



Facultad de Ciencias Jurídicas, Políticas y Criminológicas
Escuela de Derecho
Departamento de Derecho Procesal
Mérida - Venezuela



Rechtsstaat Estado de Derecho



Universidad de Heidelberg y
Universidad de Los Andes
primera universidad y escuela de Derecho

REVISTA DE INVESTIGACION CIENTIFICA
Año 3 ° Nº 6 ° Julio- Diciembre 2021
Depósito Legal: ME2018000132
ISSN: 2739-0330



TABLA DE CONTENIDO

 EDITORIAL		
Presentación al Sexto Número de la Revista		02 - 09
	Abdón Sánchez Noguera	
<hr/>		
ARTÍCULOS ORIGINALES		
 Aproximación Elemental al Derecho Administrativo Global. <i>Elementary Approach to Global Administrative Law.</i>		10 - 58
	Héctor Turuhpial Cariello	
 Smart Contracts y el consumidor 2.0: Comprendiendo como la blockchain ha propiciado una nueva forma de contratación transnacional. <i>Smart Contracts and the consumer 2.0: Understanding how the blockchain has provided a new form of transnational contracting.</i>		59 - 89
	Maryori Molina Luna	
 Admisión de los Hechos, Rebaja de Pena y Castigo en el Homicidio. <i>Admission of the Facts, Reduction of Sentence and Punishment in the Homicide.</i>		90 - 110
	Francisco Ferreira D'Abreu	
 Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano y Cambio Constitucional en Chile: El Mandato de los Derechos Sociales. <i>New Latin American Constitutionalism and Constitutional Change in Chile: The Social Rights Mandate.</i>		111 - 138
	Angello Javier Peña Barrios	
 Participación Ciudadana y Sociedad Civil: Enclave Jurídico de la Autonomía del Estado. <i>The State and Citizen Participation: Affinity for wellness or everything remains the same.</i>		139 - 161
	Jim Douglas Morantes Monzón	
 SEMILLERO ACADÉMICO Fiscalización en la Ley de Timbre Fiscal del Estado Bolivariano de Mérida. <i>Fiscalization of the Stamp's Tax Law of the Bolivarian State of Merida.</i>		162 - 184
	Sandra Paola Parra Rivas	
 ADDEMDUM JURISPRUDENCIAL Análisis de la Sentencia N° 097 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 14 de mayo de 2019. Magistrada Carmen Zuleta de Merchán		185 - 189
	Francisco Alfredo de Jongh Sarmiento	
 RESEÑA BIBLIOGRÁFICA Universidad Católica Andrés Bello (UCAB). (2021) "Crisis y Desencanto con la Democracia en América Latina" UCAB – Fundación Konrad Adenauer- AUSJAL. Caracas, Venezuela. Págs. 482.		190 - 194
	Jean-Denis Rosales Gutiérrez	
<hr/>		

Presentación al Sexto Número de la Revista



Me complace llevar a cabo la presentación del Sexto Número de la recién creada Revista *“Rechtsstaat: Estado de Derecho”*. En el presente número aparecen trabajos de especial valor académico de Profesores e Investigadores de diferentes Universidades del país, que deciden, contribuir con su energía intelectual, no sólo a mantener activa la investigación en el país, sino a mantener activa la chispa de inquietud intelectual en el alumnado, que constituye el objetivo final del servicio público prestado por la presente casa de estudios a la colectividad; colectividad, que proviene de diferentes orígenes geográficos, y, de diferentes estratos sociales. Hoy, la heroica Universidad de Los Andes, a través de su Facultad de Ciencias Jurídicas, Políticas y Criminológicas, y en especial, a través de sus distintas Direcciones de Escuela, sus Departamentos, sus Cátedras y múltiples Direcciones de Post-Grado, deciden mantener un paso firme de lucha contra la difícil situación económica que atraviesa la nación venezolana, en conjunto con sus alumnos, que se debaten continuamente como pregunta existencial, la permanencia en las aulas de clase.

El presente número, que representa un esfuerzo más que económico, sino de energía, tiempo, atención y disciplina de su interesante cuerpo editorial, presenta trabajos de diferentes disciplinas jurídicas, que van desde el fundamental Derecho Penal, al Derecho Constitucional, y al Derecho Administrativo, incluso con tópicos tan exóticos como las Contratos Inteligentes, que lejos de ser un tema puramente de Derecho Privado, toca aspectos muy importantes del Derecho Público, en vista de la gran interdisciplinariedad que tiene su marco teórico. Hoy en día es difícil encuadrar los temas de estudio en una sola disciplina. No es erróneo, investigar, o escribir, ni muchos menos publicar sobre temas de exclusivo centro jurídico para una categoría disciplinaria, pero si demuestra, que los investigadores están cada vez más decididos en abordar temas de estudio, que son objeto de estudio por varias disciplinas, desde diferentes enfoques jurídicos. Pues, hoy en día, la epítima de los diferentes tópicos exige abordar nociones e instituciones del derecho desde diferentes ángulos, a los fines de exhibir con mayor precisión las diferentes vistas que se tienen del Derecho, sus conceptos e instituciones.



El Derecho ya no puede ser visto desde un simple enfoque del Derecho Civil, Mercantil, o Procesal, ni mucho menos desde un punto de vista Penal, o exclusivamente laboral, o administrativo. Las ramas del derecho son categorías que instituyen límites artificiales a los estudiantes para definir con una mayor precisión la ciencia jurídica actual. No puede limitar el alcance de la visión que se tenga de una determinación institución. El Derecho Público ya demostró, que requiere ser abordado desde el punto de vista politológico, económico, y sociológico. Carré de Malberg así lo explicó a mediados del siglo pasado, en conjunto con Marcel Prëlöt.

Originalmente, el Derecho Público no tenía un método propio: el enfoque era politológico en cuanto al estudio de sus normas se refería. Por eso, surge la disciplina del Derecho Político, que luego pasó por Derecho Público con ayuda de la dogmática alemana, y finalmente, como Derecho Administrativo, y desde finales de la IIGM como suma, Derecho Constitucional. También el Derecho Público posee un fuerte y marcado enfoque hacia los estudios económicos, como ocurre con el Derecho Económico, que también abarca el estudio del Derecho Privado, a través de los distintos actos civiles y de comercio que pueden celebrar los administrados. Y no puede olvidarse, que el Derecho Penal no sería lo que hoy en día, a nivel de avances, sin el favor de las Ciencias Criminológicas.

El Derecho ya no es lo que era con anterioridad. Pero también, hay que decir, que ciertos temas parecieren quedar igual que siempre, con pocos avances en su epítima central. Y ese es el fin de nuestra apreciada Revista, más que publicar estudios totalmente jurídicos, se busca publicar trabajos científicos que aborden temas nuevos; o, temas viejos con nuevos enfoques: todo por el avance del Derecho en nuestro país, que se debate por su permanencia, frente a los nuevos cambios mundiales, en conjunto con una fuerte crisis institucional, política, económica y social, que asola a nuestra querida patria. Ese es el propósito de nuestra Revista, y siento, que cumplimos.

El **primer trabajo** queda enmarcado por una de las nuevas tendencias evolutivas del Derecho Administrativo, como lo es, *desde un enfoque Global*. Una nueva forma de concebir el Derecho Administrativo ha surgido, y, los venezolanos han decidido no quedarse quietos al respecto, pues han decidido incorporarse a los nuevos senderos del conocimiento científico del orbe. Cabe decir, que Venezuela posee pocos estudios al respecto, y, que la ULA tomará la



senda de abordar el nuevo enfoque del Derecho Administrativo con ayuda del presente trabajo. Finalmente, la internacionalización del Derecho Administrativo es un hecho comprobado. No se sabe a ciencia cierta desde cuándo, pero con su estudio puede observarse, que es un fenómeno viejo, que tardó en vislumbrarse como una nueva área del conocimiento jurídico.

Demás está decir, que diversos Tratados Internacionales suscritos por la República de Venezuela poseen normas con un *contenido regulador administrativo*. Puede decirse, sin lugar a dudas, que ya no sólo existe un Derecho Administrativo de la legislación administrativa como decía el francés Jean Rivero; o, de una constitucionalización del Derecho Administrativo como viene ocurriendo desde la IIGM, sino que ahora, la nueva tendencia es, la internacionalización del Derecho Administrativo, no sólo con ayuda de los Tratados Internacionales que instituye un *ius cogens* internacional, sino con ayuda de Resoluciones Reglamentarias -o no-, de diferentes Organizaciones Internacionales, incluso de Directivas como ocurre con la Unión Europea, a través de su Parlamento Comunitario.

De hecho, los estatutos internos de las organizaciones internacionales constituyen un buen ejemplo al respecto como objeto de estudio. El autor **Héctor Turuhpial Carriero**, quien es un reconocido **Profesor de la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB)**, decidió dedicarse sin excusa a la publicación de una amplia literatura jurídica, durante toda la cuarentena, y nos trae un trabajo titulado: **“APROXIMACIÓN ELEMENTAL AL DERECHO ADMINISTRATIVO GLOBAL”**.

El **segundo trabajo** del presente número seis de la Revista, es la **Profesora Ulandina Maryori Molina Luna**, quien cursa estudios de **Doctorado en Chile**, y, decidió escribir sobre un tema igual de novedoso, como **“los Smart Contracts o los contratos inteligentes.”** El presente tema, que es objeto de arduo estudio, hoy en el mundo, es la primera publicación de un Profesor de nuestra Escuela de Derecho, y, contribuye a explicar con una enorme soltura el estado del arte con el presente tema. Pero además, ella estudia el tema desde el punto de vista del consumidor, quien es parte importante de la presente ecuación económica, y, quien por cierto, no puede verse excluido del tema por su importante posición dentro de los respectivos procesos económicos. La investigación posee como virtud, la enorme claridad en sus argumentos. Así como la extraordinaria ilación argumentativa de sus párrafos; es, una característica presente a lo largo del

trabajo, que aligera su lectura, y consigue, de una forma muy sugestiva, atraer al lector a su apasionado estudio. Hoy la Universidad, también se enorgullece de publicar un trabajo acerca del presente tema.

El **tercer trabajo** queda enmarcado en el *Derecho Procesal Penal*. Su autor es el **Profesor Francisco Ferreira De Abreu**, Profesor de Derecho Penal y de Derecho Procesal Penal de la Escuela de Derecho de la Universidad de Los Andes (ULA), ExJuez Penal del Circuito Judicial del Estado Mérida, y uno de los principales penalistas del Estado. El trabajo se titula “**El Procedimiento de Admisión de Hechos**”, que, es una figura ampliamente debatida por los procesalistas del derecho penal de Venezuela, en vista de la nueva regulación existente con el nuevo Código Orgánico Procesal Penal que tiene una fuerza persecutoria muy acentuada. Sin olvidar, que el procedimiento es muy polémico, tanto por su finalidad, como por la constante práctica por los funcionarios judiciales a través de los tribunales. El Profesor expone su amplia experiencia al respecto, y, lo hace con la suprema claridad con que nos tiene acostumbrados en sus numerosas clases y conferencias.

