandas sociales, hemos de considerar de modo favorable la entrada de mecanismos como son las consultas populares. Siendo correctivos necesarios frente a la democracia representativa, canalizada por los partidos políticos. Tras lo expuesto por la doctrina constitucional, podríamos afirmar que las consultas populares son manifestaciones participativas no imputables al cuerpo electoral, y, la asunción competencial en los estatutos de autonomía será viable sin una necesaria autorización reservada al Estado, como si sucede con el referéndum.

Conclusiones provisionales: al procurar aclarar la democracia participativa, hemos referido que bascula entre la representativa y la directa o semidirecta, procurando que la participación no se reduzca a la mera emisión del voto, pese a las importantes consecuencias que tiene en la democracia representativa. Bajo la premisa de igualdad política que engloba el concepto de representación de que todo ciudadano proponga y participe en los asuntos públicos, faculta el origen del propio avance de los instrumentos de democracia directa. Pues bien, se han ido generando prácticas o experiencias participativas alternativas, en especial en las entidades locales frente a esta clásica participación política promovida institucionalmente con el objetivo de la participación electoral. Entre estas nuevas formas de participación de los diferentes agentes de la sociedad promovidas por organismos públicos con nuevos procedimientos, hallamos a las consultas populares no referendarias.⁵⁵

⁵⁵ “El Tribunal Constitucional había considerado estas figuras participativas [...] podían incluirse en la categoría democracia participativa, distinta de las formas de democracia directa y semidirecta”. En Castella Andreu, J. M., *op. cit.*, p. 123.

Desde la base inicial que mencionamos al inicio del texto, el propio diccionario establece que consulta popular es sinónimo de referéndum, por ende, la doctrina jurídico-política debe concebir una delimitación y una definición independiente. Diferenciándolo del referéndum, y, así soslayar instrumentos con finalidades contrapuestas. En especial, acotando que la expresión “cualquier instrumento de consulta popular” no comprende al referéndum.⁵⁶ En la actualidad —con el anclaje constitucional y normativo—, la competencia exclusiva para el establecimiento del régimen jurídico, las modalidades, el procedimiento, la realización y la convocatoria de una consulta popular como instrumento participativo —no referendaria— en una comunidad autónoma o un municipio, debe ser todo aquello opuesto a lo recogido en el artículo 149.1.32 CE, pese a ser un precepto ambiguo.

Tras los parámetros del TC podemos considerar, en el caso del referéndum, que la participación en cuanto ciudadano esta expresado a través del sufragio electoral e orientado a un fin. En cambio, en lo concerniente a las consultas populares, se hace a título individual o como colectivo. No suponiendo —las consultas populares— un llamamiento al electorado para ratificación, sino más bien, instar a expresar opiniones que sirven de información a la Administración. De esta manera, desde la perspectiva de protección constitucional, el referéndum tendría su anclaje desde el contenido constitucional del derecho fundamental de participación directa de los asuntos públicos (art. 23.1 CE) y, en cambio, las consultas tendrían origen en el fomento de la participación por parte de los poderes públicos (art. 9.2 CE).

A diferencia de la clásica estructura de poder vertical de la legitimidad, la introducción de las consultas como instrumento de democracia participativa, permite una mayor rendición de cuentas hacia los poderes públicos. Siempre que los ciudadanos aseguremos el cometido de analizar la información para contrastarla de manera fiable, antes de tomar una decisión final. Lo que

⁵⁶ Como nos recuerda Castilla Andreu, J. M., *ibidem*, p. 585. En la STC 31/2015 se resaltan dos límites a tratar: 1) no se puede formular consultas que incidan sobre cuestiones fundamentales resueltas con el proceso constituyente; 2) el objeto de las consultas no puede desbordar el ámbito competencial.

permite una especie de contrapeso al poder y potencia la legitimidad democrática.

Las consultas populares no referendarias tendrían un anclaje constitucional, como hemos explicado, serían un genérico e indeterminado modo de participación, derivado del deseo y la necesidad de fomentar una democracia participativa como complementaria de la representativa. Todo ello, con claro enfoque a una evaluación de las políticas públicas, junto al avance de la transparencia y rendición de cuentas de los poderes públicos.

Aunque la eficacia jurídica de las consultas populares sería limitada, ya que como instrumento jurídico debe cumplir con el principio de igualdad e interdicción de la arbitrariedad. Al mismo tiempo, sus efectos es involucrar a la ciudadanía a la actividad de la administración pública. Y sus resultados no tienen carácter vinculante, aunque consideramos que si están implementadas competencialmente – pensemos estatutariamente en las CCAA – no exigirían autorización mediante convocatoria estatal.

A lo largo de este trabajo se ha defendido con argumentos una distinción entre consultas populares no referendarias y referendarias. Tras los mismos, cabe considerar una línea restrictiva, y algo oscilante, en la jurisprudencia del TC sobre la *utópica* realización de un referéndum autonómico. Asimismo, la reserva de ley orgánica contempladas en los artículos 81 y 92.3 CE, para regularizar las consultas populares referendarias en las CCAA, no ha sido recogida por la Ley Orgánica 2/1980, de 18 de enero, sobre regulación de las distintas modalidades de referéndum. Con estos parámetros, el artículo 149.1.32, más que facultar la realización del referéndum, parece ser una cláusula de seguridad para evitarlo. Si al final la facultad de autorización reside en el Estado y resultado limitado a ámbitos estrictos competenciales territoriales, ¿qué sentido tiene restringir su ejecución?

VI. BIBLIOGRAFÍA

- Aja, E., *Estado autonómico y reforma federal*, Madrid, Alianza, 2014.
- Bilbao Ubillos, J. M.; Rey Martínez, F.; y Vidal Zapatero, J. M. (eds.), *Lecciones de Derecho Constitucional I*, Cizur Menor, Aranzadi, 2018.

- Bobbio, N., *Estado, Gobierno y Sociedad. Por una teoría general de la política*, trad. de Fernández Santillán, J. F., México, FCE, 1989.
- , *El futuro de la democracia*, trad. de Fernández Santillán, J. F., México, FCE, 2001.
- Cano Bueso, J., *Cataluña en su laberinto*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.
- Carrasco Durán, M., “Referéndum versus consulta”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 160, abril-junio, 2013.
- Castellà Andreu, J. M., “Consultas populares no referendarias en Cataluña. ¿Es admisible constitucionalmente un *tertium genus* entre referéndum e instituciones de participación ciudadana?”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, XIV, 2013.
- , Tribunal Constitucional y proceso secesionista catalán: respuestas jurídico constitucionales a un conflicto político-constitucional, *Teoría y Realidad UNED*, núm. 37, 2016.
- Della Porta, D., *Democracias. Participación, deliberación y movimientos sociales*, trad. de Buey, F., Buenos Aires, Prometeo, 2018.
- De Miguel Bárcena, J., *Justicia constitucional y secesión. El caso del proceso soberanista catalán*, Madrid, Reus, 2019.
- García Pelayo, M., *El Estado de Partidos*, Madrid, Alianza, 1986.
- Garrorena Morales, A., *Representación política y Constitución democrática*, Madrid, Civitas, 1991.
- Güemes, C.; Resina, J.; y Cruz-Rubio, C., (eds.), *Participación ciudadana: experiencias inspiradoras en España*, Madrid, CEPC, 2018.
- Heywood, A., *Introducción a la teoría política*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.
- Ibáñez Macías, A., “Los referendos regional y local en el Estado Autonómico. Sus bases y límites constitucionales”, *RVAP*, núm. 97, septiembre-diciembre, 2013.
- Kelsen, H., *Esencia y valor de la democracia*, Granada, Comares, 2002.
- Oliver Araujo, J., “El referéndum en el sistema constitucional español”, *Revista de Derecho Político*, núm. 29, 1989.

- *et al.* (coords.), *El futuro territorial del estado español: ¿centralización, autonomía, federalismo o secesión?*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014.
- Pérez Alberdi, M. R., “La admisibilidad constitucional de un referéndum autonómico con base en la competencia estatutaria sobre consultas populares”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 104, mayo-agosto, 2015.
- Ramírez Nárdiz, A., *Democracia participativa. La democracia participativa como profundización en la democracia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.
- Ruiz Robledo, A., “Teoría y práctica del referéndum en el ordenamiento constitucional español”, en Saénz Royo, E.; y Contreras Casado, M., (ed.), *La participación política directa. Referéndum y consultas populares*, Zaragoza, Comuniter, 2013.
- Sartori, G., *¿Qué es la democracia?*, Barcelona, Taurus, 2014.
- Seijas Villadangos, M. E., “Referéndum y consultas populares en los nuevos estatutos de autonomía”, en Saénz Royo, E. y Contreras Casado, M. (eds.), *La participación política directa. Referéndum y consultas populares*, Zaragoza, Comuniter, 2013.
- Rodríguez, A., “Consultas populares voz”, en Balaguer Callejón, F.; Ortega Álvarez, L. I.; Cámara Villar, G.; y Montilla Martos, J. A. (eds.), *Reformas estatutarias y distribución de competencias*, Sevilla, INAP, 2007.
- Rousseau, J. J., *El contrato social*, Madrid, Akal, 2016.
- Solozábal Echavarría, J. J., *Pensamiento federal español y otros estudios autonómicos*, Madrid, Iustel, 2019.
- Torres del Moral A., “El problema catalán y el ser de España”, *Revista de Derecho Político UNED*, núm. 98, 2017.
- Zafra Víctor, M., “El concepto de representación política en la teoría de la democracia de Giovanni Sartori”, *Revista española de ciencia política*, núm. 39, 2015.

Jurisprudencia

STC 119/1995, de 17 de julio, *BOE*, núm. 200, de 22 de agosto de 1995.

STC 103/2008, de 11 de septiembre, *BOE*, núm. 245, de 10 de octubre de 2008.

STC 31/2010, de 28 de junio, *BOE*, núm. 172, de 16 de julio de 2010.

STC 31/2015, de 25 de febrero, *BOE*, núm. 64, de 16 de marzo de 2015.

STC 32/2015, de 25 de febrero, *BOE*, núm. 64, de 16 de marzo de 2015.

STC 138/2015, de 11 de junio, *BOE*, núm. 160, de 6 de julio de 2015.

Derecho al mínimo vital. Su alcance y cuantificación en el sistema jurídico mexicano

Fernando Manuel Castro Figueroa
México

Sumario: I. Introducción. II. Contenido. III. Conclusiones. IV. Bibliografía.

Resumen: El mínimo vital o mínimo existencial constituye un derecho humano, principalmente desarrollado a partir de la jurisprudencia y la doctrina internacional; en la actualidad existen múltiples disposiciones normativas en el ámbito internacional en las cuales se fundamenta este derecho primigenio para satisfacer las necesidades básicas e indispensables para la dignidad humana, no obstante el sistema jurídico mexicano carece de los mecanismos concretos y por ende justos para su cuantificación y tutela atendiendo a cada caso en concreto.

I. INTRODUCCIÓN

Entre los derechos sociales de prestación que reconocen las constituciones democráticas de los países de nuestro entorno, no es habitual encontrar el reconocimiento expreso del derecho a un mínimo vital o a unos recursos mínimos garantizados, del mismo modo que, con distinta justiciabilidad, sí se reconocen el derecho a la educación, al trabajo, a la seguridad social, a la protección de la salud, a la vivienda, etc. Aunque podemos encon-

trar el reconocimiento del derecho a un mínimo vital en algunas declaraciones internacionales, esto no es habitual en las constituciones nacionales.¹

En la actualidad, uno de los principales problemas que aquejan a nuestra sociedad es el relativo a la incapacidad de satisfacer las necesidades básicas tanto particulares como colectivas dentro del seno familiar, es decir, la tan latente y ancestral problema de la pobreza en nuestro país, tema del que siempre se habla, sobre todo en periodos pre electorales y del cual poco o mucho se pretende justificar qué se hace al respecto, a través de los programas de solidaridad social, los cuales si bien es cierto apoyan a los más necesitados de manera temporal, no solucionan por completo esta problemática social.

El tema que se pretende abordar en este trabajo es el análisis del derecho humano al mínimo vital, también denominado derecho humano al mínimo existencial o mínimo exento desde la óptica del derecho tributario, un derecho humano innominado en el ámbito del derecho internacional, ya que el mismo no se encuentra expresamente reconocido en diversos textos constitucionales estatales.

Asimismo, se busca identificar la importancia y necesidad de su regulación para la protección del patrimonio de los contribuyentes frente al procedimiento administrativo de ejecución realizado por la autoridad fiscal al momento de exigir el pago de las contribuciones omitidas.

II. CONTENIDO

1. ¿Qué es el derecho al mínimo vital?

A) Antecedentes

El origen remoto del derecho a un mínimo vital suele mencionarse la institución en Roma de la garantía de base. El concep-

¹ Carmona Cuenca, Encarna, *El derecho a un mínimo vital con especial referencia a la Constitución española de 1978*, Santiago, Instituto de Estudios Internacionales-Universidad de Chile, 2012, pp. 61 y 62.

to que entonces se utilizaba era el de “rentas de la ciudadanía”. Todos los ciudadanos tenían derecho a un mínimo de trigo y se trataba de un auténtico derecho y no de un don o de una simple libertad. Esta concepción desapareció en la edad media, pero en la edad moderna se desarrolló esta idea como un deber laico para con los indigentes.

En 1975, en Spennhamsland, se llevó a cabo el primer ensayo conocido de renta mínima en Europa, lo que terminó con la “Ley de Pobres” en 1839, pues consistía en conceder un mínimo de trigo por semana. En el siglo xx la idea se precisa: Inglaterra estableció un “dividendo social”; Francia propugnó un “mínimo social garantizado” para todo individuo desde el nacimiento a la muerte. En la actualidad las prestaciones asistenciales públicas se realizan fundamentalmente en el ámbito de la Seguridad Social y de la asistencia social.²

B) Conceptualización

Es un derecho fundamental ligado estrechamente a la dignidad humana, pues “constituye la porción de los ingresos del trabajador o pensionado que están destinados a la financiación de sus necesidades básicas, como son la alimentación, la vivienda, el vestido, el acceso a los servicios públicos domiciliarios, la recreación, la atención en salud, prerrogativas cuya titularidad es indispensable para hacer efectivo el derecho a la dignidad humana, valor fundante del ordenamiento jurídico constitucional”.³

Luis Jimena Quesada habla del “derecho a recursos mínimos garantizados”⁴ para referirse a la atención por el Estado de las necesidades básicas (alimentación, vivienda, salud, educación) que deben estar cubiertas por los servicios públicos de forma que

² Escobar Roca, Guillermo, *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*, México, Thomson Reuters, 2012, pp. 1578 y 1579.

³ Desconocido, *Diccionario Jurídico*, Mínimo Vital, La Voz del Derecho, <http://www.lavozdelderecho.com/index.php/actualidad-2/corrupt-5/item/4071-diccionario-juridico-minimo-vital>. P: 3/05/16. C: 3/09/18.

⁴ Jimena Quesada, Luis, *La Europa social y democrática de derecho*, Madrid, Dykinson, 1997.

lleguen a los sujetos que no estén en condiciones de proveerse por sí mismos de los recursos precisos. Sin embargo, esta concepción es muy amplia y con ella el derecho a un mínimo vital se solaparía con otros derechos sociales. El derecho a un mínimo vital se refiere más bien a la libre disposición de unos recursos económicos mínimos para hacer frente a las necesidades más perentorias del ser humano. Dejando aparte el caso de las personas que cuentan con suficientes medios propios para subsistir, estos recursos pueden provenir bien del pago de un salario a los trabajadores por cuenta ajena o bien de una cantidad periódica abonada por los poderes públicos a aquellos ciudadanos que no realizan un trabajo remunerado (desempleados, ancianos, enfermos, discapacitados, etcétera).⁵

C) Fundamentación

En el ámbito del Derecho Tributario, el mínimo vital requiere un análisis desde el principio de proporcionalidad. Este principio se contempla en el artículo 31, fracción IV, de la Constitución el cual dispone que la obligación de todo mexicano de contribuir a los gastos públicos, de la Federación, así como de la entidad federativa y municipio a que se pertenezca, tiene que ser de manera proporcional y equitativa dispongan las leyes.