El **cuarto trabajo** queda enmarcado en el Derecho Constitucional. Su autor es **Angello J. Peña Barrios**, futuro *Magister Scientiarum en Ciencias Políticas de la Universidad de Los Andes (ULA)*, y, laborioso miembro investigador del **Grupo de Investigación Robert Von Möhl**. El trabajo se titula: “**Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano y Cambio Constitucional en Chile: El Mandato de los Derechos Sociales**”. La investigación expone meridianamente el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano, como una corriente que se suscita a fines del siglo XX e inicios del siglo XXI en los países latinoamericanos.

El autor expone, que los casos más representativos y recientes de esta corriente vendrían a ser los nuevos textos constitucionales de procesos llevados a cabo en Ecuador en 2008 y Bolivia en 2009, aunque también se pueden adscribir a esa corriente los casos de Colombia en 1991 y Venezuela en 1999. En estos procesos de cambio constitucional, menciona el autor, se encuentran rasgos comunes que pueden interpretarse como una identidad constitucional. Uno de esos rasgos comunes es la constitucionalización amplia de derechos humanos, especialmente de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, que buscan romper con un diseño netamente liberal e individualista que por largo tiempo fue el modelo acogido en la región para ordenar a los países.





Chile, por su parte, experimenta un proceso constituyente, tras un clima de crisis por la movilización popular del famoso “estallido social” del 18 de octubre de 2019. El objeto de este trabajo es, analizar las causas que impulsaron el proceso constituyente en curso en Chile, en comparación con los procesos constituyentes del NCL para referirse a los derechos sociales. Esto se alcanzará con base en la evidencia que aporta la doctrina, decisiones de los tribunales constitucionales, textos constitucionales e informes de organismos nacionales e internacionales.

El **quinto trabajo** queda enmarcado entre el Derecho Constitucional y la Ciencia Política. Su autor es el **Abogado Jim Morantes M.**, quien es **Consejero Universitario** en la máxima autoridad colegiada de la **Universidad de Los Andes (CU-ULA)**. Es *Doctorando en Ciencias Jurídicas de la Universidad del Zulia (LUZ)* y Abogado Litigante, así como también, el **Consultor Jurídico** de varios partidos del **G4** en Mérida-Venezuela. Su trabajo se titula **“Participación Ciudadana y Sociedad Civil: Enclave Jurídico de la Autonomía del Estado.”** y comprende la dinámica de vida social, que conlleva a indagar, sobre el funcionamiento de la estructura estatal, dominada por el derecho como eje motor que impulsa toda acción en pro de la consecución institucional, y, por supuesto desde esa sinergia, que se debe percibir los diversos grados de interacción ciudadana con reciprocidad actoral, supeditados al rango de acción histórico, delimitado hasta ahora por el territorio, la soberanía y la normativa imperante, lo cual permite dar anclaje al Estado tradicional; punto de partida en la construcción del orden republicano.

Asimismo, aparece de nuevo, como constante de nuestra Revista, un trabajo en la sección estudiantil de Pre-Grado, de nuestro *Semillero Académico*, a los fines de abrir puertas en el bonito sendero de la investigación de nuestra querida alma mater, la Universidad de Los Andes (ULA). La autora es **Sandra Paola Parra Rivas**, quien es estudiante del cuarto año de la carrera de Derecho de la Universidad de Los Andes (ULA). Su trabajo se titula **“Fiscalización en la Ley de Timbre Fiscal del Estado Bolivariano de Mérida”**. La autora expone, que aunque Venezuela es definida normativamente como un Estado Federal según el artículo 4 de la Constitución Nacional, cabe decir, que también, el mismo artículo 4 señala, que Venezuela será un *“Estado Federal, Descentralizado”*, en *“los términos de la Constitución y las Leyes.”* De tal manera, que Venezuela posee una cierta estructura federal, conforme ese artículo 4 constitucional de 1999. Sin embargo,



muchas otras normas constitucionales del todavía vigente texto constitucional de 1999 vacían de sustantividad el mencionado término jurídico organizativo del poder venezolano, pues el federalismo como corriente política, tradicional, y liberal-burguesa, no posee los contornos normativos que delineen de manera complementaria, esa racional forma de organizar el poder.

La mejor evidencia es el sistema tributario dice ella, puesto que descansa en el sistema tributario de un Estado Federal, en un sentido formal. Pero, en un sentido material, los Estados miembros de la Federación, ni tienen autonomía suficiente para crear, ni modificar, o extinguir sus propios tributos, ni tienen autonomía a nivel legislativo para organizar un sistema recaudatorio propio, frente al sistema nacional, pues el Código Orgánico Tributario –*ley nacional*– aplica de una manera directa para Estados y Municipios de la geografía nacional. No importa, que el artículo 1 del vigente Código Orgánico Tributario actual disponga, que sus disposiciones se apliquen de una forma supletoria a los Estados y Municipios para denotar implícitamente con ese término, que los Estados y Municipios poseen autonomía suficiente para desarrollar sus propios contenidos legales en materia tributaria, porque esto es una falacia en cualquier sentido, que denota en el fondo, la necesidad de acudir a normas nacionales para resolver asuntos regionales propios de los Estados.

La **séptima publicación** en el sexto número de la Revista es el “*Análisis de la Sentencia N° 097 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 14 de mayo de 2019, bajo la Ponencia de la Magistrada Carmen Zuleta de Merchán*” por parte del **Abogado en Jefe del Consejo Jurídico Asesor de la Universidad de Los Andes (ULA), Francisco Alfredo de Jongh Sarmiento**. Según el autor del presente análisis: “toda institución familiar, como es el caso de la custodia y la responsabilidad de crianza, ventilada en el caso analizado, debe ser establecida en un todo conforme con el principio del Interés Superior del Niño y Adolescente, siendo que el mismo es de imperativo cumplimiento por parte del Estado, y tradicionalmente aplicado para la solución de conflictos en los que se encuentren involucrados intereses de niños y otros sujetos, tanto en los ámbitos judiciales, como administrativos o judiciales.”

Por último, la **octava publicación** es una reseña bibliográfica del **Profesor Jean-Denis Rosales Gutiérrez, Profesor Agregado de Derecho Constitucional**



de la Universidad de Los Andes (ULA), quien es Doctorando en Ciencias Jurídicas por la Universidad del Zulia (LUZ), y, está próximo a doctorarse.

El Coordinador del Grupo de Investigación Robert Von Möhl (GIROVOM) expone con la obra colectiva de la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB). (2021) *“Crisis y Desencanto con la Democracia en América Latina.”* UCAB-Fundación Konrad Adenauer-AUSJAL. Caracas, Venezuela. Págs. 482, que el periodo, que va de 2002 a 2014, junto al crecimiento económico, fue escenario de avances en la reducción de la pobreza y la desigualdad. Este momento notable, sin embargo, parece haberse sostenido sobre pies de barro. Numerosos países de la región aumentaron sus ingresos a partir de la reprimarización de sus economías. Apostaron al crecimiento aprovechando el incremento de precios de las materias primas. De manera que el continente pareció volcarse de nuevo hacia su pasado, aunque esta vez con una mayor voracidad en la extracción de minerales, hidrocarburos, agua y biodiversidad.

Por otra parte, acaso con buena intención, hay voces que proclaman que más que combatir la pobreza y la desigualdad se debe propiciar el crecimiento. De esto, ya se tiene una experiencia suficiente debido a la aplicación de medidas de ajuste estructural, que propiciaron la retirada de los Estados para dejar que los mercados se regularan por sí mismos. El lento crecimiento previo a los efectos de la pandemia volvió a poner ante los ojos del público, el debate sobre las bases del crecimiento. Para algunos sectores esto debe basarse en la atracción de inversión extranjera, la preponderancia del capital financiero, el ingreso a la revolución digital y la apuesta por la innovación y la competitividad.

Pero otras voces emergen. El estancamiento económico a partir de 2014, implicó un nuevo aumento de la pobreza y de la pobreza extrema, así como una disminución del ritmo de reducción de la desigualdad. Sin crecimiento económico y sin un compromiso sostenido de los Estados para garantizar los derechos sociales, se atestigua a partir de 2019 el incremento del malestar y de la insatisfacción de la población hacia ese conjunto difuso de instancias que condicionan el bienestar. Aun cuando los actores políticos pueden ser identificados, es cada vez **mayor el descontento** hacia todo ese conjunto difuso de agentes que intervienen en la adopción de medidas políticas, económicas, culturales, territoriales o ambientales. Se percibe que las instituciones no actúan

en función de la vigencia de los derechos de las personas, ni en razón del cuidado del ambiente, sino como garantes de intereses particulares.

En este contexto hay que situar la crisis de la democracia en América Latina, que no implica rupturas catastróficas, pero sí debilidades estructurales y riesgos de caudillismo, corporativismo, clientelismo, autoritarismo o cooptación de las instituciones. Situaciones, que adoptan formas específicas en lo local. Sin embargo, hay signos, que muestran posibilidades para salir de lo que parece un destino arraigado en nuestras sociedades. Muchas constituciones recientes –o reformas constitucionales– dan testimonio de la **voluntad de cambio** y de la conciencia de la necesidad de reconocer y garantizar los derechos de ciudadanía. Cientos de instituciones participativas se han creado en las tres últimas décadas en un notable proceso de experimentación democrática. Miles de movilizaciones populares tienen lugar cada año, mostrando la capacidad de resistencia de poblaciones y la disposición de ciudadanos a hacer oír su voz.

Con esto, termina la presentación del **Sexto Número** de la Revista “*Rechtsstaat: Estado de Derecho*”. Espero, que el presente número, sea de vuestro agrado.

El Editor en Jefe
Abdón Sánchez Noguera





APROXIMACIÓN ELEMENTAL AL DERECHO ADMINISTRATIVO GLOBAL ELEMENTARY APPROACH TO GLOBAL ADMINISTRATIVE LAW

Héctor Turuhpial Cariello¹
<https://doi.org/10.53766/ESDER/2021.01.06.01>

Fecha de Recepción: 12 de Septiembre de 2021

Fecha de Aprobación: 09 de Octubre de 2021

Resumen:

El estudio recoge el análisis de las características y corrientes investigativas y normativas que conforman el proceso de formación del denominado por la mayoría doctrinaria Derecho Administrativo Global, a partir de la conversión progresiva del Estado de Bienestar en un Estado Regulador cada vez más “hueco”, desagregado en administraciones autónomas y transferidas o sustraídas sus competencias, y la generación de diversos sistemas y subsistemas de normas supraestatales, de origen público y privado que hacen necesario el replanteamiento de la noción misma del Derecho Administrativo, de las de Administración Pública, gobernanza y de la interrelación entre los actores públicos y privados.

Palabras Clave: Gobernanza, supra-estatalidad, normalización, Estado hueco.

Abstract:

The study includes the analysis of the characteristics and investigative and normative currents that make up the process of formation of what is called by the doctrinal majority Global Administrative Law, from the progressive conversion of the Welfare State into an increasingly "hollow" Regulatory State, broken down into autonomous administrations and transferred or subtracted from their powers, and the generation of various systems and subsystems of supra-state regulations, of public and private origin that make it necessary to rethink the very notion of Administrative Law, those of Public Administration, governance and of the interrelation between public and private actors.

Key Word: Governance, supra-statehood, normalization, hollow state.

INTRODUCCIÓN

El ejercicio del poder estatal se ha vuelto más difuso en la sociedad, y en el espacio internacional – el estatocentrismo implosionó- y tal dispersión se ha acentuado con el debilitamiento sustancial del Estado de Bienestar y su mutación progresiva al Estado regulador y con la virtualización y la proliferación de las relaciones del espacio *intra* e inter-estatal.

¹ Abogado, Profesor de Pregrado y Post Grado de la UCAB. En Pre-Grado ha impartido las materias de Organización de la Administración Pública, Teoría General del Procedimiento Administrativo y de los Actos Administrativos y de la Actividad Administrativa. Profesor de Post Grado en la Especialización de Derecho Administrativo en la Teoría General de los Bienes Públicos, Teoría General de los Contratos Administrativos y Teoría General de los Servicios Públicos.
Correo Electrónico: hturuhpial@gmail.com. **Orcid:** 0000-0003-1737-698X



Están mutando sustancialmente las nociones del Estado-Nación, la del poder, la de la Administración Pública y las correspondientes a las relaciones entre lo público y lo privado y la radicación de la autoridad. El rol de regulador desempeñado por el Estado es la traducción de su desmaterialización y desustancialización progresiva, al menos de la noción del Estado-nación como la conocemos, construida silogísticamente sobre los eslabones de un territorio delimitado, unos habitantes en el asentado y una organización del poder público asentada sobre la organización de sus administraciones públicas.

La transformación del derecho administrativo tradicional vinculado umbilicalmente al estado, hacia uno sin estado, ha estado y está influenciada por factores teóricos y prácticos que se han consolidado en las últimas décadas. Entre algunos de los más relevantes, para el análisis que aquí se expone, se encuentran el paso de un Estado intervencionista a uno regulador, más bien a lo que ha dado por denominarse “estado hueco”, la globalización social y política, la integración económica, la regionalización supranacional a través de varios modelos institucionales y el cambio de modelo organizacional de la Administración pública y, por demás, de la construcción positiva de su organización y de los distintos roles que le competen.

Las teorías del *jus cogens* internacional, del derecho mundial, derecho administrativo global, derecho administrativo internacional, de la escuela de Heidelberg, del constitucionalismo social, derecho en red, derecho posmoderno o pluralismo jurídico y de la creación jurídica informal internacional, así como del derecho transnacional, analizan este fenómeno de un derecho sin Estado, promoviendo y propiciando, o sencillamente reconociendo la hibridización y los cruces de sistemas jurídicos, de regímenes regulatorios y la horizontalización de los roles gubernamentales para la equiparación y la incorporación de actores no gubernamentales a los centros de formación y generación de políticas públicas y de normación y regulación supra estatales.

La desregulación supra estatal del Derecho Administrativo como parte del proceso de globalización de sus presupuestos estructurales, es un fenómeno que decididamente va extendiéndose y que ha de cambiar el universo de las



relaciones entre la sociedad y el Estado tal y como estas estaban instauradas desde el Siglo XVIII, y la propia conciencia con la cual se percibe la realidad².

La regulación plurigubernamental o comunitaria de la administración, enfilada a asumir y absorber las consecuencias de las actividades desplegadas por las redes de globalización, públicas y cada vez más con participación de las redes privadas, en servicios públicos o actividades de interés general, en áreas tales como la asistencia financiera a los países en desarrollo, la protección ambiental, la regulación bancaria y financiera, las telecomunicaciones, el comercio de productos y servicios, la propiedad intelectual, los estándares laborales, los procesos de normalización o estandarización, los movimientos

² Téngase presente que la identificación y la radicación de toda autoridad en lo público, en la organización administrativa del poder del Estado y la separación entre Estado y Sociedad, es obra histórica del Estado Liberal que se encumbra en el siglo XVIII y que no reconoce autoridad para la gobernanza a la sociedad ni a los actores privados, sino autonomía. La actividad teórica de especulación filosófica y política, conocida y llamada genérica y comúnmente como racionalismo filosófico, y más específicamente conocidas como el Iluminismo y la Fisiocracia², alumbraron, entre otras muchas corrientes, la doctrina del liberalismo, cuyos postulados abanderaron las Revoluciones Americana de 1776 y a la Francesa de 1789, siendo en consecuencia estas, revoluciones liberales, en el sentido de que la soberanía de la ley que abanderan ambas revoluciones es un mecanismo político y jurídico de protección de las libertades individuales frente al poder absoluto del Estado. En términos amplios, la doctrina unitaria del Estado Liberal, sustentada sobre la idea de una sociedad autosuficiente en la que el Estado no debe intervenir, recoge y amalgama los postulados teóricos fundamentales de la doctrina económico- filosófica del fisiocratismo, manifestación sectorial de la filosofía del Iluminismo, y, en particular, las contribuciones de QUESNAY, TURGOT y HUME; y por la vertiente del pensamiento político no es casual que las obras de MONTESQUIEU, *El espíritu de las Leyes*, y la de ROUSSEAU, *El Contrato Social*, fueren publicadas en 1748 y 1762 respectivamente, durante el período de auge de las doctrina fisiocráticas. Según la doctrina fisiocrática, la sociedad tiene un orden natural, basado únicamente en el juego del mercado y sobre la base de la propiedad, dinamizada por la “*circulación de la riqueza*”; juego o ley que dejado a la libre voluntad individual, conducirá a una sociedad abierta e igualitaria, condición esencial de la vida social; y en virtud de la cual por la circulación y permeabilidad social de la riqueza desaparecerían las rígidas compartimentaciones del antiguo orden estamental social.

Tal doctrina de un orden natural inmanente a la sociedad y que da nombre a la escuela, queda resumida por QUESNAY en su conocida máxima *Ex natura jus ordo et leges*.

De manera que el naciente Estado Liberal, así pensado por el *doctrinarismo liberal* e inspirado en los postulados de los fisiócratas franceses y pensadores fundamentales que hemos someramente reseñado, modelo de estado asimilado y propugnado por SMITH, en términos de contraposición dialéctica respecto a la sociedad, se explica y justifica políticamente en su relación con la sociedad, como uno de los dos sistemas con dinámicas autónomas entre sí, con sus leyes propias cada sistema, Estado-Sociedad, bajo las siguientes premisas, según lo precisa GARCIA PELAYO:

A.-El Estado se concibe bajo el modelo liberal como una estructura racional pero artificial jerarquizada de relaciones sucesivas de supra y subordinación, ordenadas burocráticamente, divididas en poderes, y dirigidas o gobernadas por leyes abstractas producto de la voluntad general. Sus objetivos y cometidos son la seguridad, la convivencia pacífica, la protección de la propiedad y la prestación de los servicios públicos, directa o indirectamente. Es el titular de toda autoridad y de toda competencia. Así, tanto en el Estado Absoluto como en el Estado Liberal, la noción de autoridad se identifica con la organización jurídica pública constitucional y legal de los Poderes Públicos y excluye toda pretensión de titularidad en cualquier sentido por parte de lo privado, es decir, de la sociedad.

B.-La sociedad, de manera distinta y contrapuesta, es entendida como una ordenación espontánea en su percepción exterior, pero dotada de la racionalidad y la dinámica inmanente de un orden causal natural subyacente, orden que se manifiesta mediante leyes económicas y se gobierna mediante sus propias relaciones competitivas, a las cuales se subordinan otras leyes, todo ello en una estructura horizontal de intercambio de estas relaciones.

C.- El Estado, en tanto organización artificial, en consecuencia, debe abstenerse de intervenir coartando o alterando el orden causal natural con el que la sociedad evoluciona dinámicamente hacia su bienestar. Véase: Turuhpial, H. (2021) “*La Actividad Administrativa*.” CIDEP. Caracas D.F., Venezuela; García, M. (1991) “*Obras Completas, Tomo II, El Estado Contemporáneo y sus Transformaciones*.” Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, España.

transfronterizos de poblaciones, incluyendo a los refugiados, las jurisdicciones internacionales, constituyen todas ellas un ejemplo de complejas relaciones entre estas actividades y su indispensable dimensión trans-estatal, dado que no pueden ya ser adecuada ni eficientemente afrontadas a través de legislaciones regulatorias nacionales o aisladas de un entorno global.



DESARROLLO

1_. El Derecho Administrativo Global.

1.1_. Polisemia de la Noción.

En tal virtud, se han creado en el espacio que es de todos los estados y no es de ninguno -*commune spatium omnibus*- sistemas transnacionales de regulación o de cooperación regulatoria a través de tratados internacionales y de redes intergubernamentales de cooperación más informales o también redes conformadas por actores privados, sustituyendo y desplazando muchas decisiones regulatorias del nivel nacional y trasladando el centro de decisiones a una instancia global y asociando de unas maneras nuevas a los actores sociales privados con los públicos.

Esta nueva fórmula, todavía no es posible gnoseológicamente calificarla de disciplina, organizativa y de generación regulatoria normativa global viene siendo estudiada y promovida desde diversos centros de investigación y universidades, destacando, entre otras, dos grandes tendencias o corrientes:

- La anglosajona que estudia el Derecho Administrativo Global y uno de cuyos más conspicuos representantes desarrolla las investigaciones de la Universidad de New York, el Profesor KINGSBURY³ y su equipo, quienes han dado en denominar a este fenómeno, objeto de su proyecto

³ Véanse: Benedict Kingsbury, Nico Krisch y Richard B. Stewart (2005): *El surgimiento del Derecho Administrativo Global*, Universidad de New York, Nueva York; Sabino Cassese, "Administrative law without the State? The challenge of global regulation", en New York University Journal of International Law and Politics, n° 37, New York, New York University School of Law, 2005; Guy Isaac (1996), *Manual de derecho comunitario general*, traducción de la 4ª ed. francesa, Barcelona, Editorial Ariel, 1996, y a Eduardo García de Enterría y Santiago Muñoz Machado (dir.) (1986), *Tratado de derecho comunitario europeo*, 2 ts., Madrid, Editorial Civitas; López Escarcena, Sebastián (2018). Contextualizando el derecho administrativo global. Anuario Colombiano de Derecho Internacional, 11, 259-305. <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/acdi/a.6544>.



investigativo⁴, con la nomenclatura GAL, es decir, *Global Administration Law* y;

-. La Alemana, que fue “inaugurada” por el profesor Eberhard SCHMIDT-ABMANN, en la lección impartida con ocasión de su jubilación, centrada su exposición en el *Internationales Verwaltungsrecht (IVR)*, y que, asumido el relevo, viene desarrollando un proyecto de investigación impulsado desde el Instituto Max Planck de Derecho Público comparado, cuyas directrices fundamentales aparecieron publicadas en un número especial de la *German Law Journal*, bajo el título «*The Exercise of Public Authority by International Organizations: A Research Project of the Max Planck Institute for International Law*»⁵, trazando el perfil del llamado por ellos *Derecho Administrativo Internacional*⁶.