El precepto señalado hace referencia a aportar al gasto público conforme al principio de proporcionalidad bajo el entendimiento de que “quien más tiene, más debe aportar”; esto es conforme a la capacidad contributiva.

En virtud de lo anterior, debe entenderse que las cargas fiscales deben fijarse de acuerdo con la facultad o capacidad de los individuos de pagar. No obstante, este argumento nos plantea una nueva interrogante ¿Cuándo se tiene capacidad para pagar, y qué tiene que ver la capacidad contributiva con el mínimo vital? La capacidad de pago, de manera general, implica una aptitud o potencialidad de pago que tienen todas las personas, llamada también capacidad económica, la cual comprende múltiples aspectos de la vida social y no solo fiscales.

⁵ *Ibidem*, p. 63.

La capacidad contributiva advierte una capacidad económica cualificada, que habilita a las personas a aportar una parte de sus ingresos a los gastos públicos en función de su respectiva capacidad contributiva, siempre y cuando el impuesto no lo prive de la satisfacción de un mínimo existencial personal y familiar para llevar a cabo una vida digna. De esta manera, el principio de capacidad contributiva legitima la prestación tributaria, habilitando su recaudación solamente hasta el límite de la propia capacidad contributiva del individuo.

Por tanto, como ha señalado la Suprema Corte de Justicia de la Nación,⁶ las personas cuyos niveles de ingreso o patrimonio apenas resultan suficientes para subsistir no deberían verse requeridas a aportar cantidad alguna a título de contribuciones. Esto se justifica pues contribuir solo agravaría la pobreza o precaria situación en que se encuentran, y esto no es la intención de una obligación fundada en un deber de solidaridad entre los gobernados.

En este sentido, aquellas personas que no cuentan con un nivel económico mínimo deben quedar al margen de la imposición. Esto es, los contribuyentes deben concurrir al financiamiento de las cargas públicas con arreglo a su capacidad contributiva, pero siempre en la medida y a partir de que ésta exceda un umbral o espectro mínimo que pueda considerarse idóneo para sufragar y realizar en el campo económico y social las exigencias colectivas regidas en la Constitución.

Así, el derecho al mínimo vital exige analizar si la persona que no dispone de los recursos materiales necesarios para subsistir digna y autónomamente puede ser relevada de determinadas cargas fiscales que agravarían su situación de precariedad, agravando aún más la pobreza en nuestro país.

En el orden constitucional mexicano, el derecho al “mínimo vital” o “mínimo existencial”, el cual ha sido concebido como un derecho fundamental que se apoya en los principios del Estado social de derecho, dignidad humana, solidaridad y protec-

⁶ Tesis 1a. X/2009, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXIX, enero de 2009, p. 547, de rubro: “DERECHO AL MÍNIMO VITAL. SU ALCANCE EN RELACIÓN CON EL PRINCIPIO DE GENERALIDAD TRIBUTARIA”.

ción de ciertos bienes constitucionales, cobra vigencia a partir de la interpretación sistemática de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, particularmente en sus artículos 1, 3, 4, 13, 25, 27, 31, fracción IV, y 123; aunado al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”, suscritos por México y constitutivos del bloque de constitucionalidad, y conformados por la satisfacción y protección de diversas prerrogativas que, en su conjunto o unidad, forman la base o punto de partida desde la cual el individuo cuenta con las condiciones mínimas para desarrollar un plan de vida autónomo y de participación activa en la vida democrática del Estado (educación, vivienda, salud, salario digno, seguridad social, medio ambiente, etcétera).

La intersección entre la potestad estatal y el entramado de derechos y libertades fundamentales, en su connotación de interdependientes e indivisibles, fija la determinación de un mínimo de subsistencia digna y autónoma constitucionalmente protegida, que es el universal para sujetos de la misma clase y con expectativas de progresividad en lo concerniente a prestaciones. Este parámetro constituye el derecho al mínimo vital, el cual coincide con las competencias, condiciones básicas y prestaciones sociales necesarias para que la persona pueda llevar una vida libre del temor y de las cargas de la miseria o de necesidades insatisfechas que limiten sus libertades, de tal manera que este derecho abarca todas las medidas positivas o negativas necesarias para evitar que la persona se vea inconstitucionalmente reducida en su valor intrínseco como ser humano, por no contar con las condiciones materiales que le permitan llevar una existencia digna.⁷

Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social (Numeral 3 del art. 23 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos [DUDH]).

⁷ Tribunales Colegiados de Circuito. Décima Época. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Libro XVII, febrero de 2013, p. 1345.

[...] Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial [— que no exclusivamente —], la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios [...] (art. 25 DUDH).

Toda persona tiene derecho a contar con unas “condiciones de existencia dignas [...]”, al igual que el derecho a “[...] un nivel de vida adecuado [...] y a una mejora continua de las condiciones de existencia [...]” (arts. 7 y 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)).

Toda persona tiene derecho a “[...] una remuneración que asegure como mínimo a todos los trabajadores condiciones de subsistencia digna y decorosa para ellos y sus familias [...]” (art. 7 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales [Protocolo de San Salvador]).

D) Cuantificación

El concepto de mínimo vital, de acuerdo con la jurisprudencia, debe ser evaluado desde un punto de vista desde de la satisfacción de las necesidades mínimas del individuo, por lo cual es necesario realizar una evaluación de las circunstancias de cada caso concreto, haciendo una valoración que se encamine más hacia lo cualitativo que a lo cuantitativo, verificándose que quien alega su vulneración tenga las posibilidades de disfrutar de la satisfacción de necesidades como la alimentación, el vestuario, la salud, la educación, la vivienda y la recreación, como mecanismos para hacer realidad su derecho a la dignidad humana.

A partir del 1 de diciembre del 2017, el *Salario Mínimo General* (SMG) en México aumento de 80.4 a 88.36 pesos. El aumento resultaba insuficiente, ya que de acuerdo con el *Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social* (CONEVAL), cada mexicano necesitaba de 94.06 pesos diarios para cubrir gastos de alimento, vivienda, transporte, vestido, educación, cultura y recreación. El expresidente, Enrique Peña Nieto, fue uno de los primeros en celebrar el aumento al salario mínimo, pues consideró que no se trataba de un ajuste menor. Peña Nieto señaló que su gobierno trabajó durante años para generar ese tipo de con-

diciones, que permitirían “trabajos dignos” para los mexicanos. Cinco años antes el SMG rondaba los 60 pesos, por lo que destacó la recuperación que tuvo, equivalente a un 20 por ciento. Por otra parte, la encuesta *Ingreso-Gasto de los Hogares en México* por el INEGI, y cuyos resultados fueron presentados en 2017, reveló que el promedio de gasto trimestral por hogar era de 28 mil 143 pesos, es decir, unos 9 mil 380 pesos mensuales, de los cuales 3 mil 300 pesos eran invertidos en alimentos, bebida y tabaco. El dinero restante se invertía en transporte, educación, vivienda y cuidados personales. Con el aumento a 88.36 pesos diarios, al mes daba un total de 2 mil 650 pesos, dinero insuficiente para cubrir tan solo el alimento de los hogares mexicanos.⁸

2. Alcances del derecho al mínimo vital

A) *Relación con el Principio de Generalidad Tributaria*

Conforme al principio de generalidad tributaria, cuando una persona reúne las condiciones relativas a la obligación de contribuir al gasto público, debe tributar sin importar cuál sea su sexo, nacionalidad, edad, naturaleza jurídica, categoría social o preferencia ideológica, entre otros criterios; sin embargo, afirmar que todas las personas deben contribuir no implica que no habrá excepciones, ya que la causa que legitima la obligación tributaria es la existencia de capacidad idónea para tal fin, parámetro que debe entenderse vinculado con lo que se ha denominado “mínimo vital” o “mínimo existencial”, y que se ha establecido en la de la Suprema Corte de Justicia de la Nación como una garantía fundada en la dignidad humana, configurada como el requerimiento de que los individuos tengan como punto de partida condiciones tales que les permitan desarrollar un plan de vida autónomo, a fin de facilitar que los gobernados participen activamente en la vida democrática.

En ese sentido, cuando el legislador reconoce un nivel de renta o patrimonio —o, de ser el caso, alguna definición de con-

⁸ Desconocido, Salario Mínimo sube a 88.36 pesos; pero canasta básica cuesta 94 pesos, Animal Político, <https://www.animalpolitico.com/2017/11/salario-minimo-aumento-canasta-basica/>. P: 21/11/17. C: 27/01/19.

sumo — que debe liberarse de la obligación tributaria, no se configura una excepción real al principio de generalidad, pues debe admitirse que las personas cuyos niveles de ingreso o patrimonio apenas resultan suficientes para subsistir no deberían verse conminadas a aportar cantidad alguna a título de contribuciones, pues ello solo agravaría su ya precaria situación, lo cual no es la intención de una obligación fundada en un deber de solidaridad entre los gobernados. Con base en lo anterior, puede afirmarse que la exclusión de la imposición al mínimo vital permite cumplir con el principio de generalidad, al posibilitar que todas las personas contribuyan al sostenimiento de los gastos públicos, excepto aquellas que, al no contar con un nivel económico mínimo, deben quedar al margen de la imposición.⁹

B) Alcance en el procedimiento jurídico de ejecución

El mínimo vital es un concepto jurídico indeterminado que exige confrontar la realidad con los valores y fines de los derechos sociales, siendo necesario realizar una evaluación de las circunstancias de cada caso concreto, pues a partir de tales elementos, es que su contenido se ve definido, al ser contextualizado con los hechos del caso; por consiguiente, al igual que todos los conceptos jurídicos indeterminados, requiere ser interpretado por el juzgador, tomando en consideración los elementos necesarios para su aplicación adecuada a casos particulares, por lo que debe estimarse que el concepto no se reduce a una perspectiva cuantitativa, sino que por el contrario, es cualitativa, toda vez que su contenido va en función de las condiciones particulares de cada persona, de esta manera cada gobernado tiene un mínimo vital diferente; esto es, el análisis de este derecho implica determinar, de manera casuística, en qué medida se vulnera por carecer de recursos materiales bajo las condiciones propias del caso.¹⁰

Tratándose de personas jurídicas, la observancia del derecho al mínimo vital en materia fiscal se realiza a través del cumpli-

⁹ García J., “Derecho al Mínimo Vital”, World Encyclopedia of Law, <https://mexico.leyderecho.org/derecho-al-minimo-vital/>. P. 3/04/14. C: 20/12/18.

¹⁰ Tribunales Colegiados de Circuito. Décima Época. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Libro XVII, febrero de 2013, p. 1345.

miento del principio de proporcionalidad tributaria, al momento en que se impone la carga al contribuyente, por lo que resulta inapropiada su extensión al procedimiento administrativo de ejecución, en tanto que éste se encuentra dirigido a hacer cumplir las obligaciones contenidas en el artículo 31, fracción IV, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, dado que su naturaleza jurídica prevé la sujeción del gobernado a su cumplimiento forzoso. Esto es, su aplicación en un procedimiento que tiene por objeto exigir el cumplimiento de obligaciones fiscales, desnaturalizaría su materia, pues se alentaría el incumplimiento de éstas, so pretexto de un derecho que debe ser observado por el legislador.¹¹

*C) Inactividad administrativa
en la protección de los derechos humanos*

En el sistema jurídico mexicano, el derecho al mínimo vital impone, en el marco de las obligaciones de actuación encomendadas a las Administraciones públicas, los deberes de promoción, fomento, protección y garantía de los derechos humanos. De este modo, el derecho al mínimo vital proporciona un parámetro de exigibilidad frente a la omisión de deberes de actuación administrativa.

La presente investigación busca analizar la inacción de las Administraciones frente a obligaciones impuestas en materia de salud, con el fin de distinguir entre los instrumentos jurídicos de actuación del derecho administrativo (actividad formal) y la actuación que transforma el entorno y la realidad de los administrados (actividad material). Se abordan luego criterios jurisprudenciales que sirven para identificar la inacción administrativa material y hacer exigibles derechos e intereses de grupos vulnerables.

Con la ayuda de un método dogmático formalista se examina la legislación en materia de salud, los criterios jurisprudenciales recientes para la protección de los derechos fundamentales y la

¹¹ 2009431. II.1o.9 A (10a.). Tribunales Colegiados de Circuito. Décima Época. *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Libro 19, junio de 2015, p. 2311.

doctrina más representativa en materia de inactividad administrativa.¹²

*D) Regulación del mínimo vital
en el plano internacional*

En Colombia, el derecho al mínimo vital ha sido desarrollado por la jurisprudencia constitucional como un aspecto de naturaleza fundamental relacionado con la dignidad humana y que es especialmente relevante cuando su titular es una persona de la tercera edad.

La situación de las personas de la tercera edad frente a la afectación al mínimo vital es especialmente relevante, pues en muchos casos su único ingreso consiste en la pensión que perciben luego de su retiro de la fuerza laboral, de manera que la afectación que se produzca sobre ella tiene, generalmente, un hondo impacto en las condiciones de vida del pensionado.

Debe reiterarse que bajo ninguna circunstancia puede un pensionado recibir una asignación inferior al 50% de la originalmente dispuesta por aplicación de descuentos, deducciones o embargos —así sean autorizados por el trabajador—, so pena de incurrir en la vulneración del derecho fundamental a la dignidad humana por desconocimiento del mínimo vital, protegido por las normas de orden público sobre inembargabilidad de la pensión o asignación de retiro.¹³

En el ámbito del Consejo de Europa, los derechos sociales de prestación están reconocidos esencialmente en la Carta Social Europea, aprobada en 1961 y revisada en 1996, en la que también encontramos la doble referencia a la que aludimos. En primer lugar, en el artículo 4 se reconoce el derecho de los trabajadores a una remuneración suficiente para asegurar a sí mismos y

¹² Pérez González, Edgar y Nettel Barrera, Alina, “El derecho al mínimo vital frente a la inactividad administrativa en la protección de los derechos humanos”, *Revista digital de Derecho Administrativo*, Universidad Externado de Colombia, núm. 19, 2018, pp. 317-337.

¹³ Sentencia t-581a/11 (julio 25), Mínimo vital de subsistencia, <https://www.cremil.gov.co/index.php?idcategoria=11482&download=Y>

a sus familias un nivel de vida “decoroso”. En segundo lugar, se reconocen también los derechos a la “asistencia social” (art. 13) y a los “beneficios de los servicios sociales” (art. 14). Con el primero, los Estados parte se comprometen a “velar por que toda persona que no disponga de recursos suficientes y no esté en condiciones de conseguir estos por sus propios medios o de recibirlos de otras fuentes, especialmente por vía de prestaciones de un régimen de seguridad social, pueda obtener una asistencia adecuada”.

En el mismo ámbito del Consejo de Europa, el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), aprobado en Roma en 1950, no contiene un reconocimiento expreso de los derechos sociales de prestación, puesto que es básicamente una declaración de derechos civiles y políticos. Sin embargo, existe alguna jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que ha deducido derechos sociales de determinados derechos de libertad reconocidos en el Convenio. Aunque el Convenio no reconoce expresamente el derecho a un mínimo vital, algunos autores consideran que este derecho podría deducirse de otros derechos garantizados, como el derecho a la vida (art. 2 CEDH), la prohibición de tratos inhumanos o degradantes (art. 3 CEDH) o el derecho a la libertad y seguridad, consideradas efectivas (art. 5 CEDH), entre otros.¹⁴

Por otra parte, el Consejo de Europa ha promovido o elaborado gran número de documentos no vinculantes que tienen que ver con la protección social y el derecho a un mínimo vital. Estos documentos están dirigidos a los Estados miembros para que adopten medidas a favor de los trabajadores migrantes y de los pobres. De ellos destaca la Recomendación 1196 (1992), de 7 de octubre de 1992, relativa a la extrema pobreza y a la exclusión social: hacia recursos mínimos garantizados, en la que se hace hincapié en la tensión entre los derechos humanos y la pobreza y en la imposibilidad fáctica de disfrute de estos derechos por las personas que se encuentran en la situación de extrema pobreza. En el marco de la Unión Europea el primer documento reseñable en que se reconocen derechos sociales es la Carta de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, aprobada el 9 de di-

¹⁴ Jimena Quesada, Luis, *op. cit.*

ciembre de 1989. Aunque esta Carta es de aceptación voluntaria por los Estados miembros, hay que destacar que ha inspirado varias Directivas sobre política social.