También puede hablarse de una corriente investigativa española, liderada por los profesores y catedráticos RODRIGUEZ ARANA, PONCE SOLÉ, DARNACULLETTA, BARNES, BALLBÉ, MEILAN GIL y otros⁷, corriente definitivamente influenciada por el GAL o la escuela anglosajona.

En abono a lo anterior, diversas fórmulas calificatorias son utilizadas por la doctrina y la jurisprudencia para definir y describir el fenómeno evolutivo del Derecho Administrativo Global: el denominado Constitucionalismo Social o la

⁴ Proyecto de Investigación sobre Derecho Administrativo Global, Institute of International Law and Justice de la Facultad de Derecho de New York University, en conjunto con el *Center on Environmental and Land Use Law*.

⁵ Véanse de manera fundamental: A. Von Bogdandy, P. Dann y M. Goldmann (2008), «*Developing the Publicness of Public International Law: Towards a Legal Framework for Global Governance Activities*», *German Law Journal*, 9-11, págs. 1375-1400. Una versión en español del planteamiento de este proyecto puede encontrarse en A. Von Bogdandy, P. Dann y M. Goldmann (2010), «*El Derecho Público Internacional como Derecho Público: Prolegómeno de un Derecho de los mercados financieros*», en J. Martín Y Pérez DE Nanclares (coord.), *Estados y organizaciones internacionales ante las nuevas crisis globales*, AEPDIRI, IUSTEL, Universidad de La Rioja, Madrid.

⁶ La doctrina, sin embargo, distingue claramente entre el Derecho Administrativo Global y las otras ramas del Derecho en las cuales abrevia. Así, Sevillano Iglesias nos dice “...*el Derecho Administrativo Global puede distinguirse de un Derecho Administrativo Internacional, que sería aplicable a los fenómenos estrictos de administración institucional internacional -tendría quizá un cierto rasgo estatutario-. Igual de clara para esta doctrina es la cesura entre el Derecho (Administrativo) Global y el Derecho Internacional Público, con el que no cabe confusión posible, pues el Derecho Administrativo Global amalgama normas de origen supranacional, procedimientos de origen estatal y sujetos privados jurídicamente activos...*”. Véase: Sevillano Iglesias, Héctor (2020): *El Derecho Administrativo Global: Una teoría normativa*; UNAM, Madrid, pp. 63 y ss.

⁷ J. Barnes (2015), «La transposición de valores públicos a los agentes privados por medio de elementos de organización y de procedimiento», M. M. Darnaculleta Gardella, J. Esteve Pardo e I. Spiecker Gen. Döhmman (coords.), *Estrategias del Derecho ante la incertidumbre y la globalización*, Marcial Pons, Madrid, págs. 281-311. 3 J. C. Alli Aranguren (2004), *Derecho Administrativo y globalización*, Civitas, Madrid, 2004; O. Mir Puigpelat (2004), *Globalización, Estado y Derecho. Las transformaciones recientes del Derecho Administrativo*, Thomson-Civitas, Madrid; J. V. González García (2004), «Globalización económica, administraciones públicas y derecho administrativo: presupuestos de una relación», *RAP*, 164, págs. 7-40; M. BALLBÉ (2007), «El futuro del Derecho Administrativo en la globalización: entre la americanización y la europeización», *RAP*, 174, págs. 215-276.

teoría del Bloque de Constitucionalidad; el llamado Derecho Internacional Administrativo y el Derecho mundial para la humanidad, entre otras.

Así entonces, como lo han dejado claro KINGSBURY, KRISCH y STEWART⁸, muchos de los presupuestos y de la implementación de dicha regulación transnacional y supra estatal se hallan establecidos y determinados por órganos administrativos transnacionales –incluyendo organizaciones internacionales y grupos informales de funcionarios- que desarrollan funciones administrativas o, mejor dicho, actividad administrativa, pero que no están sujetos directamente al control de los gobiernos nacionales o a los sistemas legales domésticos o, en el caso de los regímenes basados en tratados, a los Estados parte del tratado. Estas decisiones regulatorias llegan a ser implementadas y aplicadas directamente por el sistema global a actores privados o, aún más frecuentemente, a través de medidas de ejecución a nivel nacional.

Del mismo modo, es cada vez más importante la regulación descentralizada gubernamentalmente y desarrollada por órganos privados internacionales que establecen estándares de rendimiento, producción, prestación de servicios públicos o la gestión de actividades de interés general, etc., y por organizaciones híbridas público-privadas que incluyen representantes de empresas, ONGs, gobiernos nacionales, y organizaciones intergubernamentales.

Este creciente ejercicio del poder regulatorio transnacional, que no es monopolio de los Estados y ni siquiera de lo público, ha comenzado a estimular dos tipos diferentes de respuestas: primero, la tentativa de extender el derecho administrativo doméstico a las decisiones regulatorias intergubernamentales que afectan a una nación; y segundo, el desarrollo de nuevos mecanismos de derecho administrativo a nivel global para enfrentar decisiones tomadas y reglas adoptadas dentro de los regímenes intergubernamentales.

⁸ Véase: Benedict Kingsbury, Nico Krisch y Richard B. Stewart (2005): *El surgimiento del Derecho Administrativo Global...* En el caso de la doctrina española, entre otros, deben consultarse: J. PONCE SOLÉ (coord.) (2010), *Derecho administrativo global. Organización, procedimiento, control judicial*, INAP, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires; J. A. Moreno Molina (2011), *Derecho global de la contratación pública*, Ubijus, Asociación Internacional de Derecho Administrativo y Foro Mundial de Jóvenes Administrativistas, México; J. L. Meilán Gil (2013), *Una aproximación al derecho administrativo global*, Editorial Derecho Global, Global Law Press, Sevilla. 5 J. Rodríguez-Arana Muñoz (2010), «*El derecho administrativo global: un derecho principal*», Revista Andaluza de Administración Pública.





También ha surgido un problema de legitimidad, dado que el desventramiento o ahuecamiento del Estado, cediendo, transfiriendo y trasladando competencias a entes políticos territoriales, a actores privados o a actores transnacionales o supraestatales, significa una ruptura de la relación de representación entre los ciudadanos y los titulares de los poderes u órganos públicos elegidos popularmente. Lo cierto es, que la internacionalización del Derecho Administrativo, reduce sustancialmente el papel de los parlamentos nacionales y, con ello, la democracia parlamentaria pierde protagonismo como argumento de legitimación del poder.

1.2_. El Origen: El Ascenso del Neoliberalismo.

La regulación en el ordenamiento jurídico constitucional venezolano es, una función pública de imperativo acatamiento por el Estado por mandato y prescripción del artículo 112 constitucional, el cual lo instruye para racionalizar y regular la economía, impulsando el libre mercado y la iniciativa privada.

El posicionamiento del Estado Regulador no obedece sólo a su aparición como alternativa sustitutiva del Estado de Bienestar intervencionista y expresión de políticas públicas de liberalización de la economía y de retracción del Estado: Este posicionamiento requiere, pues, el rediseño institucional del rol y la personificación de sus administraciones públicas, así como la implementación de mecanismos que aseguren una real y verdadera autonomía entre los entes reguladores y los sujetos regulados, y la protección del sentido último de la regulación que es la preservación de la eficiencia de los mercados en beneficio de los consumidores y usuarios y también de los productores o agentes económicos.

Las administraciones públicas reguladoras, trátase de agencias o de autoridades o administraciones independientes, y cualquiera sea la forma jurídica que adopten, por lo general y como lo ha precisado POMED SANCHEZ comparten concurrentialmente una serie de características comunes⁹:

- . Todas ellas están llamadas a actuar sobre sectores especialmente sensibles de intervención pública por el interés general que representan

⁹ Pomed, L.A. (1993) *Fundamento y Naturaleza Jurídica de las Administraciones Independientes* En "RAP N° 132." Madrid, España. pp. 120, 121.



esos sectores, ya sea como servicios públicos o como actividades privadas de interés general: radio y televisión, energía nuclear, sistema crediticio y financiero, telecomunicaciones, transporte, etc.

- El propósito que se persigue encomendando a las Administraciones Independientes dicha actuación no es en modo alguno el de proceder a la constitución de Ordenamientos jurídicos sectoriales, modelación que corresponde más bien al legislador. Antes bien, se trata de asegurar el alejamiento de las instancias de intervención de la lucha política partidista.

- Finalmente, al requisito constitucional de la objetividad e imparcialidad de la Administración pública, este modelo organizativo añade otra nota caracterizadora, el de su neutralidad. Se trata de alcanzar objetivos específicos y continuados: la transparencia informativa, la seguridad nuclear, la estabilidad monetaria, el buen funcionamiento del mercado de valores, la adecuada cobertura de salud o de la prestación de tales servicios, o la defensa de la intimidad frente al uso indebido de la informática, entre otros, que afectan al conjunto de la sociedad y cuya proyección temporal se extiende más allá de la vida de los Gobiernos de turno.

Empero, no obstante, la circunstancia de no constituir el propósito que se persigue con su creación la conformación de ordenamientos jurídicos sectoriales, lo cierto es, que hoy en día, la mayor parte de las agencias reguladoras o autoridades administrativas independientes, operan inmersas en ordenamientos jurídicos sectoriales, los cuales se han enmarcado por el legislador calificando a la actividad privada, que conforma su núcleo dinámico, como una actividad privada de interés general, y habilitando todo un piso sectorial creado por la normación sub-legal, reglamentaria o prudencial, como se quiera calificar – las tres expresiones son válidas- e inclusive supra estatal.

MAJONE¹⁰, ha formulado acendradas críticas por las desbordadas infraestructuras prestacionales, sobrevenidamente ineficientes y generadoras de gastos públicos difíciles de cubrir si se pretende mantener la accesibilidad a los servicios públicos, todo lo cual ha conducido a crisis fiscales con la consiguiente

¹⁰ Giandomenico, M.-La Spina, A. (1993) “*El Estado Regulador.*” Repositorio Digital. CIDE. Génesis y Políticas Públicas. Volumen II. Pág. 198.



dificultad para conseguir los recursos de financiamiento de la actividad administrativa. En pocas palabras,

...La acción reguladora del Estado no ha estado a la altura de los tiempos. Pareciera que el mercado y su “racionalidad” han sobrepasado los instrumentos clásicos de reacción pública ante los desmanes que estamos conociendo. La propia funcionalidad del Estado está en entredicho cuando la aguda crisis financiera y económica ha hecho añicos las formas tradicionales de proyección de la acción pública...¹¹

De modo que, estas disfunciones consideradas como connaturales a la propuestas política y jurídica de la fórmula del Estado de Bienestar, junto a la convicción en influyentes escuelas económicas de la inviabilidad de este modelo prestacional directo, le han abierto las puertas al monetarismo, por un lado, y a la transformación del rol intervencionista del Estado al rol de regulador. El Estado de Bienestar parece condenado históricamente, por lo menos para los monetaristas, en ser el responsable de la ingobernabilidad de las democracias actuales.

Un momento fundamental de esta transformación ideológica y concepción sobre el rol del Estado se cumple cuando Margaret Thatcher llega al poder en 1979 como Primer Ministro de Gran Bretaña, y Ronald Reagan como Presidente de los Estados Unidos en 1980, convirtiendo estas ideas conservadoras en el nuevo catecismo político-económico etiquetadas bajo el mote de *neoliberalismo*.

Lo que en principio, con el monetarismo, parecía una simple receta para controlar la espiral inflacionaria, se convirtió después en un programa político de mayor envergadura que promovió las prescripciones hayekianas de achicamiento del gobierno, privatización y desregulación.

Con este achicamiento, o ahuecamiento más bien, dado que el Estado cedió espacios y titularidades prestacionales a los privados que históricamente formaron parte del núcleo duro de su poder público y del sentido existencial de sus administraciones públicas, el Estado permitió el crecimiento y multiplicación de redes de actores.

¹¹ Rodríguez-Arana, J. (2013) La Crisis del Estado de Bienestar, En “Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano.” Caracas D.F., Venezuela. Pág. 96.



El cambio ideológico hacia el neoliberalismo, es una respuesta al replanteamiento, en un plano general, de la relación Estado-sociedad y a la regeneración de la administración pública, de manera particular, de la interacción de gobiernos y mercados, en el contexto de la crisis y las transformaciones económicas y sociales de la década de los setenta y ochenta, ofreciéndose respuestas por los ideólogos neoliberales, los cuales enfatizaron la importancia de disminuir las funciones económicas del Estado, para dejar mayores espacios de libertad económica a la gestión del mercado y a los actores privados, libertad que fue extendiéndose y trascendiendo al espacio global internacional.

Este nuevo modelo de Estado, que surgió a nivel mundial, a finales de los setenta, y se asentó en la década de los ochenta, se presentó con un arsenal estratégico e instrumental de técnicas y políticas públicas de interrelación con la sociedad, que dieron paso de la intervención disciplinante, a la privatización, liberalización y/o desregulación, recortes fiscales, integración y competencia económica.

Es en la década de los 80, que se encumbra hegemoníamente el neoliberalismo, asumido como la contrapartida dialéctica a las antiguas concepciones keynesianas, o en el caso de América Latina a las posturas desarrollistas. Este modelo económico conjuga diversos elementos, en virtud de los cuales el Estado se reserva un rol de mero coordinador y facilitador entre los agentes económicos y la sociedad, dejando al mercado como el principal agente de producción y distribución de la riqueza, y a los privados el papel de principal proveedor de bienes y dinamización del mercado laboral. De manera que, los modos tradicionales de actuación de la administración, en ejercicio de los poderes legales de mandar e imponerse, han ido mutando progresivamente para buscar el consentimiento y apoyo de los ciudadanos en la conformación de las políticas públicas, en un proceso que tiende cada vez más a la auto-regulación, uno de cuyos postulados fundamentales, manifestación evidente de la acumulación de poder de las grandes corporaciones que dominan sectores fundamentales como telecomunicaciones, energía, audiovisual, electricidad, ferrocarriles, etc., es la de la vuelta a la regulación mínima¹².

¹² Muñoz, S. (2004) "Tratado de derecho Administrativo y Derecho Público General. Tomo I." Thomson-Civitas. Págs. 1254-1255.



El triunfo ideológico del liberalismo económico por sobre el pensamiento socialista, significó la concepción del mercado en un mecanismo efectivo de regulación que fomenta una cultura global de consumo y, a la vez, se asienta en la democracia liberal como la única forma de organización política capaz de establecer una relación equilibrada entre las aspiraciones individuales y colectivas de libertad con el poder del Estado.

No obstante su heterogeneidad y diversidad, estas nuevas estrategias concurren en un presupuesto finalístico común: limitar el rol del Estado positivo o interventor, con lo cual no se pretendió dismantelar al Estado ni confinarlo a ser un convidado de piedra, sino que se redimensiona su rol en la economía mediante un mayor énfasis en mecanismos de control público externo de las actividades privadas de interés general, caracterizados principalmente por el uso de normas reguladoras y agencias reguladoras, esto es, a través del Estado regulador. Pero lo cierto es, que tal achicamiento o ahuecamiento han producido el fenómeno llamado “el Estado hueco” y a generar lo que ha dado en denominarse “el déficit democrático”.

1.3_. El Ahuecamiento del Estado y el Déficit Democrático.

Las primeras medidas que se asociaron a este modelo neoliberal fueron la desregulación y la privatización. No se pretendía una limitación absoluta del rol del Estado en la economía, lo cual es prácticamente imposible; sino más bien se trataba de reorganizar las funciones y las potestades de intervención en los mercados.

En efecto, la conversión del maltrecho modelo del Estado de Bienestar en un Estado Regulador en asunción y ejecución de un programa neoliberal, en ejercicio de técnicas de repliegue y de “despublificación” para permitir a los actores privados mayores espacios de autonomía, se cumplió entonces como una señal del advenimiento del neoliberalismo.

Así, en 1978 Deng XIAOPING emprendió los primeros pasos decisivos hacia la liberalización de una economía comunista y en el plazo de dos décadas, China se transformó en una turbina de generación capitalista con una tasa de crecimiento sostenido sin precedentes en la historia de la humanidad.



En las antípodas del Pacífico y bajo condiciones muy distintas, Paul VOLCKER asumía el mando de la Reserva Federal de Estados Unidos en julio de 1979, y en los meses inmediatamente siguientes ejecutó una drástica transformación de la política monetaria. A partir de ese momento, la Reserva Federal asumió la lucha contra la inflación, sin importar las posibles consecuencias (particularmente, en lo relativo al desempleo).

En Gran Bretaña, Margaret THATCHER era elegida primera ministra en mayo de 1979, con el compromiso público de someter y erosionar el poder de los sindicatos y de acabar con el deplorable estancamiento inflacionario en el que había permanecido sumido el país durante la década anterior. Poco después, en 1980, Ronald REAGAN era elegido presidente de Estados Unidos e inmediatamente colocó a Estados Unidos en el rumbo de la revitalización de su economía apoyando las acciones de VOLCKER en la Reserva Federal y añadiendo su propia receta de políticas para socavar el poder de los trabajadores, desregular la industria, la agricultura y la extracción de recursos, y suprimir las trabas que pesaban sobre los poderes financieros tanto internamente como a escala mundial.

Tanto VOLCKER y REAGAN, como la THATCHER, aplicaron el recetario de una singular y engavetada doctrina a la que denominaban en el argot y en los ambientes económicos “neoliberalismo”, y la transformaron en el principio rector de la gestión y el pensamiento económicos. HARVEY expone su propia definición del neoliberalismo:

...El neoliberalismo es, ante todo, una teoría de prácticas político-económicas que afirma que la mejor manera de promover el bienestar del ser humano, consiste en no restringir el libre desarrollo de las capacidades y de las libertades empresariales del individuo, dentro de un marco institucional caracterizado por derechos de propiedad privada, fuertes mercados libres y libertad de comercio. El papel del Estado es crear y preservar el marco institucional apropiado para el desarrollo de estas prácticas. Por ejemplo, tiene que garantizar la calidad y la integridad del dinero. Igualmente, debe disponer las funciones y estructuras militares, defensivas, policiales y legales que son necesarias para asegurar los derechos de propiedad privada y garantizar, en caso necesario mediante el uso de



la fuerza, el correcto funcionamiento de los mercados. Por otro lado, en aquellas áreas en las que no existe mercado (como la tierra, el agua, la educación, la atención sanitaria, la seguridad social o la contaminación medioambiental), éste debe ser creado, cuando sea necesario, mediante la acción estatal. Pero el Estado no debe aventurarse más allá de lo que prescriban estas tareas¹³.

Desde la década de 1970, entonces, HARVEY considera, se ha producido y consolidado un drástico giro hacia el neoliberalismo tanto en las prácticas como en el pensamiento político-económico. La desregulación, la privatización, y el abandono por el Estado de muchas áreas de la provisión social han sido generalizadas. En definitiva, “*el neoliberalismo se ha tornado hegemónico como forma de discurso*”¹⁴.

Los gobiernos centrales transfieren su capacidad o atribuciones de mando y descentralización de los servicios a los gobiernos locales y, por extensión, a terceros privados o particulares. Esta sustitución o traslación de funciones hace necesario replantearse la coordinación de nuevos mecanismos de diseño de políticas públicas, con una administración y una gobernanza horizontalizadas y allanada a la voluntad participativa recíproca de los entes no gubernamentales, el diseño de mecanismos para la rendición de cuentas, la comunicación y coordinación de decisiones entre los distintos actores y la creación de nuevas herramientas intelectuales en la administración pública¹⁵.

La interacción derivada de este “ahuecamiento” del Estado, sus procesos, regulaciones y reglas, han sufrido un cambio drástico, dado que mientras en el interior del Estado este se ha replegado y recogido sobre sí mismo, renunciando a la mayor parte de las técnicas de intervención radicales o del incremento de titularidades públicas, como la expropiación, la nacionalización, la reserva de

¹³ Harvey, D. (1998) “Breve Historia del Neoliberalismo.” Páginas personales UNAM, Págs. 8,9. También debe consultarse la edición en castellano: *La Condición de la Posmodernidad*, Buenos Aires, Amorrortu. J.F. Lyotard (1984) “*The Postmodern Condition*.” Manchester, Manchester University Press. pp. 66 (ed. cast.: *La condición posmoderna*. Madrid, Ediciones Cátedra, 1989).