En ella se contiene la doble referencia a la satisfacción de las necesidades básicas del individuo, de forma similar a como lo hacen las Declaraciones de las Naciones Unidas.

El artículo 5 pretende garantizar a los trabajadores una remuneración equitativa, suficiente para proporcionarles un nivel de vida digno. Y el artículo 10 se refiere a la protección social, tanto para los trabajadores como para las personas que estén excluidas del mercado de trabajo y no dispongan de medios de subsistencia.

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada en Niza el 7 de diciembre de 2000, contiene un apartado denominado “Solidaridad” en el que se reconocen varios de los derechos denominados económicos y sociales. En el artículo 31 se consagra el derecho a unas «condiciones de trabajo justas y equitativas», aunque no se enuncia expresamente el derecho a un salario suficiente. Y en el artículo 34 se reconoce el derecho a las prestaciones de la seguridad social en caso de necesidad y el derecho a una ayuda social “para garantizar una existencia digna a todos aquellos que no dispongan de recursos suficientes”.¹⁵ El Tratado de Lisboa, que ha entrado en vigor el 1 de diciembre de 2009, modifica el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea (TUE) para incorporar una referencia a la Carta de los Derechos Fundamentales firmada en Niza en la que se afirma que esta “tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados”. También el TUE contiene algunas referencias a la lucha contra la pobreza. El artículo 3 TUE afirma en su apartado 3 que: “La Unión combatirá la exclusión social y la discriminación y fomentará la justicia y la protección sociales” y en su apartado 5 se fija como objetivo la “erradicación de la pobreza”. El Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) contiene varias referencias a la materia que nos ocupa. En el Título X, dedicado a la “Política Social”, el artículo 153 establece que la Unión apoyará la acción de los Estados para “la integración de las personas excluidas del mercado laboral” (apdo. h); para “la lucha contra la exclusión

¹⁵ Carmona Cuenca, Encarna, *op. cit.*, pp. 67 y 68.

social” (apdo. i) y para “la modernización de los sistemas de protección social” (apdo. k).¹⁶

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en 1948, reconoce el derecho al trabajo en su artículo 14 y añade: “Toda persona que trabaja tiene derecho de recibir una remuneración que, en relación con su capacidad y destreza, le asegure un nivel de vida conveniente para sí misma y su familia”. A su vez, la Convención Americana de Derechos Humanos, suscrita en San José (Costa Rica) en 1969, no contiene una declaración de derechos económicos y sociales, pero estos están incluidos en el Protocolo Adicional de San Salvador, firmado en 1988. En este Protocolo no existe un reconocimiento explícito de un «derecho a un mínimo vital» pero sí del derecho al trabajo, “el cual incluye la oportunidad de obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa” (art. 6) y también del derecho a la alimentación (“toda persona tiene derecho a una nutrición adecuada que le asegure la posibilidad de gozar del más alto nivel de desarrollo físico, emocional e intelectual” [art. 12]).¹⁷

En Argentina, el piso mínimo salarial, es determinado por *el Consejo Nacional del Empleo, la productividad y el Salario Mínimo, Vital y Móvil* teniendo en cuenta los datos de la situación socioeconómica, los objetivos del instituto y la razonabilidad de la adecuación entre ambos. A partir de 2003 se restaura el salario mínimo como instituto laboral y a partir de 2004, luego de 11 años de inactividad, el Gobierno convoca al *Consejo Nacional del Empleo, la productividad y el Salario Mínimo, Vital y Móvil* que remota su funcionamiento regulador en forma anual. En 2004, el valor final para los trabajadores mensualizados que cumplen la jornada legal completa de trabajo era de cuatrocientos cincuenta pesos argentinos, mientras que para el 1 de diciembre de 2018 era de once mil trescientos pesos argentinos.¹⁸

¹⁶ *Idem.*

¹⁷ *Ibidem*, p. 69.

¹⁸ Estudio Jurídico Vilaplana, Salario Mínimo Vital y Móvil, Estudio Vilaplana, Asistencia Legal, <http://www.estudiovilaplana.com.ar/salario-minimo/>. P: 20/12/18. C: 21/01/19.

III. CONCLUSIONES

En la actualidad son muchas las pequeñas y medianas empresas que a consecuencia de la generación de un crédito fiscal y sus respectivos accesorios como lo son las multas, recargados y actualizaciones, tienden a caer en la banca rota, es decir, tienden a cerrar o desaparecer en virtud del embargo y remate en el procedimiento administrativo de ejecución que ejercitan las autoridades fiscales, tales como lo son el Servicio de Administración Tributaria (SAT), el Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS) y el Instituto del Fondo Nacional para la Vivienda para los Trabajadores (INFONAVIT).

Si bien es cierto las obligaciones de los ciudadanos a contribuir al gasto público de manera proporcional y equitativa, así como la de realizar las aportaciones de seguridad social se encuentran establecidas por mandato constitucional en los artículos 31 fracción IV y en el 123, el hecho de que las autoridades fiscales tomen por cubierto el crédito por la sola clausura o cierre del negocio en los procedimientos es una situación que viene a perjudicar a la economía nacional, agravando la pobreza, en particular a la clase media que se encuentra cautiva del pago de impuesto y que históricamente es la que viene a sostener al país, frente a la verdadera evasión fiscal de las clases altas y de las personas en situación de pobreza extrema.

Es propuesta de su servidor, en primera generar una regulación específica al derecho humano al mínimo vital que determine y en su efecto, cuantifique con exactitud cuánto equivale el mínimo existencial de una persona física individual y aumento paulatino en virtud de su carácter de jefe de familia, ya que tal y como se desprende del presente trabajo, este derecho aparentemente abarcar el mínimo de subsistencia digno del jefe de familia y el de todos sus dependientes económicos.

Asimismo, el planteamiento de la posibilidad de incorporar específicamente a las personas morales, pequeñas y medianas empresas, ya que es lamentable que muchas de estas cierren sus puertas, despidan a sus empleados y por ende su sumen a las filas del desempleo frente a la incapacidad de pagar un crédito fiscal. Si bien es cierto que las autoridades fiscales deben velar por la correcta y eficaz recaudación de las obligaciones

fiscales con la finalidad de conformar el erario, no puede ser imperativo para la sociedad el hecho de cerrar y liquidar negocios con el fin de garantizar el cobro de este con sus respectivos accesorios, esto viene a agravar más la situación de pobreza en nuestro país.

IV. BIBLIOGRAFÍA

Carmona Cuenca, Encarna, *El derecho a un mínimo vital con especial referencia a la Constitución española de 1978*, Santiago, Instituto de Estudios Internacionales-Universidad de Chile, 2012.

Desconocido, Diccionario Jurídico: Mínimo Vital, La Voz del Derecho, <http://www.lavozdelderecho.com/index.php/actualidad-2/corrupt-5/item/4071-diccionario-juridico-minimo-vital>. P: 3/05/16. C: 3/09/18.

Desconocido, Salario Mínimo sube a 88.36 pesos; pero canasta básica cuesta 94 pesos, *Animal Político*, <https://www.animalpolitico.com/2017/11/salario-minimo-aumento-canasta-basica/>. P: 21/11/17. C: 27/01/19.

Escobar Roca, Guillermo, *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*, México, Thomson Reuters, 2012.

Estudio Jurídico Vilaplana, Salario Mínimo Vital y Móvil, Estudio Vilaplana, Asistencia Legal, <http://www.estudiovilaplana.com.ar/salario-minimo/>. P: 20/12/18. C: 21/01/19.

García, J., "Derecho al Mínimo Vital", World Encyclopedia of Law, <https://mexico.leyderecho.org/derecho-al-minimo-vital/>. P: 3/04/14. C: 20/12/18.

Jimena Quesada, Luis, *La Europa social y democrática de derecho*, Madrid, Dykinson, 1997.

Pérez González, Edgar y Nettel Barrera, Alina, "El derecho al mínimo vital frente a la inactividad administrativa en la protección de los derechos humanos", *Revista digital de Derecho Administrativo*, Universidad Externado de Colombia, núm. 19, 2018, pp. 317-337.

Jurisprudencia

Sentencia t-581a/11 (julio 25), Mínimo vital de subsistencia, <https://www.cremil.gov.co/index.php?idcategoria=11482&download=Y>

Tesis 1a. X/2009 Tesis 1a. X/2009, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXIX, enero de 2009, p. 547, de rubro: "DERECHO AL MÍNIMO VITAL. SU ALCANCE EN RELACIÓN CON EL PRINCIPIO DE GENERALIDAD TRIBUTARIA".

Tribunales Colegiados de Circuito. Décima Época. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Libro XVII, febrero de 2013, p. 1345.

Tribunales Colegiados de Circuito. Décima Época. *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Libro 19, junio de 2015, p. 2311.

Alcance de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: caso República Dominicana

Carmen Maribel Peralta Cuevas
República Dominicana

Sumario: I. Introducción. II. Entendiendo el caso dominicano. Sentencia n° 168/13 del Tribunal Constitucional de la República Dominicana. III. Posición del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en relación con el caso dominicano. IV. Apatridia. V. Instrumentos internacionales de protección de derechos humanos fundamentales. VI. Crisis en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. VII. Conclusiones. VIII. Bibliografía.

Resumen: República Dominicana ha sido objeto de demandas ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, organismo que condenó a ese país en materia del derecho fundamental a la nacionalidad, sin hacer examen imparcial de los instrumentos de protección y promoción de derechos humanos ni haber realizado una justa apreciación del derecho interno dominicano y haitiano, vulnerando el principio de separación de los poderes del Estado y la soberanía dominicana y sobrepasando así su ámbito de decisión.

I. INTRODUCCIÓN

Los movimientos migratorios irregulares y desordenados que vienen manifestándose en las Américas han sido causales de

intensa implementación de políticas migratorias, que van desde finalización de programas de protección (caso del *Temporary Protected Status* [TPS], en Estados Unidos), como la adopción de nuevos instrumentos de control migratorio (Brasil y Chile, en proceso). En El Caribe, Las Bahamas, Barbados, Surinam, Guyana Francesa y Trinidad y Tobago, por ejemplo, arreciaron los controles migratorios en sus territorios.

República Dominicana, receptora de cientos de miles de inmigrantes irregulares, decidió, por medio de sentencia emanada del Tribunal Constitucional (TC), esclarecer y definir el régimen migratorio existente, para su correcta implementación, a fin de que se determinara con claridad meridiana quiénes son dominicanos, así como regularizar y definir el estatus de los migrantes que allí se encuentren.

La migración irregular y desordenada tiene alcance global y unos Estados más que otros han visto comprometidas sus economías con la carga que representan las masivas comunidades de emigrantes ilegales. Tal es el caso dominicano, con una enorme población extranjera, predominantemente haitiana, desprovista de documento de identidad y, por ende, en condiciones de irregularidad, que impide que el crecimiento económico de ese país pueda reflejarse más equitativamente entre todos sus ciudadanos.

La decisión de “organizar la casa” ha sido objeto de los más duros ataques y sanciones de parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), órgano que pretende que ese Estado actúe de espaldas a su Constitución y a su soberano derecho de establecer el régimen de determinación de la nacionalidad, como se verá.

A través del análisis del dispositivo de la sentencia del TC y de los instrumentos de derecho internacional público y privado, así como las “recomendaciones” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), las posiciones al respecto de connotadas figuras del ejercicio diplomático y político, demostraremos la desacertada y errada posición del SIDH, entidad cuya imagen es actualmente objeto de críticas, pues sus decisiones son reiteradamente desacatadas, por considerarlas prejuiciadas, parcializadas y excesivas.

II. ENTENDIENDO EL CASO DOMINICANO. SENTENCIA N° 168-13 DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DOMINICANA

El Tribunal Constitucional de la República Dominicana (TC) emitió, en fecha 23 de septiembre de 2013, la sentencia n° 168-13, que organizó la política migratoria y definió el régimen de determinación de la nacionalidad en ese país.

Esta sentencia se produjo en razón de un recurso de revisión de amparo promovido por una mujer de ascendencia haitiana. El Tribunal decidió que, aunque haya nacido en territorio nacional, ella era hija de ciudadanos extranjeros en tránsito, lo cual la excluye de la posibilidad de adquirir la nacionalidad dominicana; sin embargo, tiene derecho a la nacionalidad haitiana, país de sus progenitores.

Con esta sentencia, el TC resolvió un serio problema que daba lugar a múltiples demandas y hostilidades internas y externas contra la República Dominicana, bajo el supuesto de que negaba la nacionalidad a determinados ciudadanos por alegadas razones discriminatorias en detrimento de sus derechos humanos. Esta sentencia dejó claramente establecido que a los hijos de padres extranjeros en tránsito en la República Dominicana no les corresponde la nacionalidad de ese país.

La sentencia establece que la nacionalidad dominicana puede ser adquirida por “todas las personas que nacen en territorio de la República, con excepción de los hijos legítimos de los extranjeros residentes en el país en representación diplomática o que estuvieran en tránsito”.

El TC apunta que el concepto de “extranjero en tránsito” figura en todas las constituciones dominicanas desde 1929. También cita legislaciones sucesivas y jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia que establece que “los extranjeros en tránsito” son aquellos que no tienen domicilio legal por carecer de permiso de residencia.¹

¹ Castellanos Khoury, J. P. (comp.), *La Sentencia 168-13. Antología de una defensa esencial*, Tribunal Constitucional de la República Dominicana, 2014. Esta obra consiste en una selección de editoriales y artículos sobre la sentencia 168/13TC y diversos asuntos suscitados en torno y a propósito de

En esta decisión se establece lo siguiente:

1. Que no tienen derecho a la nacionalidad dominicana las personas que nacieron en ese territorio, cuyos padres sean extranjeros en tránsito.²
2. Dispone la actualización de los datos del Registro Civil de los extranjeros inscritos en los libros de nacimiento y así consignar una lista con los extranjeros que fueron inscritos irregularmente por carecer de las condiciones requeridas por la Constitución dominicana. Además de eso, dispone la creación de libros-registro especiales anuales de nacimiento de extranjeros desde el 21 de junio de 1929 hasta el 18 de abril de 2007, fecha en la cual la Junta Central Electoral puso en vigor el Libro Registro de Nacimiento de Niñ(a) de Madre Extranjera No Residente en la República Dominicana y, después, transferir administrativamente los nacimientos que figurasen en la lista de extranjeros irregularmente inscritos en el Registro Civil de la República Dominicana a los libros registro de nacimiento de extranjeros, según el año que corresponda a cada uno de ellos y notificar todos los nacimientos transferidos al Ministerio de Relaciones Exteriores para hacer las notificaciones correspondientes, tanto a los interesados como a los consulados y/o embajadas o legaciones pertinentes.
3. Dispone la elaboración del Plan Nacional de Regularización de Extranjeros Ilegales radicados en ese país, con sus recomendaciones.
4. Exhorta al Poder Ejecutivo a proceder a la implementación del Plan Nacional de regularización de extranjeros ilegales radicados en el país.

La sentencia establece, en cuanto a la excepción de los hijos de padres extranjeros en tránsito, que esta disposición también existe en otras constituciones de Latinoamérica.

ella. Editorial citado: "Una Sentencia Necesaria", *Periódico El Caribe*, 26 de septiembre de 2013, pp. 47 y 48.

² Constitución dominicana (2015), tít. I, cap. V, De la Población, Secc. II, De la Nacionalidad, art. 18, Nacionalidad. Son considerados extranjeros en tránsito, todo extranjero o extranjera, definido como tal, según las leyes dominicanas.