¹⁴ Ídem, p.9.

¹⁵ El término *hollow state* fue acuñado por H. Brinton Milward, Keith Provan y Barbara Else, basados en un concepto que describe la estrategia de las empresas transnacionales en la época de la globalización (*hollow corporation*). Véase: *La Gestión Pública. Su situación actual*” Bozeman, Barry (Coordinador). Fondo de Cultura Económica. México, 1993. Bajo el título de *¿Qué es el Estado Hueco?, perteneciente a la Parte Séptima (Formulación de Políticas y Gestión Política)*, capítulo XX del manual mencionado anteriormente, H. Brinton Milward, KeithG. Provan y Bárbara A, Else.



actividades y servicios, la publicación de actividades, la gestión empresarial directa; desde el espacio global administrativo llegan verdaderos mecanismos y decisiones regulatorias cuya recepción, incorporación e implementación en el ordenamiento jurídico interno es prácticamente automática.

De modo, que el Estado-nación tradicional, pleno de potestades de ejercicio autónomo, se ve desgarrado y “ahuecado” en el ejercicio real de su actividad prestacional puesto y, además, con una crisis de legitimidad por estas dos fuerzas globalizantes ambas y que operan simultáneamente:

- La primera de ellas sustrae hacia arriba, y abstrae las funciones estatales al espacio de la transnacionalización del poder político en sus diferentes modalidades, espacio plural en el que reúnen actores inscritos en la globalidad, la supranacionalidad, la intergubernamentalidad o la internacionalidad.

- La segunda fuerza opera en sentido político descendente, hacia “abajo”, apunta al empoderamiento del nivel de las entidades político-territoriales menores, es decir, a la corriente propiciatoria de la descentralización o transferencia de competencias sobre servicios esenciales hacia las provincias y municipios y también hacia los sectores privados, que tiende a extenderse progresivamente.

Como consecuencia del accionar simultáneo de ambas fuerzas, se deriva un desgarramiento o “perforamiento” del rol clásico del Estado-nación y un indiscutible “vaciamiento” o pérdida de su capacidad de influencia, situándolo en competencia abierta con estos dos niveles emergentes¹⁶.

¹⁶ En su sentido esencial El término **déficit democrático** es empleado de manera oficial por la Unión Europea y la Organización de las Naciones Unidas (ONU), para designar a las organizaciones públicas y privadas que no desarrollan mecanismos democráticos y sobre todo a la inexistencia en ellas y en sus procesos de un sistema de elección por votación universal, libre, directa y secreta de sus líderes o miembros rectores de sus órganos de dirección. Aunque algunos autores atribuyen la primera alusión del déficit democrático a David Marquand en el año 1979, lo cierto es que apareció dos años antes en el manifiesto elaborado por Richard Corbett en nombre de Jóvenes Europeos Federalistas. Así las cosas, en el capítulo primero del Manifiesto, redactado por él, se titula “El déficit democrático”. disponiendo que “Las pocas medidas que se han tomado para abordar los problemas a nivel europeo se han realizado en un marco intergubernamental. [...] Este sistema [de la Comunidad Europea], agravado por la práctica del derecho de veto para cada país, simplemente logra un compromiso de los enfoques nacionales, no una solución europea”. Defienden los jóvenes federalistas, en lo que aquí interesa, que “es necesario crear instituciones capaces de resolver problemas a escala europea que hayan escapado al control de los estados nacionales”.

Véase: Jorge Grandi: *Deficit democrático y social en los procesos de integración*, p. 428. El criterio contrario, es decir, la negación de que en la UE exista un déficit democrático es sostenida por Salvador Fornes y Heidy Cristina Senante en una magnífica obra titulada “*La Unidad Europea. Una aproximación histórica a la Europa Comunitaria*”; publicación de la Universidad de Alicante; Azman, Dilek Kübra: “problema of ‘democratic deficit’ in the European



Este “ahuecamiento” del Estado por la sustracción supranacional de sus atribuciones, mucha de ellas esenciales, así como la traslación o transferencia en sentido descendente de sus competencias, ha provocado entonces una ruptura entre los mecanismos democráticos de elección que corresponden a los ciudadanos respecto a sus autoridades políticas y de gestión y, derivado de ello una situación de déficit democrático. Ello, en virtud, de que quienes desarrollan actividad administrativa fundamental ya no son en muchos casos actores públicos y en particular no son los actores públicos elegidos electoralmente, sino actores privados subrogados en el ejercicio de potestades públicas, actores locales o nacionales y actores globales y supraestatales y, por tanto, no sometidos al poder de sujeción y subordinación que es típico de las organizaciones administrativas formales tradicionales.

Este cambio radical en la relación entre el Estado y la sociedad, entre lo público y lo privado y, en particular, en la ruptura de la relación unívoca entre la noción de autoridad y su entificación en la Administración Pública, se refleja en tres situaciones concurrentes y vigentes:

A.- El estado es desplazado o acepta retirarse como el actor principal de la política pública -STRANGE, 1996- al romperse la relación de identidad de la autoridad política con lo público y aceptarse la idea y la realidad tangible de la autoridad política privada en la gobernanza global. Este desplazamiento ocurre por las presiones globales sobre los gobiernos nacionales a través de los mercados internacionales de capital y de organizaciones supranacionales, empresas transnacionales, Banco Mundial, Fondo Monetario Internacional, Organización de Libre Comercio, etc., actuando como actores privados dotados de una autoridad privada con poder para movilizar recursos e influir en la disciplina de las relaciones internacionales¹⁷.

Union”. *International Journal of Humanities and Social Science* 2011/1, p. 244 y Meny, Yves: “De la *Démocratie en Europe: Old Concepts and New Challenges*”. *Journal of Common Market Studies* 2002/1, p. 8 y Díaz Narváez, Antonio: El principio democrático en el Derecho de la Unión Europea. Tesis doctoral. Getafe, 2015, disponible en <https://earchivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/22243/diaz-narvaez-a-tesis.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, p. 46, nota 73. 3 Marquand, D. (1979) “*Parliament for Europe*.” Jonathan Cape Ltd. Londres, <http://federalunion.org.uk/the-first-use-of-the-term-democratic-deficit/>; Francisco Javier Matia Portilla Del déficit democrático de la Unión Europea a la defensa de la pervivencia de los estados constitucionales en su seno.

¹⁷ El concepto de autoridad privada en la disciplina de las relaciones internacionales, que rompe el monopolio de la identificación de la autoridad con lo público-gubernamental, se le debe a Strange y luego a sus investigaciones junto a Stopford. Véase: Strange, S. (2001) “*La retirada del Estado. La Difusión del Poder en la Economía Mundial*.”



B.-La formación de redes de actores sociales mediante la instauración de lazos formales e informales entre el estado y otros actores sociales, tales como sindicatos y grandes empresas. Los actores sociales también desarrollan redes de interacción entre ellos que son ajenas al estado. Las redes no-estatales son capaces de diseñar y operar políticas que anteriormente eran administradas de manera jerárquica por el estado.

C.- Cambios en la relación sector público-sector privado, rompiéndose así la tensión dialéctica que existía desde el siglo XVII con la instauración del Estado Liberal y la separación entre Estado y sociedad, con la consiguiente atribución monopólica de la autoridad a la organización estatal de lo público. Predomina la corriente de la nueva gerencia pública (NGP) que propone la adopción de la administración y técnicas de distribución de los recursos con base en las reglas del mercado; mayor participación del sector privado en la provisión de los servicios públicos.

STRANGE sostiene, que el Estado no es la única fuente de autoridad en la EPI, sino que hay que diferenciar entre el poder relacional y el poder estructural. El primero se define como la capacidad que tiene un actor de hacer que otro actor haga algo que no haría de otra forma. Mientras que el poder estructural es un concepto más complejo y al mismo tiempo más relevante para entender la dinámica de las relaciones económicas internacionales. El poder estructural es el poder de dar forma y determinar las estructuras de la política económica global en las cuales los otros Estados, sus empresas y sus científicos y otros profesionales deben operar.

En este orden de ideas, el *déficit democrático*, manteniendo su pluralidad gnoseológica o significativa, traduce las siguientes situaciones:

- La falta de mecanismos democráticos en los actores privados y en los actores públicos que integran la institucionalidad global o supraestatal, para que los ciudadanos participen en la elección de sus directores y en la formación y toma de decisiones sobre políticas públicas. Tal carencia es producto de sucesivas y múltiples traslaciones o transferencias de poderes

Intermom Barcelona. Tanto Strange como Stopford e investigadores como Gilpin, desde la ventana de la corriente denominada de la Economía Política Internacional –EPI-, plantean desde distintas perspectivas, esta mutación del ambiente global internacional.



y facultades estatales, o de sustracciones, por entes y organismos subestatales en el primer caso y supraestatales en el segundo.

-. La retirada, repliegue y renuncia del Estado a ejercer específicas competencias y atribuciones y la asunción de la opción de transferirlas a otro titular, de preferencia privado.

2_. En Torno a una Definición.

2.1_. El GAL.

En este marco conceptual y bajo este esquema de ideas, KINGSBURY, KRISCH y STEWART definen entonces lo que entienden por Derecho Administrativo Global:

... aquél que incluye los mecanismos, principios, prácticas y los acuerdos sociales que los respaldan y que promueven o que de otra forma afectan la *accountability* de los órganos globales administrativos, en particular asegurándose de que cumplan con los estándares adecuados de transparencia, participación, toma de decisiones razonada, y legalidad, y promoviendo la efectiva evaluación de las normas y decisiones que aprueban. Los órganos globales administrativos incluyen órganos regulatorios intergubernamentales formales, redes regulatorias informales intergubernamentales y arreglos de coordinación, órganos regulatorios nacionales que operan en relación a un régimen internacional intergubernamental, órganos regulatorios híbridos público-privados, y algunos órganos regulatorios privados que ejercen funciones de gobernanza transnacional de importancia pública específica.

Obsérvese que la definición implica para los autores afirmar al modo de un entimema respecto a su significado, que la mayor parte de la gobernanza global puede ser entendida, analizada a través de la acción administrativa: la reglamentación administrativa y ejercido el juzgamiento administrativo de intereses contrapuestos, y otras formas de decisiones y gestión regulatoria y administrativa.