La sentencia hace observaciones de derecho comparado respecto a esta excepción en la adquisición de la nacionalidad por la aplicación del *ius soli*, con la Constitución de la República de Colombia, la cual vincula la adquisición de la nacionalidad a la circunstancia de haber nacido en Colombia, siendo hijo de padre o madre colombiano, y para los hijos de ciudadanos extranjeros, que uno de los padres “estuviese domiciliado en la República de Colombia al momento del nacimiento.” La misma modalidad existe en el derecho a la nacionalidad en la República Dominicana.

La decisión del TC está basada en las “imprevisiones legales de la política migratoria dominicana y las decisiones institucionales y burocráticas del Registro Civil”.

En cuanto al Registro Civil, el TC expresa que bajo la realidad de las cifras del Registro Civil existe un sistema afectado por las instrumentaciones irregulares, falsificaciones, suplantaciones y adulteraciones de las actas del estado civil, además de las deficiencias en la conservación de los libros-registro (aunque actualmente se encuentran en un proceso avanzado de digitación).

En el caso de la denegación de la nacionalidad dominicana a los hijos de padres extranjeros en tránsito o a sus propios padres, según la sentencia, no constituye privación arbitraria del derecho a la nacionalidad, mas, por el contrario, un legítimo acto de soberanía, basado en la normativa constitucional sobre la materia.

El TC indica que la demora para solucionar las irregularidades existentes en los documentos de identidad afecta tanto a los procesos legales de los extranjeros radicados en la República Dominicana como a los propios dominicanos en las mismas circunstancias, por lo cual no se trata de política discriminatoria, sino simplemente de diferencia en el sistema.

La sentencia también trata el tema de la apatridia y expresa que, en relación con la condición de extranjeros en tránsito en el derecho dominicano, las personas que nacen en la República Dominicana, cuyos padres tuvieran ese estatus solo adquirirán la nacionalidad dominicana cuando no tuviesen derecho a otra nacionalidad, o sea, cuando devinieran en apátridas. Esta regla se fundamenta en las normas previstas en el artículo 1 de la Convención para reducir los casos de apatridia, en el artículo 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por la Re-

pública Dominicana, el 11 de junio del 1991 y en el artículo 24 del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos. Para el caso de los hijos de padres haitianos en tránsito, el TC destaca que en el artículo 11 de la Constitución de Haití de 1983 (aplicable al caso que dio origen a la sentencia), estipula expresamente que obtendrán la nacionalidad haitiana todos aquellos individuos que nacieran en el extranjero de padres y madres haitianos.³

III. POSICIÓN DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS EN RELACIÓN CON EL CASO DOMINICANO

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) intervino en el caso de la sentencia 168-13 del TC bajo el argumento de violación a los derechos humanos de los haitianos, discriminación racial y apatridia por parte del Gobierno dominicano.

En este contexto, la Comisión emitió su informe en los términos siguientes: “Este informe se presenta con la finalidad de analizar la situación de los derechos humanos a la nacionalidad, la personalidad jurídica, igualdad, no discriminación, así como otros derechos relacionados, a partir de la situación generada por la sentencia n° 168-13, del 23 de septiembre del 2013, por el TC de la República Dominicana”.

Según el informe, la sentencia 168-13 constituye una privación arbitraria de la nacionalidad,⁴ porque no son migrantes, son personas que nacieron en la República Dominicana cuando se aplicaba el principio del *ius soli*, o sea, que cuando alguien naciera en ese país, se le otorgaría la nacionalidad.

Conforme a la Comisión, bajo la sentencia existe un contexto discriminatorio estructural, principalmente basado en criterios raciales y étnicos contra personas de origen haitiano.

³ Franjul, M., *Trama contra la Soberanía*, Santo Domingo, Tribunal Constitucional de la República Dominicana, 2016, pp. 235 y 236.

⁴ CIDH, Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en la República Dominicana, 31 de diciembre de 2015, Resumen Ejecutivo, numeral 11, p. 15, <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/republicadominicana-2015.pdf>

En el informe, la Comisión interpreta que en su sentencia, el Tribunal estableció en 2012 que solo se consideran como nacionales las personas nacidas en territorio dominicano de padres dominicanos o residentes legales, con lo cual creó una situación de apatridia nunca conocida en América.

Sobre el particular, cabe resaltar que las personas son apátridas si no tuvieran derecho a otra nacionalidad y este no es el caso, ya que el Estado haitiano se acogió al principio *ius sanguinis* para la determinación de la nacionalidad y los hijos de haitianos son haitianos sin importar si nacieron en territorio haitiano o fuera de Haití.

Por otro lado, constituye una falsedad decir que el caso de la República Dominicana creó “una situación de apatridia nunca conocida en América”, debido a que aún no ha sido probado ningún caso de apatridia en la República Dominicana ni será probado para este caso, porque para que exista apatridia la Constitución haitiana tendría que establecer otras disposiciones diferentes a las actuales, las cuales han sido acogidas por muchos años.

La Comisión expresa que “a lo largo de los años, las autoridades en la República Dominicana han adoptado una serie de prácticas, normas y decisiones judiciales encaminadas a desnacionalizar las personas nacidas en ese país que son descendientes de migrantes haitianos”.

En este caso se trata de simple aplicación de la ley, la cual se aplica igual para todos. Los mismos requerimientos son exigidos para los hijos de nacionales como para los hijos de extranjeros.

Conforme el informe, el proceso de desnacionalización comenzó con la negativa de los funcionarios del Registro Civil de registrar el nacimiento de los hijos e hijas de migrantes haitianos nacidos en República Dominicana. Después fueron adoptadas normas y decisiones judiciales de los demás poderes del Estado dominicano.

El argumento esencial es que, al no contar con otra nacionalidad, este proceso implicó que decenas de miles de personas hayan devenido en apátridas en la República Dominicana. No existe apatridia cuando los padres transmiten su nacionalidad a sus hijos. En el caso específico de los hijos de haitianos, según el

artículo 11 de la Constitución de Haití, estos tienen derecho a la nacionalidad haitiana.

La Comisión refiere, en el informe, el caso de las niñas Yean y Bosico V., en el cual expresó que “la facultad de los Estados de determinación de la nacionalidad está limitada por el deber de prevenir, evitar y reducir la apatridia”.

Errada apreciación de los hechos y de la interpretación de la norma de la Convención, relativa al derecho a la nacionalidad. No existe apatridia cuando los hijos tienen derecho a la nacionalidad de sus padres, como en el caso en cuestión, en el que tienen derecho a la nacionalidad haitiana. Así también esa sentencia de la Corte IDH de 8 de septiembre de 2005 asumió el criterio de que “La condición del nacimiento en el territorio del Estado es la única a ser demostrada para la adquisición de la nacionalidad, en lo que se refiere a personas que no tendrían derecho a otra nacionalidad si no adquirieran la del Estado donde nacieron”.⁵

Efectivamente, para el caso de que no tuvieran derecho a otra nacionalidad, lo cual no es el presente caso.

En cuanto a la Corte IDH, esta entidad jurisdiccional del SIDH hace las siguientes “recomendaciones” a la República Dominicana:

1. Negación de la nacionalidad.- Dejar sin efecto toda norma que motive la negación de la nacionalidad a las personas nacidas en su territorio, así como garantizar el derecho a la nacionalidad a las personas que ya tengan ese derecho bajo el régimen interno vigente entre los años 1929 y 2010. Esta recomendación constituye una grave amenaza al principio de separación de poderes del Estado, toda vez que el poder ejecutivo no puede interferir en las decisiones del poder judicial ni actuar por encima de la Constitución de la República, lo cual constituiría una vulneración a su propia soberanía, además de que tal recomendación es improcedente e ilegal. Los Estados tienen el soberano derecho de establecer su régimen de derecho a determinación de la nacionalidad. A la vez, contraviene

⁵ Corte IDH, *Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*, sentencia 8 de septiembre de 2005, Serie C, núm. 130, párr. 156, inc. c.

las disposiciones de los instrumentos jurídicos internacionales y regionales de derechos humanos, adoptados por los Estados americanos, los cuales han establecido constitucionalmente sus regímenes de determinación de la nacionalidad.

2. Sentencia 168-13 y 169-14.- Evitar que la sentencia 168-13 y las disposiciones de los artículos 6, 8 y 11 de la Ley 169-14 continúen produciendo efectos jurídicos. Esta recomendación afectaría el Estado de derecho en la República Dominicana, además de que no tiene fundamento legal que la soporte.
3. Inscripción de nacimientos.- Regular un procedimiento de inscripción de nacimientos que sea accesible de modo que todas las personas nacidas en su territorio puedan ser inscritas. Disposición que traspasa el ámbito de decisión de la Corte IDH. República Dominicana, como Estado soberano, tiene derecho a establecer el régimen de determinación de la nacionalidad, con la única limitante concerniente a la apatridia.

República Dominicana, al igual que la mayoría de los Estados americanos, escogió la modalidad *ius soli* condicionado para otorgar la nacionalidad a las personas nacidas en su territorio, la cual no deriva en apatridia para los hijos de haitianos en condición de irregularidad nacidos en su territorio, quienes tienen derecho a la nacionalidad haitiana, sin importar dónde nazcan.

No existe argumento que sustente con validez jurídica esta recomendación, la cual contraviene todas las normas de derecho internacional americano público y privado,⁶

⁶ CADH, art. 20. Código de Derecho Internacional Privado (Código de Bustamante), herramienta jurídica de derecho internacional privado, iniciativa del jurista Antonio Sánchez de Bustamante, el cual fue firmado por 21 Estados americanos, incluidos Haití y República Dominicana, el 20 de febrero de 1928, en La Habana, Cuba. Establece en el lib. primero, Derecho Civil Internacional, tít. primero, de las Personas, cap. I, Nacionalidad y Naturalización, art. 9: “Cada Estado contratante aplicará su propio derecho a la determinación de la nacionalidad de origen de cada persona individual o jurídica y de su adquisición, pérdida o reintegración posteriores, que hayan sido realizadas dentro o fuera de sus territorios, cuando una de las nacionalidades sujetas a controversia sea la de dicho Estado [...]”, Código

que definen taxativamente el derecho de los Estados a establecer la modalidad de determinación de la nacionalidad. La República Dominicana se declara miembro de la comunidad internacional y, como tal, cumplidor de las normas de derecho internacional. En tal sentido, respeta las disposiciones contenidas en los instrumentos de derecho y su Constitución no restringe, en modo alguno, el derecho fundamental a la nacionalidad a los hijos de haitianos en condición de irregularidad nacidos en su territorio, debido a que estos, constitucionalmente, gozan del derecho a la nacionalidad haitiana.

4. Acciones afirmativas.- Adoptar acciones afirmativas para erradicar la discriminación racial y étnica y garantizar efectivamente los derechos humanos de las personas dominicanas afrodescendientes a la salud, educación, vivienda y trabajo.

La salud y la educación en República Dominicana son gratuitos, al alcance de todos, entre estos se incluye a la gran comunidad de haitianos que allí reside irregularmente y a otros tantos que cruzan la frontera a diario, a recibir estos servicios esenciales, que no están a su alcance en Haití. A tal punto de que hay quienes, inclusive, han expresado que los presupuestos de salud y educación de la República Dominicana están “haitianizados”.

Esta realidad fue certificada por el exembajador de la República de Haití ante la República Dominicana, señor Daniel Supplice,⁷ quien, en carta dirigida al expresidente de Haití, Michel Martelly, el 21 de julio de 2015, dos días después de haber sido separado de esa posición, expresó lo siguiente: “Decenas de mujeres y adolescentes de nacionalidad haitiana, todos los días, paren niños en los centros hospitalarios dominicanos; cuarenta y cuatro mil trescientos diez (44 310) jóvenes van a las universida-

de Derecho Internacional Privado (Código de Bustamante). Convención de Derecho Internacional Privado, La Habana, 20 de febrero de 1928, pp. 10 y 11, https://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3_ven_anexo3.pdf

⁷ Daniel Supplice. Sociólogo. Fue el Embajador de Haití ante República Dominicana por 92 días. Ha realizado una serie de pronunciamientos sobre la realidad haitiana y la causa de las masivas olas migratorias de ese país, predominantemente hacia la República Dominicana.

des estatales y centros universitarios privados sin olvidar aquellos que, viviendo en la frontera, van a las escuelas primarias y secundarias en territorio dominicano por la mañana y regresan por la noche a Haití [...]”.⁸

La labor del SIDH (Comisión y Corte) debe estar enfocada a la efectiva protección de los derechos humanos de las personas, comenzando desde dentro de sus propios territorios, en este caso, la protección de los derechos humanos de los ciudadanos haitianos en Haití, Pueblo que “ha sido víctima de su propia clase política y militar, con gobernantes indolentes e incapaces de proponer un plan de desarrollo que pueda sacar a ese país de la miseria y la indocumentalidad de sus ciudadanos, ya que es el único país del mundo que tiene un ochenta por ciento de su población indocumentada. Un país con una situación crítica que ha tocado fondo y un horizonte cada día más oscuro, en que miles de sus ciudadanos optan por migrar; cuyo éxodo migratorio ha superado el de Siria y ha sido poco estudiado por organismos internacionales, en cuanto a las causas y la diplomacia haitiana se ha destacado en victimizar internacionalmente a sus ciudadanos principalmente respecto a la República Dominicana, que ya tiene una pesada carga migratoria haitiana que ya rebasa el estándar permitido para cualquier país.” Según se pronunció nuevamente Suplice.⁹

IV. APATRIDIA

La figura de la apatridia fue institucionalizada sobre la base de instrumentos jurídicos universales y regionales de protección a los derechos fundamentales que, además, propugnan por la preservación del respeto al principio de separación de los poderes públicos, a la soberanía de los pueblos, a la supremacía de la Constitución y al principio de no intervención.

⁸ Suplice, D., “Carta de Daniel Suplice al presidente Martelly”, *Hoy Digital*, 24 de julio de 2015, <http://hoy.com.do/carta-de-daniel-suplice-al-presidente-martelly/>

⁹ Suplice, D., “El pueblo haitiano: más de doscientos años de miseria y explotación”, *Periódico dominicano El Día*, 20 de marzo de 2018, <https://eldia.com.do/el-pueblo-haitiano-mas-de-doscientos-anos-de-miseria-y-explotacion/>

Estas herramientas son la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) y la Carta de las Naciones Unidas, que sirvieron de fundamento a la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas.

V. INSTRUMENTOS INTERNACIONALES DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS FUNDAMENTALES

Veamos lo que estatuyen las herramientas jurídicas de derecho internacional orientadas a la protección y defensa de los derechos fundamentales de la persona, con enfoque en el derecho a la nacionalidad.

1. Declaración Universal de los Derechos Humanos

Este es un instrumento de derecho internacional público en el cual se establecen los derechos fundamentales del hombre. Esta importante pieza fue adoptada por ante los entonces 56 miembros de las Naciones Unidas, en el marco de la tercera Asamblea General, el 10 de diciembre de 1948, en París, con la abstención de Sudáfrica, Arabia Saudita y la Unión Soviética.¹⁰

Entre los derechos fundamentales conferidos a la persona humana mediante esta herramienta de derecho está el derecho a una nacionalidad (DUDH art. 15.1), el que se establece que “a nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiar de nacionalidad” (art. 15.2).

La Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, reconocidos por los representantes del pueblo francés, constituidos en Asamblea Nacional (“Declaración Derechos del Hombre y el Ciudadano”) fue el texto en el cual se inspiró la DUDH, de 1948.

En la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano se persigue el respeto a los actos del poder legislativo y del poder ejecutivo y el mantenimiento de la Constitución. Establece

¹⁰ DUDH, 1948, <https://www.humanium.org/es/derechos-humanos-1948/>

que en la Nación es que reside el principio de toda soberanía, que ningún cuerpo ni ningún individuo pueden ejercer autoridad alguna que no emane expresamente de ella (art. 3 de la Declaración). Consagra también que “una sociedad en la que no esté establecida la garantía de los Derechos, ni determinada la separación de los Poderes, carece de Constitución” (art. 16 de la Declaración).

2. Carta de las Naciones Unidas

Son propósitos de las Naciones Unidas mantener la paz y la seguridad internacionales y fomentar entre las naciones relaciones de amistad basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, entre otros.¹¹

Esos propósitos se implementarán de acuerdo con principios como el de la igualdad soberana de todos sus Miembros.

3. Convención sobre el Estatuto de los Apátridas

Tomando como base el principio de protección de los derechos y libertades fundamentales de los seres humanos, se adoptó la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas, el cual define con esta denominación de “apátrida” a “toda persona que no sea considerada como nacional suyo por ningún Estado, conforme su legislación” (art. 1).¹²

4. Convención para Reducir los Casos de Apatridia

Como complemento a la Convención sobre el Estatuto de Apatridia, surgió la Convención para Reducir los Casos de Apatridia. Mediante esta herramienta se establecen condicionantes a

¹¹ Carta de las Naciones Unidas, http://www.oas.org/36AG/espanol/doc_referencia/Carta_NU.pdf

¹² Convención sobre el Estatuto de Apatridia, <https://www.acnur.org/5b43cea54.pdf>

los Estados al establecer el régimen de nacionalidad, a los fines de evitar la apatridia.

En ese tenor, el artículo 1.1 de la Convención establece que los Estados suscriptores deben conceder su nacionalidad a la persona nacida en su territorio que de otro modo sería apátrida.¹³ Esto es, si el Estado al cual le correspondería otorgarla no la concediera en su legislación o si fuera hijo de apátridas.

5. Convención Americana sobre Derechos Humanos

En consonancia con estas convenciones relativas a la apatridia, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) consagra como un derecho civil y político de las personas el derecho a la nacionalidad (art. 20), y dispone que “toda persona tiene derecho a una nacionalidad. Toda persona tiene derecho a la nacionalidad del Estado en cuyo territorio nació si no tiene derecho a otra [...]”.

Esta es la reafirmación de lo establecido en los instrumentos internacionales antes citados y consagrados en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, cuyos principios se fundamentan en la protección y el respeto de los derechos esenciales del hombre.

6. Derechos consagrados en el Código de Bustamante o Código Internacional Privado

Este instrumento versa sobre los derechos civiles y garantías que les asisten a los extranjeros que pertenezcan a cualquiera de los Estados contratantes, en el territorio de los demás.

De esta forma se consagra como derecho de la persona el derecho a la nacionalidad y naturalización. El artículo 9 del Código establece que “cada Estado contratante aplicará su propio derecho a la determinación de la nacionalidad de origen de toda

¹³ Convención para Reducir los Casos de Apatridia, <https://static1.squarespace.com/static/55eb3459e4b021abebfec2bd/t/57b1e43bb8a79b545718cdd8/1471276092167/Convenci%C3%B3n+1961.pdf>

persona individual o jurídica y de su adquisición, pérdida o reintegración posteriores, que se hayan realizado dentro o fuera de su territorio, cuando una de las nacionalidades sujetas a controversia sea la de dicho Estado [...]”.

Este Código fue aprobado por Perú, Uruguay, Panamá, Ecuador, México, El Salvador, Guatemala, Nicaragua, Bolivia, Venezuela, Colombia, Honduras, Costa Rica, Chile, Brasil, Argentina, Paraguay, Haití, República Dominicana, Estados Unidos de América y Cuba.¹⁴

La apatridia está íntimamente ligada al derecho de nacionalidad. La determinación de la nacionalidad tiene como limitante que la persona no devenga en apátrida, para los Estados suscriptores de los instrumentos internacionales sobre apatridia.

No obstante, en el ejercicio pleno de la soberanía, los Estados pueden establecer sus normas que rijan la manera en que se determinará la nacionalidad de las personas nacidas en sus territorios.

Existen casos de apatridia al presentarse situaciones en las cuales colidan las legislaciones internas de los países emisores y receptores de los migrantes, debido a que estos últimos niegan la nacionalidad a las personas cuyos padres no son originarios de los Estados donde nacieron sus hijos, o que los padres de la persona nacida en sus territorios no se encuentren unidas bajo el régimen del matrimonio y otras causales, consagradas en sus constituciones.

Sin embargo, hay casos de países que comparten un flujo migratorio constante, donde uno es receptor predominante y el otro es emisor habitual y no se presenta la figura de la apatridia, porque sus constituciones establecen regímenes de determinación de la nacionalidad que no se contraponen uno con el otro, es decir, si a la persona nacida en un territorio ajeno al de sus progenitores, la legislación del país de procedencia de sus padres otorga la nacionalidad a los hijos de sus nacionales, aun naciendo fuera de su territorio. Tal es el caso de la República Dominicana y la República de Haití.

¹⁴ Código de Derecho Internacional Privado (Código de Bustamante). https://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3_ven_anexo3.pdf

VI. CRISIS EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

Desde hace más de una década se habla de “recuperar la confianza en el Sistema”,¹⁵ buscando las causas de la crisis y la vía de restablecer la credibilidad en las resoluciones emanadas de la Corte y el cumplimiento de las decisiones, a veces desacatadas por los Estados.

A ese respecto, el doctor Leonel Fernández (en su artículo “¿Un modelo en crisis? Sistema Interamericano de Derechos Humanos”)¹⁶ destaca la crisis económica que atraviesa ese órgano, con la significativa reducción de los aportes económicos de los Estados que la integran, lo cual afecta sensiblemente su capacidad de funcionamiento.

Pero además de la crisis económica —destaca Fernández—, está el “deterioro progresivo de la confianza de los Estados miembros de la OEA en sus instituciones defensoras de los derechos humanos.”

Pone como ejemplo las “decisiones desafortunadas” de la Corte IDH, en las que se percibe “falta de imparcialidad, inocultable prejuicio, desconocimiento elemental de los hechos y extralimitación en sus decisiones”.

En cuanto a la CIDH —sigue diciendo Fernández—, esta “se ha negado a reconocer los esfuerzos económicos, institucionales y humanos realizados por nuestra nación, acusándonos de violar los derechos humanos a través de un supuesto racismo estructural.”

Cita a Bolivia, cuyo gobierno anunció su intención de renunciar a la jurisdicción contenciosa de la Corte IDH por entender

¹⁵ Espósito, C., “Panel sobre la crisis del Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, *Aquiescencia*, Blog de derecho internacional de Carlos Espósito, 5 de abril de 2013, <https://aquiescencia.net/2013/04/05/panel-sobre-la-tesis-del-sistema-interamericano-de-derechos-humanos/>

¹⁶ Fernández, L. (abogado, catedrático universitario, político, expresidente de la República Dominicana, magistratura que ejerció en tres periodos constitucionales, 1996, 2004 y 2008), “¿Un modelo en crisis? Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, 13 de junio de 2016, <https://leonelfernandez.com/articulos/un-modelo-en-tesis-sistema-interamericano-de-derechos-humanos/>

que no actúa con independencia y que sus decisiones no corresponden con los principios de justicia.

También pone el ejemplo de Ecuador, con alrededor de 40 procesos abiertos en 4 años por la CIDH, que han motivado la inobservancia y crítica abierta por parte del gobierno ecuatoriano al SIDH.

Refiere que en México (marzo 2016), el Gobierno acusó a la CIDH de “mostrar un notable sesgo en sus informes, los cuales no reflejan la realidad del territorio, y desconocen los esfuerzos que el Estado ha hecho por lograr ciertas mejoras.”

Fernández (2016) sostiene que en reciente sesión del Consejo Permanente de la OEA, “México, Argentina, Chile y Guatemala trajeron a colación su insatisfacción con el trabajo de la Comisión, cuestionando si quizás la falta de voluntad de los Estados de hacer aportes monetarios responde a la falta de transparencia, eficacia o imparcialidad del organismo regional.”

El embajador mexicano fue más contundente, al afirmar que: “se debe combatir toda imagen o percepción, correcta o incorrecta, de parcialidad o de politización de algunos de los casos de la Comisión”.

Tanto respecto a la sentencia n° 168-13 como en el caso *Yean y Bosico V.*,¹⁷ la Corte IDH incurrió en el mismo error de interpretación y aplicación de la norma jurídica de derecho internacional, relativa a la nacionalidad.

Este órgano contencioso del Sistema interpreta que República Dominicana debe otorgar la nacionalidad a todo aquel que nazca en su territorio, por implementación del *ius soli*, sin importar las excepciones constitucionales alegadas por el Estado dominicano, las cuales no chocan con la norma que establece la apatridia, figura jurídica consagrada en varios instrumentos internacionales, que tampoco fue tomada en cuenta como base para estudio de las demandas contra el Estado dominicano.

La Convención sobre el Estatuto de los Apátridas limita el derecho de los Estados a conceder la nacionalidad, es cierto, pero

¹⁷ Corte IDH, Ficha Técnica *Caso Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*, http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=289&lang=es

esta limitante es para los casos en los cuales no se tuviera derecho a otra; por lo que el SIDH no realizó un examen de las constituciones de los países involucrados (República Dominicana y Haití), en lo que respecta al derecho a la nacionalidad.

Basta con solo una mirada al artículo 18 de la Constitución dominicana y al artículo 11 de la Constitución haitiana, para colegir que es imposible la apatridia para el caso que nos ocupa, o sea, se compromete la imparcialidad en las decisiones emanadas por la Corte IDH y en los informes de la CIDH, con tales recomendaciones y posicionamientos, que devienen en erróneos, prejuiciados, sospechosos y excesivos (recordemos que la resolución de la Corte IDH sobre la sentencia 168-13 dispone más allá de su ámbito de derecho, con recomendaciones que vulneran la soberanía de la nación dominicana y el principio de separación e independencia de los poderes del Estado).

El alcance de las decisiones de la Corte IDH y las conclusiones arribadas en los informes de la CIDH, tanto para los casos que involucran a la República Dominicana como a otros Estados de la región, así como el no cumplimiento de las Resoluciones de la Corte IDH, dan lugar a pensar que algo no está bien dentro del Sistema Interamericano.

VII. CONCLUSIONES

República Dominicana, en varias ocasiones, ha sido objeto de demandas por ante el SIDH, organismo que ha condenado a ese país en materia del derecho fundamental a la nacionalidad.

En 2013, el TC evacuó una sentencia relativa a la nacionalidad, que generó una reacción mediática negativa, por cuanto fue atacada de violatoria de ese derecho fundamental, afectando predominantemente a las personas de origen haitiano y República Dominicana acusada de sumir en la apatridia a miles de personas y dar trato inhumano y xenófobo a los haitianos.

La CIDH generó un informe negativo y la Corte IDH emitió una resolución condenatoria, que ordenó al Poder Ejecutivo lo imposible, como desconocer la disposición del TC, así como la variación de la modalidad de determinación de la nacionalidad

hacia las personas nacidas en territorio dominicano, para asumir el *ius soli* sin ningún tipo de excepciones.

La Corte IDH desconoció el artículo 20.2 de la CADH, que consagra el derecho a la nacionalidad: “Toda persona tiene derecho a la nacionalidad del Estado en cuyo territorio nació si no tiene derecho a otra.” Igualmente desconoció el artículo 1 de la Convención sobre el Estatuto de Apátrida, que establece: “Apátrida es toda persona que no sea considerada como nacional suyo por ningún Estado, conforme su legislación.” Y que la Constitución haitiana adoptó la modalidad del *ius sanguinis* para los hijos de sus ciudadanos nacidos fuera de su territorio (art. 11); por lo cual no se pueden considerar apátridas a los hijos de ciudadanos haitianos que se encuentren en situación de irregularidad migratoria, nacidos en territorio dominicano.

La Corte IDH desbordó sus límites. Sin embargo, República Dominicana ni modificó el régimen de determinación de la nacionalidad ni desató lo dispuesto en la sentencia n° 168/13 del TC, todo lo cual es evidencia más que suficiente de la crisis de credibilidad en la cual se encuentra sumida el SIDH, generador de decisiones que suelen no ser implementadas, por descabelladas e infundadas.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

Castellanos Khoury, J. P. (comp.), *La Sentencia 168-13. Antología de una defensa esencial*, Tribunal Constitucional de la República Dominicana, 2014. Editorial citado: “Una Sentencia Necesaria”, *Periódico El Caribe*, 26 de septiembre de 2013.

CIDH, Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en la República Dominicana, 31 diciembre de 2015, Resumen Ejecutivo, <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/republica-dominicana-2015.pdf>

Corte IDH, Ficha Técnica *Caso Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*, http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=289&lang=es

Espósito, C., “Panel sobre la crisis del Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, *Aquiescencia, Blog de derecho internacio-*

nal de Carlos Espósito, 5 de abril de 2013, <https://aquiencia.net/2013/04/05/panel-sobre-la-crisis-del-sistema-interamericano-de-derechos-humano/>

Fernández, L., “¿Un modelo en crisis? Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, 13 de junio de 2016, <https://leonelfernandez.com/articulos/un-modelo-en-crisis-sistema-interamericano-de-derechos-humanos/>

Franjul, M., *Trama contra la Soberanía*, Santo Domingo, Tribunal Constitucional de la República Dominicana, 2016.

Supplice, D., “Carta de Daniel Supplice al Presidente Martelly”, *Hoy Digital*, 24 julio de 2015, <http://hoy.com.do/carta-de-daniel-supplice-al-presidente-martelly/>

—, “El Pueblo haitiano: Más de doscientos años de miseria y explotación”, *Periódico dominicano El Día*, 20 de marzo de 2018, <https://eldia.com.do/el-pueblo-haitiano-mas-de-doscientos-anos-de-miseria-y-explotacion/>

Justicia social, fiscal y tributaria en una Constitución económica dolarizada: aplicación de principios constitucionales en Ecuador

Marcos Villanueva Andrade
Ecuador

Sumario: I. Introducción. II. Constitución económica, fiscalidad y principios constitucionales. III. Justicia social, fiscal y tributaria. IV. Reforma tributaria, deuda pública, déficit fiscal y convenio de Ecuador con el FMI. V. Anuncio de medidas económicas del Gobierno en 2019. VI. Aplicación de principios constitucionales en las decisiones económicas del Estado ecuatoriano. VII Conclusiones. VIII. Bibliografía.

Resumen: La Constitución de Ecuador tiene una gran cantidad de principios, cuya correcta aplicación permite el establecimiento de decisiones gubernamentales, enmarcadas en el principio integrador de justicia constitucional. Por ende, los gobiernos ecuatorianos deben tener muy en claro cuáles son estos principios, de tal forma que cualquier ajuste económico que se realice no afecte a los sectores más vulnerables.

I. INTRODUCCIÓN

Ecuador es un país sudamericano que adoptó el dólar como moneda de curso legal en 2000, luego de una grave crisis económica y financiera, que ocurrió a finales de la década de 1990, por lo cual perdió el señoreaje.

Durante el periodo de gobierno 2007-2017, en 2008, se creó la vigésima Constitución de la República del Ecuador. La Constitución de Montecristi, de 2008,¹ presenta una gran cantidad de nuevos aspectos económicos, sociales, financieros y tributarios. La vigésima carta magna ecuatoriana, establece una gran cantidad de principios. De igual manera, en este periodo, se realizó una gran cantidad de reformas económicas, financieras y tributarias.

El nuevo Gobierno electo, a partir de 2017, asume un país con un alto nivel de endeudamiento y de déficit fiscal.

En febrero de 2019, el Gobierno actual firma un acuerdo con el Fondo Monetario Internacional (FMI) por un crédito total de 10 200 millones de dólares, que será entregado en un plazo de tres años. Este acuerdo supone que Ecuador realice determinados ajustes, que le permita mejorar sus ingresos públicos, disminuir los gastos innecesarios, fortalecer la dolarización y atraer inversiones.

El 2 de octubre de 2019, el Gobierno publica el Decreto 883 que elimina los subsidios y libera oficialmente los precios de los combustibles,² pero también anuncia una reforma tributaria, que implica la creación de nuevos impuestos.

Esta eliminación del subsidio del diésel y de la gasolina, conocida como extra, ocasiona una gran movilización del sector indígena, que da como resultado un gran paro nacional y que el Gobierno decreta el estado de excepción, en todo el territorio ecuatoriano. Luego de 12 días, el Gobierno se reúne con el sector indígena y deroga el Decreto 883, presentando el Decreto 894, que establece la focalización y/o eliminación de subsidios a los combustibles, así como una nueva reforma tributaria, para ser presentada a la Asamblea Nacional.