KINGSBURY y su equipo han precisado y propuesto cinco ejes para orientar en el proceso de sistematización presente y futuro del derecho administrativo global, tal y como lo precisa COSTA CEVALLOS:¹⁸



(1) cuestiones sobre los modelos básicos estructurales de la administración global, y cómo la variación entre ellos está modelando nuevos mecanismos de accountability; (2) cuestiones metodológicas y empíricas relacionadas con el alcance y las fuentes del derecho administrativo global, los mecanismos de accountability, y los principios doctrinarios que actualmente existen o que surgen en la práctica; (3) cuestiones normativas sobre cómo justificar y defender dichos mecanismos; (4) cuestiones de diseño institucional en cuanto a cómo dichos mecanismos deberían ser diseñados para asegurar accountability sin comprometer indebidamente a la eficacia; y (5) cuestiones de teoría política positiva sobre el surgimiento y diseño de dichos mecanismos y qué factores pueden conducir a su éxito.

Conceptuación similar formula DARNACULLETA al aproximarse a la noción del Derecho Administrativo Global, estableciendo que:

...lo que caracteriza el denominado Derecho Administrativo Global es un movimiento general de apertura e interpenetración de sistemas normativos de múltiples niveles, y de origen público y privado. Y en la producción y ejecución de estos sistemas normativos participan una pluralidad de sujetos que tienen un enorme poder y que ejercen funciones de autoridad pública. Los esfuerzos doctrinales para dotar de contenido al Derecho Administrativo Global tienen por objeto controlar, limitar y someter al Derecho el ejercicio de este poder. Y, sin embargo, el Derecho Administrativo Global no es, tampoco, por el momento, una nueva disciplina. A pesar del interés y la motivación de la doctrina al respecto, no se

¹⁸ Marcelo Armando Costa Cevallos (2020): *Los espacios administrativos globales, legitimidad y eficacia de sus regulaciones, Derecho glob. Estud. sobre derecho justicia* [online]. 2020, vol.5, n.15 [citado 2021-11-06], pp.113-141. Disponible en: <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2448-51362020000200113&lng=es&nrm=iso>. Epub 04-Ago-2020. ISSN 2448-5136. <https://doi.org/10.32870/dgedi.v5i15.344>.



advierte la existencia de un consenso suficiente sobre el método y sobre el concepto que permita sostenerlo¹⁹.

Las múltiples investigaciones en curso sobre este tema han calificado este fenómeno que se describe de las más diversas maneras, en unos casos, anudando la calificación a una reivindicación del espacio intergubernamental o supraestatal para el Derecho Internacional; otras poniendo el énfasis en el carácter global de la normación y finalmente otras reconstruyendo la estructura primigenia del Derecho Administrativo aplicado al ámbito internacional incluyendo la condición de actividad administrativa que de manera predominante se desarrolla en dicho espacio. De este modo se tiene:

1-. Un primer sector doctrinal que prima todavía el dominio del Derecho Internacional y lo llama “derecho administrativo internacional” refiriéndose al ordenamiento administrativo propio de las organizaciones internacionales. 2.- Otro sector utiliza la expresión “derecho administrativo global” para referirse, en ocasiones, al derecho aplicable a las administraciones públicas autónomas que existen con independencia de un Estado y, en otras, al derecho que estudia las relaciones jurídicas de los llamados órganos administrativos globales, que incluyen tanto a administraciones sin Estado como a los Estados en sus actuaciones con eficacia global y a ciertos organismos internacionales.

2.2_. El Derecho Administrativo Multinivel.

Particular relevancia tiene la concepción de CASSESE, quien habla del Derecho Global como un nivel del propio Derecho administrativo, reconocido con normalidad. De manera fundamental, elabora un concepto de Derecho administrativo como Derecho mixto, en la medida en que confluyen en él la aplicación de normas de Derecho público con otras de Derecho privado.

Como lo expresa IGLESIAS SEVILLANO, con esta concepción de CASSESE caería entonces el mito del Derecho administrativo como un Derecho

¹⁹ Mercé Darnaculleta, M. (2016) *El Derecho Administrativo Global*, En “*Revista de Administración Pública* Nº 199,” Madrid, España. enero-abril, págs. 11-50 <http://dx.doi.org/10.18042/cepc/rap.199.01> 49.



genuinamente público, dada la evidencia de la cada vez más frecuente aplicación del Derecho privado a la Administración y del Derecho público a entidades privadas que ejercen potestades públicas. De este modo y en definitiva, para CASSESE el Derecho administrativo sería un Derecho multinivel, de múltiples estratos sistémicos, territorialmente hablando, integrado por un nivel estatal, que es el tradicional, desbordado por abajo por la desterritorialización interna basada en la autonomía política o descentralización de las regiones y las garantías institucionales de las Entidades Locales, y superada desde fuera por los varios niveles de desterritorialización supranacional, en particular el Derecho Europeo y el Derecho Global²⁰.

Por su parte, BREWER-CARIAS establece diferencias históricas o más bien dos momentos distintos en la evolución del Derecho Administrativo Global. Señala que el derecho administrativo global actual presenta características distintas al que a comienzos del siglo pasado se desarrolló en el marco de las llamadas “administraciones internacionales,” y de lo que se conoció como “derecho administrativo internacional,” el cual se manifestó, por una parte, en el régimen jurídico que surgió en el ámbito de organizaciones internacionales, citando como ejemplo las relaciones laborales en el orden interno de las mismas; y por la otra, la actividad desplegada por instituciones regulatorias internacionales, básicamente configuradas como “uniones” -p.e. la Unión Postal Universal-, que se establecieron para canalizar la cooperación internacional de las Administraciones Públicas Nacionales en la prestación de determinados servicios públicos como el servicio de correos, o como las telecomunicaciones y la navegación internacional. En esas materias, enseña BREWER CARIAS las administraciones públicas nacionales seguían teniendo el rol regulatorio central, no teniendo las Uniones poderes regulatorios y decisorios propios, aun cuando si una organización que originaba aspectos importantes de derecho administrativo internacional como el relativo al servicio civil internacional. Las Administraciones Globales de estos tiempos recientes, en cambio, precisa el autor, están sometidas a un derecho administrativo global, con poderes regulatorios y decisorios propios ejercidos en el marco de un tratado internacional. Estas Administraciones Globales inicialmente se fueron configurando en el campo de la gestión económica, para regular o actuar en los mercados que trascienden, rebasan o desbordan las fronteras estatales y a las

²⁰ Héctor Iglesias Sevillano, ob, cit, p. 102



empresas que extienden su actividad más allá del ámbito de los Estados para alcanzar dimensión mundial, por ejemplo en materia de comercio internacional la Organización Mundial de Comercio, o de control de las actividades de los bancos e instituciones financieras citando el caso del Comité de Supervisión Bancaria de Basilea²¹.

Concluye el autor que en la actualidad se trata de un derecho administrativo global, que presenta las siguientes características:

- Constituido por normas jurídicas internacionales o supranacionales que no tienen origen nacional.-. No obedece a la tradicional idea de soberanía, de manera que sus efectos rebasan o desbordan los confines de los Estados.
- Regula a Administraciones también globales que no pertenecen a Estado alguno.

Podría hacerse la observación al planteamiento descriptivo y definitorio de BREWER CARIAS, que su descripción del Derecho Administrativo Global se restringe fundamentalmente a las Administraciones Públicas Globalizadas, es decir a los entes y órganos sometidos al derecho público y al derecho administrativo, pero no incorpora como parte fundamental del fenómeno del Derecho Administrativo Global la intensa participación de los entes privados que conforman verdaderas estructuras administrativa regulatoria, muchas veces sin un tratado que les sirva de soporte, sino de manera informal.

2.3_. El Constitucionalismo Social.

No puede dejarse de lado la importante tesis del profesor Gunter TEUBNER del Instituto Max Planck en Alemania, quien desde la óptica del llamado constitucionalismo social (CS), teoría jurídica del pluralismo jurídico según la cual el surgimiento de los procesos constitucionales no se produce únicamente en el marco de los sistemas jurídicos político-estatales, sino también

²¹ Brewer-Carias A.R. (2009) "El Derecho Administrativo Global en Materia de Cooperación Policial y el Procedimiento Administrativo Global Desarrollado ante INTERPOL, como Administración Global, para la Protección de las Personas." Documento preparado para el Tercer Congreso Internacional de Derecho Administrativo, sobre "Derecho Administrativo Global" organizado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México y la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León, Monterrey, Nuevo León, 23-25 abril.

en los sistemas jurídicos privados y/o híbridos de los órdenes sociales no estatales.

CS se configura como una teoría del pluralismo jurídico y constitucional que, a pesar de su aplicación en el marco del Estado-nación, posee las herramientas analíticas adecuadas para la labor investigativa en los contextos transnacionales.

En tiempos recientes, el CS se ha orientado con creciente dedicación a analizar la normatividad no estatal que desarrolla cualidades constitucionales; particularmente en la economía transnacional y en el mundo digital²².



2.4_. El Derecho Administrativo Internacional.

En el mismo afluente creativo se encuentra el profesor de la Universidad de Heidelberg, Eberhard SCHMITD-ARMANN, quien en su obra fundamental en este tema y titulada *La Ciencia del Derecho Administrativo ante el reto de la Internacionalización de las Relaciones Administrativas*, categoriza cuatro tipos distintos de relaciones administrativas internacionalizadas subsumidas en la noción de Derecho Administrativo Internacional:

1.- las formas de cooperación bilateral

²² Gunther Teubner y Angelo Jr Golia; Max Planck Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrec:*El constitucionalismo social: una década de fragmentos constitucionales*. ReDCE núm. 35. Enero-Junio de 2021

El CS es una relativa nueva corriente dentro del constitucionalismo, cuyos pilares constitutivos y operativos son los siguientes:

1.-Cuestiona la pretensión de las constituciones estatales de asumir el monopolio de la constitucionalidad, desconociendo el fenómeno real de la formación de constituciones sectoriales y de aquellas que denomina "constituciones civiles".

2.- El CS reprocha al constitucionalismo tradicional su limitado enfoque de la constitución y de la limitación del poder político del Estado, en tanto el CS atribuye a todas las constituciones la función de formalizar y limitar los medios de interacción de los sistemas sociales: el poder en la política, el conocimiento en la ciencia, el dinero en la economía y la información en los medios de comunicación. Así, en este orden de idea, las constituciones políticas no son más que la forma más relevante de las "constituciones sociales", aunque limitadas al sistema político.

3.- El CS se opone al principio sostenido por los constitucionalistas convencionales y que predica que las constituciones estarían vinculadas exclusivamente al Estado-nación. El CS ilustra los procesos de constitucionalización global, identificando fenómenos constitucionales en los regímenes transnacionales: tanto en el sector público como en el privado. A consecuencia de la globalización —entendida como una combinación entre la apertura de los mercados económicos y la revolución info-telemática. La globalización "no significa simplemente capitalismo global, sino la realización mundial de la diferenciación funcional".

4.- El CS rechaza la idea de una constitución cosmopolita unitaria que cumpliría, a nivel global, las mismas funciones de integración que han venido asumiendo las constituciones políticas a nivel nacional.