El objeto del presente estudio es analizar los principales aspectos sobre justicia social, fiscal y tributaria, contenidos en la

¹ En Ecuador, la vigésima Constitución es conocida como la Constitución de Montecristi de 2008.

² Diésel y gasolina extra. Es importante indicar que el Gobierno ya había eliminado el subsidio de la gasolina, conocida como súper, que tiene menor contenido de plomo.

Constitución ecuatoriana de 2008, y establecer cuáles fueron los principios constitucionales que aplicó el Gobierno actual, para el establecimiento de los ajustes económicos, y de las reformas tributarias, contenidos en el Decreto 883 y en el Decreto 894.

El presente estudio se justifica debido a que muestra la importancia de la justicia y de la aplicación de principios constitucionales, en la toma de decisiones económicas por parte de la función ejecutiva.

El objetivo principal de la investigación es analizar a la justicia como un principio constitucional integrador, que incorpora a otros principios, por ejemplo, económicos, sociales, financieros, fiscales y tributarios. Todo esto basado en la Constitución, que establece que Ecuador es un Estado de derecho y de justicia,³ y en que el sistema económico ecuatoriano es social y solidario.⁴

Para la realización de la presente investigación se hizo un análisis jurídico de los principios constitucionales establecidos en la Constitución de la República del Ecuador de 2008, así como también un análisis jurídico de las reformas tributarias establecidas en los Decretos 883, 894 y en el proyecto de Ley de Crecimiento Económico. Adicionalmente, se realizó un análisis económico de la deuda pública, interna y externa, y del déficit fiscal.

Una de las conclusiones principales que se ha obtenido es que cualquier ajuste que realice un Gobierno debe estar enmarcado en el principio de justicia integral (económica, social, fiscal, tributaria, financiera), ya que cualquier decisión económica, que podría afectar a los sectores más vulnerables, podría ocasionar reacciones violentas y agresivas, cuyos resultados, no solo pueden ser daños económicos, sino también la pérdida de vidas humanas, que son irreparables. La focalización, sectorización, medidas graduales y la socialización oportuna son muy importantes en la aplicación de ajustes económicos. De ahí la importancia de los principios de justicia financiera, como son los de capacidad económica, igualdad y progresividad.

³ Constitución de la República del Ecuador de 2008, art. 1.

⁴ *Ibidem*, art. 383.

II. CONSTITUCIÓN ECONÓMICA, FISCALIDAD CONSTITUCIONAL Y PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

Para sostener el Estado de bienestar en un país se requieren los ingresos tributarios.⁵ Por ende, es necesario analizar cómo se encuentra articulado el marco tributario y financiero de un país. Y es por esto que se requiere conocer cómo está configurada la relación entre el sistema tributario y el gasto público, con la distribución de la renta y la riqueza.⁶ Esto para determinar si existe desigualdad económica.

En el artículo 11, numeral 6 de la Constitución de la República del Ecuador se establece que los principios y derechos tienen igual jerarquía.

En el artículo 32, en su segundo párrafo, se establece que “La prestación de los servicios de salud se regirá por los principios de equidad, universalidad, solidaridad, interculturalidad, calidad, eficiencia, eficacia, precaución y bioética, con enfoque de género y generacional”.

En el artículo 34 se establece que “la Seguridad social se regirá por los principios de solidaridad, obligatoriedad, universalidad, equidad, eficiencia, subsidiaridad, suficiencia, transparencia y participación, para la atención de las necesidades individuales y colectivas”.

En el artículo 135 se establece que “Solo la Presidenta o Presidente de la República podrá presentar proyectos de ley que creen, modifiquen o supriman impuestos, aumenten el gasto público o modifiquen la división político administrativa del país”. De ahí la importancia de la aplicación de principios constitucionales en la creación y presentación de proyectos de impuestos, por parte del presidente o presidenta.

En el artículo 164 se establece que “El Estado de excepción observará los principios de necesidad, proporcionalidad, legalidad, temporalidad, territorialidad y razonabilidad.

⁵ Albarrán, Jenaro, “Principio de justicia financiera”, *El País*, 27 de octubre de 2018, https://elpais.com/elpais/2018/10/26/opinion/1540567258_567014.html

⁶ Luque de Haro, Víctor, “La desigualdad económica y la justicia financiera y tributaria”, *Libre pensamiento*, núm. 87, verano de 2016, pp. 66 y 77.

En el artículo 172 se establece que “Las servidoras y servidores judiciales aplicarán el principio de la debida diligencia”.

El artículo 173 establece que “Los actos administrativos de cualquier autoridad de estado pueden ser impugnados, tanto en la vía administrativa como en la vía judicial”. Este artículo establece el principio de Impugnación de los actos administrativos.

En el artículo 188 se establece la aplicación del principio de unidad jurisdiccional.⁷

En el artículo 227 se establece que “La administración pública constituye un servicio a la colectividad que se rige por los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación”.

En el artículo 270 establece que “Los gobiernos autónomos descentralizados generarán sus propios recursos financieros y participarán de las rentas del Estado, de conformidad con los principios de subsidiariedad, solidaridad y equidad”.

El artículo 285 de la Constitución de la República del Ecuador establece que la política fiscal tendrá como objetivo la redistribución del ingreso por medio de transferencias, tributos y subsidios adecuados.⁸ El numeral 3 de este mismo artículo establece que otro de los objetivos de la política fiscal es “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 Gobierno actual se basa, principalmente, en la reforma tributaria del proyecto de Ley de Crecimiento Económico, y el Decreto 894, en este artículo constitucional. De ahí el hecho que quiere focalizar y/o eliminar los subsidios de los combustibles, así como la extensa reforma arancelaria que ha realizado, en muchos de los sectores productivos.

El artículo 286 de la Constitución de la República del Ecuador establece la regla de política fiscal, que indica que los ingresos

⁷ Ello significa que los miembros de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional serán juzgados por la justicia ordinaria.

⁸ Constitución de la República del Ecuador de 2008, art. 285, numeral 2.

permanentes⁹ financiarán a los egresos o gastos permanentes,¹⁰ y que los ingresos no permanentes¹¹ financiarán a los egresos o gastos no permanentes.¹² En este artículo se establece, que al ser prioritarios los egresos permanentes para salud, educación, y justicia, por citar algunos ejemplos, estos podrían ser financiados por los ingresos no permanentes, pero en determinados casos. Esta regla de política fiscal, permite establecer el déficit fiscal que tiene Ecuador, debido a que los ingresos permanentes son menores que los egresos permanentes, al 26 de octubre de 2019.

En el artículo 288 se establece que “Las compras públicas cumplirán con criterios de eficiencia, transparencia, calidad, responsabilidad ambiental y social [...]”.

El artículo 300 de la Constitución de la República del Ecuador de 2008 establece que “El régimen tributario se regirá por los principios de generalidad, progresividad, eficiencia, simplicidad administrativa, irretroactividad, equidad, transparencia y suficiencia recaudatoria”. Estos son los principios constitucionales que el Gobierno ha aplicado para la reforma tributaria contenida en el proyecto de “Ley de Crecimiento Económico”, que ha presentado a la Asamblea Nacional.

El artículo 302 de la Constitución de la República del Ecuador de 2008 establece que uno de los objetivos de las políticas monetaria, crediticia, cambiaria y financiera es: “Suministrar los medios de pago necesarios para que el sistema económico opere con eficiencia”.¹³ De ahí el hecho de que el actual Gobierno establezca políticas que busquen nuevos ingresos públicos, para no tener déficits fiscales, y no estar endeudándose para financiar el gasto público.

El artículo 305 de la Constitución de la República del Ecuador de 2008 establece que “La creación de aranceles y la fijación de sus niveles son de competencia exclusiva de la Función Eje-

⁹ Recaudaciones tributarias

¹⁰ Gasto social, por ejemplo, gastos de personal e insumos.

¹¹ En el caso de Ecuador, exportación de petróleo, por citar un ejemplo.

¹² Inversión pública, por ejemplo, construcción de hospitales, puentes, carreteras, aeropuertos, puertos marítimos, universidades, escuelas, etcétera.

¹³ Constitución de la República del Ecuador de 2008, art. 302, numeral 1.

cutiva". Es por esto que el presidente puede crear, aumentar o disminuir las tarifas arancelarias, y de ahí la importancia de la aplicación de principios constitucionales.

En el artículo 390 se establece que "Los riesgos se gestionarán bajo el principio de descentralización subsidiaria, que implicará la responsabilidad directa de las instituciones dentro de su ámbito geográfico".

Como se puede observar, la Constitución de la República del Ecuador de 2008 contiene muchos artículos con aspectos económicos, financieros, tributarios, sociales y administrativos, siendo algunos de gran importancia, para el presente estudio sobre la aplicación de principios constitucionales y la justicia, los artículos 285, 286, 302 y 305. Es importante indicar que en muchos de estos artículos se repiten los principios de eficiencia, eficacia y solidaridad.

III. JUSTICIA SOCIAL, FISCAL Y TRIBUTARIA

Uno de los cambios que tiene la Constitución de la República del Ecuador de 2008, es el desarrollo de la justicia constitucional y garantías. Esto va acorde con la materialidad de los derechos y la transformación de la institucionalidad hacia la protección de los derechos. En la Constitución de 2008 se establece un nuevo modelo de Estado y de desarrollo, en el cual los nuevos sujetos fundamentales lo constituyen la población y el medio ambiente.¹⁴

El artículo 1 de la Constitución de la República del Ecuador establece que "El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia [...]."

La justicia social se refiere a la repartición justa y equitativa de los bienes y servicios básicos, necesarios para el desarrollo y el desenvolvimiento de una persona en la sociedad. Adicionalmente, en Ecuador, se le incorpora la solidaridad. Es por esto, que el artículo 383 de la Constitución de la República del Ecuador

¹⁴ Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana, "Ecuador prioriza la justicia social y dignidad humana en el Día Internacional de los Derechos Humanos", <https://www.cancilleria.gob.ec/ecuador-prioriza-la-justicia-social-y-dignidad-humana-en-el-dia-internacional-de-los-derechos-humanos/>

define al sistema económico como social y solidario, y reconoce al ser humano como sujeto y fin.

La justicia social busca que las sociedades sean más justas y equitativas, ya que fomenta la integración y la protección de los sectores más vulnerables. La justicia social busca el bien común y la convivencia armónica, ya que busca el equilibrio entre el bien individual y el bien común basado en los valores humanos fundamentales. Lo que busca es la equidad en los aspectos sociales que necesitan ser resueltos.¹⁵

La justicia social implica la creación y aplicación de leyes que permitan que esta funcione. La justicia social contiene conceptos como el de la justicia distributiva¹⁶ y la justicia retributiva.¹⁷

Algunos ejemplos de los tipos de justicia social, con base en el ámbito social en que se aplica, son: laboral, económica y sanitaria. Adicionalmente, algunos ejemplos de justicia social son: leyes contra la explotación el abuso y el acoso sexual; becas para refugiados, programas de créditos para microempresas; acceso al sistema de salud; reconocimiento de derechos laborales.

En el mundo, algunos ejemplos de injusticia social que se dan son: discriminación, desigualdad, violencia de género, trata de personas, explotación laboral, persecución a minorías, uso militar de niños, violación de derechos humanos.¹⁸

La justicia fiscal busca la eliminación de los paraísos fiscales, conseguir la transparencia en la declaración fiscal y reprobar la corrupción en todos los sectores de la sociedad. La justicia fiscal busca beneficiar a los más desfavorecidos del sistema fiscal y financiero, ya que sin justicia fiscal no hay desarrollo sostenible. Los principios de justicia fiscal son los siguientes:¹⁹

¹⁵ Significados, "Significado de justicia social", <https://www.significados.com/justicia-social/>

¹⁶ El aporte que cada uno le debe a la sociedad.

¹⁷ La imposición de la ley frente a los delitos que se cometen en determinada sociedad.

¹⁸ Significados, "8 ejemplos de injusticia social en el mundo", <https://www.significados.com/8-ejemplos-de-injusticia-social-en-el-mundo/>

¹⁹ Inspiration, "Justicia fiscal", <https://www.inspiration.org/justicia-economica/desigualdad-social/justicia-fiscal>

- Exigir transparencia en cuestiones de recaudación y declaración fiscal;
- Apoyar la declaración progresiva: “Más ingresos = más impuestos”;
- Evitar la evasión fiscal de los más ricos;
- Oposición a los paraísos fiscales;
- Condenar la corrupción;
- Apoyar y coordinar las reformas fundamentales de cooperación mundial en asuntos fiscales y financieros a través de organismos internacionales.

El principio de justicia tributaria supone “La prohibición de desigualdades entre los obligados tributarios y la igualdad de gravamen dentro de cada tributo, siendo, en gran parte, el resultado de la aplicación de los demás principios constitucionales en materia tributaria”.²⁰

IV. REFORMA TRIBUTARIA, DEUDA PÚBLICA, DÉFICIT FISCAL Y CONVENIO DE ECUADOR CON EL FMI

En el anterior gobierno²¹ se dieron 22 reformas tributarias, siendo algunos de sus resultados el aumento de las recaudaciones tributarias, el mejoramiento en la no dependencia de los ingresos no permanentes,²² el mejoramiento de las recaudaciones de los impuestos directos en relación con los impuestos indirectos, y el mejoramiento del desarrollo social.²³

Al 28 de julio de 2019, un estudio realizado por la Cámara de Industrias y Producción (CIP) del Ecuador, basado en datos de

²⁰ Real Academia Española, *Diccionario del español jurídico*, “Principio de justicia tributaria”, <https://dej.rae.es/lema/principio-de-justicia-tributaria>

²¹ 2007-2017

²² Exportaciones petroleras. Se buscó que los ingresos por concepto de recaudaciones tributarias disminuyeran la dependencia de los ingresos no permanentes, por concepto de exportaciones de petróleo.

²³ Villanueva, Marcos, *Análisis Económico del Marco Legal Productivo y de Inversiones sobre incentivos tributarios para empresas productivas y comerciales*, Guayaquil, Editorial Grupo Compás, 2019, http://www.fjcsp.ug.edu.ec/docs/centro_analisis/AN%20C3%81LISIS%20ECON%20C3%93MICO%20DEL%20MARCO%20LEGAL%20PRODUCTIVO%20Y%20DE%20INVERSIONES.pdf

la Superintendencia de Compañías y el Banco Central del Ecuador (BCE) establece que la carga tributaria ecuatoriana²⁴ creció del 15.66 al 20.4% del Producto Interno Bruto (PIB) entre 2007 y 2018. Las contribuciones tributarias de empresas y ciudadanos pasaron de 7 988.8 millones a 22 134.8 millones de dólares.

Según la CIP, la carga tributaria es alta, en comparación a la de países vecinos. Según lo indicado por el gremio, “Al sector industrial lo que más le afecta es que el pago de aranceles para importar materias primas y bienes de capital y el impuesto a la salida de divisas (ISD) no es devuelto en muchos de los casos, y esto genera menos competitividad”.²⁵

En Ecuador, en el periodo de estudio, se pagaban al menos doce impuestos de manera general: el impuesto a la renta, a los vehículos motorizados, a los activos en el exterior, al valor agregado (IVA), a los consumos especiales (ICE), redimible de botellas plásticas no retornables (IRBP) y el ISD.²⁶ En la sección estadística del Servicio de Rentas Internas (SRI) constan otros impuestos, por ejemplo, impuesto ambiental contaminación vehicular; régimen impositivo simplificado ecuatoriano (RISE), regalías, patentes y utilidades de conservación minera; tierras rurales; y contribución para la atención integral de cáncer. En los municipios se pagan patentes y prediales.

A junio de 2019, la deuda pública ecuatoriana contabilizó 55 605.7 millones de dólares, equivalentes al 49.7% del PIB. Este es el dato con la nueva metodología aplicada por el Ministerio de Finanzas. Con la anterior metodología utilizada, el índice se mantenía en un 46.07%, pero con la nueva subió tres puntos, debido a que se incluyó en la deuda externa a las preventas petroleras (284 millones USD), así como también a los pasivos intangibles (724.9 millones USD).

En el siguiente cuadro se presenta el déficit fiscal que ha tenido Ecuador, desde 2008 hasta septiembre de 2019:

²⁴ Que incluye impuestos, aranceles, contribución a la seguridad social y utilidades.

²⁵ “En Ecuador, la carga tributaria llega al 20.4% del PIB, indica un estudio”, *Diario El Universo*, Guayaquil, 28 de julio de 2019, p. 4

²⁶ Estos 7 impuestos los administra el Servicio de Rentas Internas del Ecuador (SRI).

Déficit fiscal de Ecuador

<i>Año</i>	<i>Valor*</i>	<i>Año</i>	<i>Valor*</i>
2008	2.673	2014	-6.374
2009	-1.776	2015	-3.775
2010	-1.363	2016	-5.156
2011	-772	2017	-5.837
2012	-1.141	2018	-3.332
2013	-4.344	2019*	-2.500

* El valor está en millones de dólares. El cálculo de 2019 fue realizado hasta septiembre de 2019 según Observatorio de Política Fiscal. Fuente: Ministerio de Finanzas. Elaboración propia.

En el siguiente cuadro se presenta las asignaciones al servicio de la deuda interna y externa *versus* el gasto en salud y educación:

*Asignaciones al servicio
de la deuda vs. el gasto en salud y educación*

<i>Año</i>	<i>Salud y educación*</i>	<i>Deuda int. y ext. *</i>	<i>Total</i>
2007	1.619	3.695	5.314
2008	2.791	3.079	5.870
2009	3.738	5.450	9.188
2010	4.202	1.611	5.813
2011	4.875	2.419	7.294
2012	5.546	2.566	8.112
2013	6.674	3.420	10.094
2014	6.992	5.136	12.128
2015	6.887	7.729	14.616
2016	6.787	11.642	18.429
2017	7.539	10.076	17.615
2018	7.853	8.038	15.891

*Los valores están en millones de dólares. Salud y Educación: valores devengados del presupuesto general del Estado. Deuda interna y externa: sector público (intereses y amortizaciones). Fuente: Observatorio de la Política Fiscal. Elaboración propia.

Es importante indicar que en Ecuador, el problema del déficit fiscal no es algo de las últimas décadas, sino algo histórico. El déficit fiscal se mantuvo durante las décadas de los ochenta y los noventa, con recortes por parte de los gobiernos de turno, que generaron la reacción por medio de paros, como el de los profesores por mayores sueldos, y los reclamos de los municipios y de las universidades, que requerían más rentas. Luego, se dio la crisis financiera ecuatoriana de 1999, y Ecuador adoptó la dolarización. Realmente, de 2000 a 2006, se tuvo superávit.²⁷

El 20 de febrero de 2019 Ecuador firmó un convenio con el FMI por 10 200 millones de dólares: 4 200 millones vendrán directamente del FMI y 6 000 millones vendrán de Bancos multilaterales.²⁸ El convenio es un acuerdo de Servicio ampliado del FMI (SAF).²⁹ El convenio de Ecuador con el FMI establece ajustes, que serían en tres áreas: laboral, tributario y fortalecimiento de las reservas.

V. ANUNCIO DE MEDIDAS ECONÓMICAS DEL GOBIERNO EN 2019

En octubre de 2019, el Gobierno estableció el Decreto 883, con el fin de cubrir el déficit fiscal. Este decreto establecía la eliminación del subsidio de los combustibles,³⁰ así como la liberación de sus precios.

Adicionalmente, el Gobierno ecuatoriano anunció una serie de medidas económicas, unas inmediatas que estaban bajo la fa-

²⁷ “Más gastos que ingresos, lío económico histórico”, *Diario El Universo*, Guayaquil, 20 de octubre de 2019, p. 8

²⁸ Entre los principales Bancos multilaterales están: Banco Mundial, Banco Interamericano de Desarrollo (BID), Banco Europeo de Inversiones, Banco de Desarrollo de América Latina (CAF), Agencia Francesa de Desarrollo y Fondo de Reserva Latinoamericano (FLAR). En ambos casos, las tasas no superan el 5% y los plazos son de hasta 30 años.

²⁹ El SAF es un tipo de ayuda para países con deficiencias estructurales, es decir: es decir para aquellos países cuyas entradas de divisas son menores a las salidas de divisas. Para aquellos países con lento crecimiento y balanzas de pagos debilitada.

³⁰ Antes ya se había eliminado el subsidio de la gasolina, conocida como súper, y con el Decreto 883 se eliminaba el subsidio del diésel y de la gasolina extra.

cultad de la función ejecutiva, y otras para presentar a la Asamblea Nacional, entre las que se destacan:

- Eliminación del Anticipo al impuesto a la renta;
- Disminución del ISD de 5 a 2.5%;
- Reducción de las tarifas arancelarias en los sectores transportistas, agrícolas, acuícolas, pesqueros, industriales, de la construcción, entre otros;
- Eliminación de aranceles en las materias primas;
- Eliminación de aranceles en los bienes tecnológicos: teléfonos celulares, computadores, etcétera;
- Disminución de los impuestos en vehículos menores a 40 mil dólares;
- Eliminación del Impuesto a la renta único del banano;
- Devolución del tributo de comercio exterior mediante un proceso simplificado;
- Que a las empresas que tienen una renta anual mayor a 10 millones de dólares se les establezca una contribución especial, del 0.1%, por el plazo de tres años, cuyas recaudaciones tributarias financiarán la seguridad, la educación y la salud;
- Ampliación del RISE para más empresas pequeñas;
- El aumento de 15 dólares en el bono que se da a los pobres;
- Que los trabajadores de las empresas públicas aporten un día de salario, por mes;
- Un incremento de 2% en la aportación patronal, que las empresas realizan al IESS;
- Reducción, en la renovación de los contratos ocasionales del sector público, de 20%;
- Una ampliación del proyecto de viviendas denominado "Casa para todos", a una tasa de 4%;
- El no aumento de 12% del IVA;
- Que se mantengan los beneficios de los trabajadores;
- La creación de nuevas modalidades de contratos laborales, para emprendimientos;
- Que se establezca una nueva forma de jubilación patronal, para nuevos trabajadores;
- Que se dé autonomía al Banco Central.

Una vez anunciadas estas medidas, el 7 octubre de 2019, el régimen redujo los aranceles para 265 partidas y subpartidas de

importación, que en su mayoría fueron de insumos y bienes de capital. En el sector acuícola y pesquero, se redujeron 72 subpartidas. Algunas partidas y subpartidas se redujeron, y otras pasaron a tener un arancel cero. Las que pasaron a tener un arancel cero fueron las que tienen que ver con la agricultura, pesca y acuicultura; transporte y construcción, tractores, equipo agrícola, plaguicidas, insumos, maquinaria de procesamiento, cabos de nailon, bombas, chasis, repuestos compresores, kits de embrague, filtros de aceites, ballestas, aceites, tuberías, cerraduras, guarniciones. También se plantea la reducción a cero de los *smartphones*,³¹ las computadoras y las *laptops*. Los que tuvieron una reducción arancelaria de hasta 50% fueron los textiles, plásticos, papel y cartón.³²

El anuncio de la eliminación de los subsidios, establecido en el Decreto 883, ocasionó la movilización de distintos sectores, principalmente el de los indígenas, lo que llevó a un paro nacional. Esto motivó que el Gobierno actual derogara el Decreto 883³³ y anunciara nuevas medidas,³⁴ establecidas en el proyecto de Ley de Crecimiento Económico, presentado a la Asamblea Nacional el 18 de noviembre de 2019. Algunas de estas medidas,³⁵ establecidas en ese proyecto, fueron las siguientes:

- Incrementar el ICE de 0 a 10% a los planes pospago de telefonía celular de personas naturales.³⁶
- Se mantiene en esta nueva propuesta de reforma tributaria, la eliminación del anticipo al impuesto a la renta.
- Se mantiene en esta propuesta la disminución del ISD, de 5 a 2.5%.

³¹ Al 26 de octubre de 2019, los teléfonos inteligentes tienen un 15% de arancel.

³² “Reducción arancelaria traerá beneficios por \$97 millones”, *Diario El Universo*, Guayaquil, 12 de octubre de 2019, p. 4

³³ Que establecía la eliminación de los subsidios del diésel y de la gasolina extra, así como la liberación de sus precios.

³⁴ Por el paro nacional, se establecieron nuevas medidas. Algunas de estas ya se establecieron en la anterior, otras se eliminaron, y otras fueron nuevas propuestas.

³⁵ Esta reforma tributaria, que se analiza en la Asamblea Nacional del Ecuador a octubre de 2019, espera recaudar unos 731 millones en 2020 y 837 millones de dólares en 2021, de ser aprobada. El sacrificio fiscal de esos años, en ese orden, sería de 25 millones y de 98 millones de dólares.

³⁶ Esto representaría unos 100 millones de dólares de recaudación al fisco.

- La no aplicación de deducción de gastos personales para las personas que ganan más de 100 mil dólares al año,³⁷ pero a partir de 2021.
- El cobro en los comercios, que tienen dos o más locales, de fundas plásticas. La norma dice que cada una costará 0.10 dólares. Este impuesto a las fundas plásticas no se aplicaría en el mercado, solo en los que tienen las características antes indicadas.
- Establecer un impuesto a los insumos para cigarrillos electrónicos.
- Gravar el servicio contratado, para plataformas digitales, con 12% de IVA.
- Eliminar el impuesto a la renta para emprendedores, por lo que más de 100 mil contribuyentes, que antes eran agentes de retención, dejan de serlo.
- Reducción del impuesto a la renta, para 2020, para las empresas de la Sierra centro afectadas por los disturbios,³⁸ producidos por el paro nacional, como protesta a la eliminación de los subsidios a los combustibles.
- Establecer a las empresas, que tienen ingresos por un millón de dólares al año, una contribución, durante tres años.³⁹ Esta contribución la tendrán las empresas con base en una tabla proporcional en la cual el porcentaje irá de 0.1 a 0.2%, dependiendo del monto de facturación de 2018.⁴⁰ Esta nueva propuesta reemplaza a la propuesta anterior, sobre una contribución a las empresas que facturen sobre los 10 millones de dólares.
- Establecer un impuesto a la propiedad de los vehículos.
- Repatriación de capitales.
- Se mantiene en esta propuesta, la eliminación de los aranceles para teléfonos inteligentes y computadoras.⁴¹
- Reducción arancelaria al 0% de: bienes de capital para la agricultura, bienes de material para la agricultura y pes-

³⁷ Que son, aproximadamente, 10 500 personas.

³⁸ El fin de esto es que se mantengan los empleos.

³⁹ Estos recursos serán destinados a la seguridad ciudadana

⁴⁰ Las que más facturarían serían unas 1 614 empresas que facturan más de 10 millones de dólares al año, y por un monto de 151 millones de dólares.

⁴¹ Los ciudadanos ecuatorianos pagan aranceles de 15% para teléfonos y de 10% para computadoras.

ca, materias primas y bienes intermedios agrícolas, materiales para la construcción. En el caso de materias primas industriales, como son los tejidos de hilados, la propuesta es una disminución de 20 a 15%. Otros bienes de capital de la industria, podrían bajar de 7.57 a 5.68%, y las materias primas de la industria en general, podrían bajar de 13.55 a 8.51%. En la construcción se podría dar una disminución del 14.585 a 8.13%. En total, serían unos 223 ítems, que según lo establecido por el Gobierno, implicaría un sacrificio fiscal que llegaría a 39.9 millones de dólares.

- Se ha promocionado la creación de dos productos hipotecarios, que podrían ser proporcionados mediante el sistema financiero privado. Se trata de los préstamos para vivienda de interés social y de interés público, que tendrán una tasa de 4.99%.
- Condonación de intereses para créditos educativos y gastos judiciales a los jóvenes que no pudieron honrar sus obligaciones en préstamos anteriores.⁴²
- Con respecto a las reformas al Código de Finanzas, se establece que el Ministerio de Economía liderará la construcción del presupuesto. Existirá un techo para cada institución. El incremento máximo al presupuesto será de 5%.
- Fortalecimiento de la prohibición para que el Banco Central preste recursos al Ministerio de Economía.
- Implementación de mejores prácticas internacionales, para fortalecer el control del sistema financiero de Ecuador.
- Se crea un sistema automático de devolución del IVA e ISD. Por cada dólar exportado se le devuelve al exportador una nota de crédito, que luego podría utilizar para el pago de impuestos.
- El Gobierno, a través de la Corporación Financiera Nacional (CFN),⁴³ ofreció 90 días de gracia por las pérdidas causadas por el paro nacional y el estado de excepción, para los clientes que lo soliciten y que estén afectados por las paralizaciones y por el decreto de estado de excepción. Para esto, no se realizarán ningún pago de intereses

⁴² A octubre de 2019, la tasa actual de intereses para este tipo de créditos educativos es del 7.5% a 20 años plazo.

⁴³ Banca pública ecuatoriana.

por mora, vencidos o vigentes a la fecha de la solicitud, y además se suspenderán los procesos coactivos.

- Se crea un contrato de duración determinada, por un año, sin renovación. Si se lo extiende se vuelve un contrato indefinido.
- Se crea un contrato por emprendimiento. Para contratos nuevos se podrá celebrar uno por emprendimiento, que tiene una duración de tres años. Al cabo de ese tiempo, si se renueva, se convierte en un contrato a plazo indefinido.

Adicionalmente, al 23 de octubre de 2019, el Gobierno está estudiando la posibilidad de suprimir el IVA para el sector camaronero.

VI. APLICACIÓN DE PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES EN LAS DECISIONES ECONÓMICAS DEL ESTADO ECUATORIANO

Debido al endeudamiento y al déficit fiscal actual, que se ha vuelto insostenible, el Gobierno, desde sus inicios, fue disminuyendo los gastos públicos, fusionando ministerios, simplificando procesos aduaneros y de devolución de tributos de comercio exterior, y eliminando cargas arancelarias. Pero, adicionalmente, ha buscado otros ingresos con el fin de poder cumplir con sus obligaciones. Todas estas decisiones tomadas, están basadas en la aplicación del principio de eficiencia y de suficiencia recaudatoria.

En la propuesta estudiada, que estableció la eliminación del anticipo al impuesto a la renta, se debe establecer que esta tuvo varios cambios normativos durante los nueve años de vigencia. El anticipo al impuesto a la renta se creó en 2010, y según lo establecido por el SRI este pago significó un impuesto anticipado de entre 335 millones de dólares (2016) y 352 millones de dólares (2018) anuales. El anticipo al impuesto a la renta ha sido criticado por los empresarios, pues lo consideran que es un pago no acorde con lo realmente ganado. Ya en 2017 el Gobierno actual lo había eliminado para unas 30 mil empresas con ventas de hasta 500 mil dólares y lo había dejado en 60% para empresas con ingresos mayores a esa cantidad. En 2019, el Gobierno actual estableció

que cuando el impuesto a la renta del ejercicio fiscal sea menor al anticipo, se lo debería devolver.⁴⁴ El Gobierno actual, para la eliminación del anticipo al impuesto a la renta, aplica el principio de “renta generada, impuesto pagado”, así como el de capacidad económica, capacidad contributiva y el de eficiencia.

Con respecto a la primera propuesta presentada por el Gobierno ecuatoriano, de aumentar en un 2% la aportación patronal, se debe indicar que en 2015 la mora patronal con el IESS⁴⁵ fue de 132.4 millones de dólares, y a junio de 2019 la suma alcanzó los 225.1 millones de dólares, lo que implica un aumento de 70%. Al 6 de octubre de 2019 la mora patronal total ascendió a 1 196.4 millones de dólares, incluyendo las obligaciones pendientes anteriores⁴⁶ a 2015.⁴⁷ El Gobierno presentó esta propuesta de medida económica basado, posiblemente, en que “todos debemos aportar y ser solidarios”, es decir, en un principio de solidaridad, debido a la situación financiera que está pasando Ecuador.

En el caso de la propuesta del Gobierno sobre la telefonía celular, se debe considerar que esta no constituye un consumo especial. Aun así, el Gobierno ha mencionado el establecimiento del ICE en los planes pospago de telefonía celular de las personas naturales, debido a que establece que este pago estaría acorde a la cantidad contratada, y este impuesto no se estaría imponiendo ni al sistema de prepago ni a la telefonía fija, de ser aprobada la Ley de Crecimiento Económico. En este caso, según lo establecido por el Gobierno, se está aplicando la progresividad. Según lo mencionado por el ministro de Economía y Finanzas, Richard Martínez, los ciudadanos que se encuentran en este segmento re-

⁴⁴ “Eliminación del anticipo de IR inyectaría unos \$352 millones al fisco”, *Diario El Universo*, Guayaquil, 9 de octubre de 2019, p. 4.

⁴⁵ El art. 96 de la Ley de Seguridad Social del Ecuador dispone que los afiliados al IESS reciban la atención sanitaria por enfermedad y maternidad, auxilio de funerales y el fondo mortuario pese a que el patrono esté en mora, pero el gasto se suma a la deuda del empleador en forma de glosa. A lo que no puede acceder el afiliado es a los créditos con el Banco del IESS (BISS).

⁴⁶ El Código Orgánico Integral penal establece una pena privativa de libertad de uno a tres a los empleadores que retengan los valores de seguridad social de los afiliados.

⁴⁷ “Mora del patrono al IESS sigue creciendo”, *Diario El Universo*, Guayaquil, 6 de octubre de 2019, p. 1.

presentan el 27% del mercado, por lo que el 63% de las personas no se verán afectadas por esta tarifa.⁴⁸

Con respecto a la decisión de reducir los aranceles de 265 partidas y subpartidas en el sector agrícola, acuicultura, pesca, construcción, transporte, textiles, calzado, industrias gráficas, neumáticos, y otros, esta se da debido a los pedidos de los distintos sectores, no solo productivos sino también sociales, que expresaban la dificultad que tenían en la importación de determinados productos importantes, por ejemplo, para el agro, para el sector pesquero y acuícola. Esta dificultad para importar, afectaba a las exportaciones. La reducción de aranceles está dividida en cuatro resoluciones del Comité de Comercio Exterior (Comex), que son: la 023, la 024, 025 y la 026. Si bien estas reducciones arancelarias ocasionan un sacrificio fiscal, en términos recaudatorios, permitirá el desarrollo del sector productivo que necesita ser atendido. El Gobierno de Ecuador, al tomar la decisión de reducir los aranceles, lo hace porque busca mejorar la competitividad del sector productivo, aplicando para la toma de su decisión el principio de eficiencia.

El Gobierno redujo la tarifa arancelaria de varias subpartidas en el sector acuícola y pesquero. Esto debido al enorme potencial que tiene el sector acuícola ecuatoriano. El sector camaronero es el que más exporta en Ecuador, en el rubro de bienes no petroleros, y tuvo un crecimiento del 19% a octubre de 2019. Las medidas arancelarias que se han tomado, buscan que el sector sea más competitivo y que pueda seguir desarrollándose. El que el Gobierno, a octubre de 2019, estudie una propuesta que busque el IVA cero para el sector acuícola, tiene que ver con la eficiencia, debido a que es un sector que dirige sus esfuerzos a la exportación, por lo que se le otorga el *Draw back*.⁴⁹

La propuesta del Gobierno, de no aplicación de los gastos deducibles personales, a aquellas personas que ganen más de 100 mil dólares al año, se basa en la aplicación del principio de progresividad.

La propuesta de reforma tributaria, de disminución del ISD se debe a la aplicación de un principio de eficiencia. Es un impuesto

⁴⁸ “\$100 millones se recibirían del impuesto a los consumos especiales de la telefonía celular”, *Diario El Universo*, Guayaquil, 24 de octubre de 2019, p 3.

⁴⁹ Devolución de los tributos a las exportaciones.

que tiene un fin fiscal (recaudatorio) pero también tiene un fin extra fiscal, que es servir como instrumento de política económica general. Este tipo de impuestos, en Ecuador, se los conoce como impuestos reguladores. El fin que tiene es desincentivar la salida de dólares de la economía ecuatoriana. En la actualidad, ante la necesidad de recursos financieros que tiene Ecuador, uno de los efectos que podría tener este impuesto, podría ser que desincentiva la inversión extranjera.

La aplicación de un impuesto a las fundas plásticas y a los insumos de cigarrillos electrónicos, por parte del Gobierno actual, obedece a la aplicación de un principio de protección, debido a que estos impuestos son ambientales, es decir tienen un fin extra fiscal.

Si bien el Gobierno derogó el Decreto 883, que establecía la eliminación de los subsidios del diésel y de la gasolina extra,⁵⁰ al 23 de octubre de 2019 se preparó un nuevo decreto ejecutivo sobre la focalización de combustibles, y la aprobación de la reforma tributaria, antes descrita. Esto, con el fin de conversar nuevamente con el FMI a fin de mantener el acuerdo y buscar una reestructuración viable. La diferencia en el pensamiento actual del Gobierno, respecto a la anterior propuesta, es que la eliminación del subsidio al diésel sí afecta a aquellas personas más vulnerables, por el tema del pasaje. Con respecto a la eliminación y/o focalización del subsidio a la gasolina extra, el Gobierno consideró que las personas que tienen vehículos, no son necesariamente los más pobres.⁵¹ Adicionalmente, el Gobierno descartó la eliminación del subsidio al gas, así como el aumento del IVA. Estas medidas propuestas, mucho más analizadas, luego del paro nacional ocurrido, obedecieron a la aplicación de principios, por ejemplo, justicia fiscal, justicia tributaria, justicia financiera, capacidad económica, progresividad, solidaridad, etcétera.

⁵⁰ Según lo indicado por el Gobierno, en Ecuador se fugan 400 millones de dólares en contrabando de combustibles, por las fronteras, pero se invierten unos 28 millones de dólares en salud en hospitales. Adicionalmente, en Ecuador se gastan 857 dólares por cada niño que va a la escuela, pero se gasta el triple en el subsidio de combustible de un automóvil de lujo. Véase *Diario El Universo*, Guayaquil, 19 de octubre de 2019, p. 2.

⁵¹ “Asamblea espera aprobar en 22 días ley urgente”, *Diario El Universo*, Guayaquil, 23 de octubre de 2019, p. 3

La decisión del Gobierno de reducir el impuesto a la renta para las empresas de la Sierra centro, afectadas por el paro nacional y el estado de excepción, así como la condonación de intereses y gastos judiciales para los créditos educativos, y los días de gracias otorgados por la CFN para las personas afectadas por el paro nacional, obedecieron a la aplicación del principio de solidaridad. Es importante indicar, que la Constitución de la República del Ecuador, establece que el Sistema Económico ecuatoriano es social y solidario.⁵²

El Decreto 883, de 1 de octubre de 2019, publicado en el Suplemento del Registro Oficial número 52, de 2 de octubre de 2019, estableció la eliminación de los subsidios a los combustibles, tanto al diésel como a la gasolina extra,⁵³ cabiendo indicar que ya antes se había eliminado el subsidio a la gasolina súper.⁵⁴ Este Decreto 883 ocasionó un gran paro nacional, que duró desde el 3 de octubre hasta 3 de octubre de 2019, y que el Gobierno estableciera el estado de excepción, lo que ocasionó grandes pérdidas económicas, así como la pérdida de vidas humanas. Por este motivo, el 14 de octubre de 2019 se reunió el Gobierno, y creó y difundió el Decreto 894 que dejó sin efecto al Decreto 883.

El artículo 2 del Decreto 894 establece que de manera inmediata se cree otro decreto ejecutivo que permita una política de subsidios de combustibles, con enfoque integral, con criterios de racionalización, focalización y sectorización, que precautele que estos no se destinen al beneficio de mayores recursos económicos, ni a contrabandistas de combustibles, por lo que en la disposición transitoria se establece, que se vuelva a los precios de combustibles establecidos antes de la vigencia del Decreto 883.⁵⁵ En el Decreto 894 se puede observar que el Gobierno aplicó principios de eficiencia, progresividad y capacidad contributiva, pero, principalmente, los de justicia: social, fiscal, tributaria y financiera.

⁵² Constitución de la República del Ecuador, art. 283.

⁵³ De menor calidad, por el alto contenido de plomo.

⁵⁴ De mejor calidad, por el menor contenido de plomo.

⁵⁵ "Lenin Moreno deroga el Decreto 883 que eliminaba el subsidio a los combustibles", *El Comercio*, 14 de octubre de 2019, <https://www.elcomercio.com/actualidad/lenin-moreno-deroga-decreto-883.html>

VII. CONCLUSIONES

Ecuador requiere más ingresos públicos, debido al endeudamiento que tiene y a los déficits, que se volvieron inmanejables a octubre de 2019. Por ende, se debe ir disminuyendo el gasto público de personal, no necesario, pero de una forma gradual, una vez que vaya mejorando la economía ecuatoriana.

En 2019, el Gobierno ecuatoriano destinó recursos para el pago a los jubilados, así como para el pago de la deuda con el IESS,⁵⁶ y para cumplir con la Ley Amazónica.⁵⁷ En este mismo año, el Gobierno ecuatoriano fue buscando equilibrar las reservas del BCE, y que este sea autónomo. Adicionalmente, requiere bajar el nivel de discrecionalidad respecto a los cambios en el presupuesto.⁵⁸ En 2019, el Gobierno promulgó la Ley Orgánica de Fomento Productivo, Atracción de Inversiones, Generación de empleo, Estabilidad y Equilibrio Fiscal que establecía, principalmente, beneficios tributarios para el sector productivo. Lo que busca el Gobierno con esta ley es la atracción de inversiones e incentivar la creación de empleo neto, para lo cual asumiría un sacrificio fiscal.

El Gobierno actual, con la Ley Reformatoria a la Ley Orgánica de Fomento Ambiental y Optimización de los Ingresos del Estado, vigente desde 2012, logró derogar el Impuesto Ambiental a la Contaminación Vehicular, conocido como “impuesto verde”, que en esta ley está contenida, derogación que será a partir de 2020. Este impuesto es antitécnico, y no cumple con las características que debe tener un impuesto ambiental, que es un impuesto regulador. Esta derogatoria del denominado “impuesto verde” no incluye la condonación de deudas, y dispone la remisión de

⁵⁶ 40%

⁵⁷ La Ley Amazónica creó un fondo común. “Mora del patrono al IESS sigue creciendo”, *Diario El Universo*, Guayaquil, 6 de octubre de 2019, p. 1. “\$100 millones se recibirían del ICE de telefonía celular”, *Diario El Universo*, Guayaquil, 24 de octubre de 2019, p. 3. Son dos fondos los establecidos en esta ley, siendo el otro el fondo de desarrollo sostenible amazónico. “Los dos fondos de la Ley Amazónica ya tienen recursos”, *El Telégrafo*, 22 de abril de 2019, <https://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/economia/4/fondos-ley-amazonica-recursos>

⁵⁸ Antes era de 15 y ahora sería de 5%

intereses, multas y recargos, así como también da beneficios por “chatarrización”. Adicionalmente, establece que los valores impagos de 2019, tengan una rebaja de 50%. Aquí el Gobierno aplica la justicia tributaria.

El plan de Gobierno buscó una economía dinámica y sostenible a través de cuatro principios: “Impulsar la competitividad y la creación de empleo; proteger a los pobres y a los más vulnerables; fortalecer la sustentabilidad fiscal y los cimientos institucionales de la dolarización del Ecuador; así como mejorar la transparencia y fortalecer la lucha contra la corrupción”.⁵⁹ Estos principios son acordes con la Justicia social, fiscal, tributaria y financiera.

El FMI tiene sus exigencias para otorgar sus desembolsos, por lo que Ecuador tuvo que hacer ajustes, pero el Gobierno debe tomar medidas que no sean políticamente imposibles, que puedan ocasionar protestas violentas. El Gobierno debió plantear al Fondo una reducción de las metas de ajuste, para los próximos tres años, pero también le requirió al FMI un mayor apoyo financiero, debido a las obligaciones que tuvo tenido que cumplir, como la de los jubilados y las del IESS. Es por esto, la importancia que tiene, para los gobiernos, la aplicación de los principios constitucionales: económicos, financieros y tributarios.

Al 26 de octubre de 2019, fecha en que se realizó el presente estudio, la aprobación de las propuestas antes indicadas, dependió de que el Gobierno cuente con los votos suficientes en la Asamblea, ya que se trata de la aprobación sobre nuevos impuestos y la focalización y/o eliminación de subsidios a los combustibles. Independientemente de cualquier motivo político, el paro nacional decretado por el sector indígena, que se dio del 3 al 13 de octubre de 2019 en Ecuador, como reacción a la publicación del Decreto 883 que establecía la eliminación de los subsidios de los combustibles, también pudo tener como uno de sus motivos, el crecimiento de la pobreza rural en el sector indígena campesino. Por este motivo, es importante que este importante sector productivo sea atendido, económica y financieramente.

⁵⁹ GK, “Claves para entender el acuerdo de Ecuador con el FMI”, 5 de septiembre de 2019, <https://gk.city/2019/09/05/detalles-sobre-el-acuerdo-que-firmo-el-ecuador-con-el-fmi/>

El proyecto de ley, denominado Ley de Crecimiento Económico,⁶⁰ buscó en sí la eficiencia administrativa y financiera, de tal forma que los recursos sean dirigidos a quienes realmente los necesitan. Para ello, se aplicaron principios constitucionales económicos, financieros, tributarios, administrativos y sociales. Todos estos tipos de principios se integran a un principio constitucional integral, que es la justicia.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

Luque de Haro, Víctor, “La desigualdad económica y la justicia financiera y tributaria”, *Libre pensamiento*, núm. 87, verano de 2016.
Villanueva, Marcos, *Análisis Económico del Marco Legal Productivo y de Inversiones sobre incentivos tributarios para empresas productivas y comerciales*, Guayaquil, Editorial Grupo Compás, 2019.
Nota adjunta: El Abg. Marcos Villanueva Andrade es profesor investigador en la carrera de derecho, de la Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad de Guayaquil.

Legislación

Constitución de la República del Ecuador de 2018
Código Orgánico Tributario del Ecuador
Código Orgánico de Finanzas
Código Orgánico Integral Penal del Ecuador
Ley Amazónica
Ley de Seguridad Social del Ecuador
Ley de Economía Popular y Solidaria
Ley Orgánica de Fomento Productivo, Atracción de Inversiones, Generación de empleo, Estabilidad y Equilibrio Fiscal
Decreto 883, 894
Resolución 023, 024, 025, 028 del Comité de Comercio Exterior (Comex) del Ecuador
Proyecto de Ley de Crecimiento Económico

⁶⁰ Ley Orgánica para la Transparencia Fiscal, Optimización del Gasto Tributario, Fomento a la Creación de Empleo, Afianzamiento de los Sistemas Monetario y Financiero y Manejo Responsable de las Finanzas Públicas.

En julio de 2019 se desarrolló en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Toledo (Universidad de Castilla-La Mancha), la V Edición del Título de Especialista en Justicia Constitucional, Interpretación y Aplicación de la Constitución, cuyo programa tiene como seña de identidad la participación activa de los cursantes, juristas de diversos países interesados en el derecho constitucional y la justicia constitucional.

Dentro de las actividades, se realiza la Jornada Iberoamericana de Justicia Constitucional en la que se expusieron las comunicaciones que ahora se presentan. Estas reflejan de algún modo la idea de intercambio de ideas y de visiones comparadas propias de nuestro programa. Representan un elenco de problemas actuales, algunos de alcance general y otros mucho más enfocados hacia la realidad concreta de países de la comunidad iberoamericana. No se pretende ofrecer una visión global o metódica, sino más bien selectiva, derivada de la previa elección por los participantes de los temas más actuales.

Las contribuciones tienen, con todo, un claro denominador común, basado en un enfoque constitucional y comparado, entendido desde una perspectiva amplia que permite abarcar otros sectores del ordenamiento, pero siempre con perspectiva jurídico-constitucional.

ISBN 978-607-7822-67-7



9 786077 822677