2.- las formas organizativas regionales;

3.- las formas organizativas de alcance mundial.

4.- Las formas de cooperación bilateral se encuentran especialmente extendidas en el Derecho policial, lo cual es ciertamente desconcertante y sorprendente, sabiendo que la policía y todas las modalidades instrumentales que esta utiliza implican el ejercicio de la coacción.

A.- Expone el maestro germano que la criminalidad y las necesidades de protección de grandes eventos internacionales han traído consigo cambios notables, dándose el caso incluso que los funcionarios policiales de un Estado adopten medidas en el territorio del otro —sin tener ni siquiera que informar con anterioridad a sus autoridades, en casos de urgencia— con ocasión de la vigilancia y persecución de delincuentes.

La Ley de la policía federal *-Bundespolizeigesetz-* amplía también enormemente los espacios de acción en caso de actividades internacionales: los §§ 8, 64 y 65 habilitan a la policía federal no sólo a actuar en el marco de operaciones *internacionales II* sino también a intervenir, en casos concretos, en el extranjero, cuando sea necesario para proteger a personas de peligros ciertos para su vida o integridad física. A la inversa, funcionarios de otros Estados pueden asumir también funciones policiales en Alemania, cuando así lo prevean Tratados internacionales. Dichos funcionarios extranjeros podrán ejercer incluso potestades de autoridad; para ello, la celebración del Tratado correspondiente requerirá la intervención de las Cámaras, según lo dispuesto en el artículo 59.2 de la Ley Fundamental de Bonn (GG). La praxis prefiere, sin embargo, acuerdos bilaterales de nivel inferior a los Tratados internacionales.

Los acuerdos adoptados por los ministros competentes son calificados de *Memoranda of Understanding*. Prevén, entre otros aspectos, análisis compartidos de riesgos, escoltas policiales y la presencia de funcionarios de enlace que, pese a no ejercer potestades de autoridad, forman parte de los planes de acción policiales.

B.- La cooperación administrativa se ha desarrollado también —de forma menos espectacular, pero no menos intensa— en el Derecho



de la Seguridad Social. Aquí son también Tratados internacionales bilaterales los que constituyen el fundamento y el marco dentro del cual los diferentes entes gestores de Seguridad Social se prestan asistencia *Amtshilfe III* recíproca, intercambian datos y se relacionan directamente con sus asegurados, incluso cuando estos se encuentran en el territorio del otro Estado. Las notificaciones administrativas no deben tramitarse necesariamente por vía diplomática, sino que pueden practicarse directamente, a través de correo certificado. Las instancias y recursos de los particulares son trasladados en plazo por las autoridades de un Estado al órgano competente del otro. Aquí las barreras territoriales de la actuación administrativa de los distintos Estados prácticamente han desaparecido, aunque ello se produzca siempre en virtud de un Tratado internacional, que a su vez es expresión de la soberanía estatal.

El aspecto más importante sigue siendo, sin embargo, el de garantizar una interpretación y aplicación lo más uniforme posible de las reglas materiales de reparto por parte de las autoridades administrativas y judiciales de los Estados signatarios de dichos Tratados. El Derecho tributario internacional prevé al respecto algunos mecanismos interesantes de armonización: la interpretación orientada por la finalidad de los Tratados de la «armonía decisoria», la existencia de un comentario oficial del Convenio Modelo de la OCDE y la facultad — prevista en los propios Tratados— de que las autoridades nacionales puedan superar las dificultades aplicativas a través de acuerdos interpretativos.

Todas estas definiciones, tanto conceptuales como organizativas dejan ver la profunda transformación que está sufriendo el Derecho Público por su proceso de internacionalización.

Es en este ámbito del derecho administrativo global (o internacional) en el que cabe distinguir cuatro líneas de investigación ampliamente desarrolladas y en curso:

- la relativa a la administración de territorios por instituciones internacionales, como en el caso de Kosovo;
- la investigación de colisiones normativas entre los distintos órdenes jurídico-administrativos nacionales;
- la



investigación sobre los efectos del derecho internacional en el derecho administrativo nacional; y - la investigación que se ocupa del derecho aplicable a los mecanismos de gobernanza más allá del ámbito nacional.

Por su parte, BREWER-CARÍAS, delimitando la noción que ocupa este estudio, expresa que los ciudadanos se encuentran en presencia de un derecho administrativo global distinto al que a comienzos del siglo pasado se desarrolló en el marco de las “administraciones internacionales,” y que se denominó por la doctrina “derecho administrativo internacional,” el cual se manifestó, fundamentalmente, por una parte, en el régimen jurídico propio e interno de las organizaciones internacionales; y por la otra, en la actividad desarrollada por instituciones internacionales, configuradas en su mayoría bajo la fórmula de las “uniones” (p.e. la Unión Postal Universal), que se establecieron para coordinar regulatoriamente la estandarización y la cooperación internacional de las Administraciones Públicas Nacionales en la prestación de determinados servicios públicos, de los cuales cita, el servicio de correos, o como las telecomunicaciones y la navegación internacional. En esas materias, las administraciones públicas nacionales seguían teniendo el rol central, no teniendo las Uniones poderes regulatorios y decisorios propios, aun cuando si una organización que originaba aspectos importantes de derecho administrativo internacional como el relativo al servicio civil internacional. Como lo señala BREWER-CARIAS:

...Las Administraciones Globales de nuestros días, en cambio, están sometidas a un derecho administrativo global, con poderes regulatorios y decisorios propios ejercidos en el marco de un tratado internacional, y que por tanto, “regulan y administran amplios sectores de la vida económica y social a través de decisiones específicas y de regulación administrativa.”²³

²³ Brewer-Carias A.R. (2009) “El Derecho Administrativo Global en Materia de Cooperación Policial y el Procedimiento Administrativo Global Desarrollado ante INTERPOL, como Administración Global, para la Protección de las Personas.” Documento preparado para el Tercer Congreso Internacional de Derecho Administrativo, sobre “Derecho Administrativo Global” organizado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México y la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León, Monterrey, Nuevo León, 23-25 abril.



3_. Las Fuentes Formales del Derecho Administrativo Global.

Respecto a las fuentes del Derecho Administrativo Global, estas conforman un complejo sincrético de diferentes ramas del derecho que pertenecen a la administración global pero que han sido tratadas en forma separada por mucho tiempo. Incluye, como uno de sus componentes el llamado “derecho administrativo internacional”, noción utilizada fundamentalmente para sistematizar las reglas, procedimientos e instituciones a través de las cuales las organizaciones internacionales tratan las controversias laborales y otros asuntos internos.

Lo cierto es, que la doctrina administrativa no ha logrado integrar adecuadamente, los presupuestos y planteamientos del Derecho Administrativo Global con los de la Gobernanza global, el Constitucionalismo global y el Derecho Internacional Público y Privado²⁴.

También, aceptando las elaboraciones de NEUMEYER y otros investigadores del “derecho administrativo internacional” se configuraría una variante definitoria, entendiéndolo como “...*el cuerpo de normas nacionales que rigen los efectos de los actos administrativos de un estado extranjero en el sistema normativo del estado*”²⁵.

Al final, en el caso de KINGSBURY, este se decanta por el enfoque de NEGULESCO que percibe al derecho administrativo internacional como:

...una rama del derecho público que, al examinar los fenómenos legales que juntos constituyen la administración internacional, busca descubrir, especificar y sistematizar las normas que gobiernan esta administración. Esta rama específica del Derecho Público se concentra en particular en las estructuras administrativas, en la transparencia, en los elementos participativos, en el procedimiento administrativo, en los principios de una toma de decisiones razonadas, y en los mecanismos de revisión.

Desde otra perspectiva, las fuentes formales del derecho administrativo global pueden catalogarse críticamente de la siguiente forma:

²⁴ Cfr. Mercé Darnaculeta Gardella, M. (2016) El Derecho Administrativo Global. ¿un nuevo concepto clave del derecho administrativo?, En “*Revista de Administración Pública Núm. 199.*” Madrid, enero-abril. Págs. 11-5.

²⁵ Ídem, p. 11.



1.- Las fuentes clásicas del derecho internacional público –los tratados, la costumbre y los principios generales-, las cuales si bien son un primer nivel generador de un soporte formal, no explican sin embargo el origen ni la dinámica práctica que caracteriza al Derecho Administrativo Global. Los tratados sólo en muy raras ocasiones tratan temas de derecho administrativo. En la medida en que regulen principios de procedimiento administrativo, en general se dirigen a y son vinculantes sólo para los estados, no las instituciones internacionales o las redes intergubernamentales de funcionarios nacionales.

2.- El derecho internacional consuetudinario es entendido todavía como formado primordialmente por la acción de los estados y por lo tanto por el momento no incorpora del todo la práctica relevante de los actores no-estatales, como los órganos administrativos globales.

3.- Los “principios generales del derecho” como fuente del derecho internacional, han estado limitados principalmente a las necesidades internas de las instituciones internacionales. La aceptación de los mismos en la práctica del derecho internacional formal ha sido baja y no es probable que se extienda rápidamente a los diversos y dispersos contextos de la administración global.

4.- El *ius Gentium* pareciera, según se ha expuesto ya a lo largo de este estudio, que ofrece una plasticidad que se adapta a las necesidades regulatorias y axiológicas de los diversos actores, tanto gubernamentales como no gubernamentales, y que en su versión moderna y en expresión de CANCADO TRINDADE, puede ser entendido hoy como formando parte de un verdadero cuerpo de “Derecho para la Humanidad”²⁶, denominación y conceptualización que sin embargo el jurista mantiene dentro del cuerpo del *ius cogens* internacional o Derecho Internacional

²⁶ Expone Cancado Trindade que viene progresando la construcción doctrinal y jurisprudencial del *ius cogens* internacional como propia de un nuevo *ius gentium*, el Derecho Internacional para la Humanidad. Sostiene que “...en este entendimiento, y por definición, el *ius cogens* internacional va más allá que el derecho de los tratados, extendiéndose al derecho de la responsabilidad internacional del Estado, y a todo el *corpus juris* del Derecho Internacional contemporáneo, y abarcando, en última instancia, a todo acto jurídico. Al abarcar todo el Derecho Internacional, se proyecta también sobre el derecho interno, invalidando cualquier medida o acto incompatible con él. El *ius cogens* tiene incidencia directa en los propios fundamentos de un Derecho Internacional universal, y es un pilar básico del nuevo *ius gentium*. Vid:



Humanitario, recurriendo a los principios sentados por los padres del Derecho Internacional.

Así, TRINDADE recuerda a la Escuela de SALAMANCA, empezando por Francisco DE VITORIA, por ejemplo:

...en su contribución pionera y decisiva para la noción de prevalencia del Estado de Derecho, sostuvo, en sus aclamadas Reecciones Teológicas (1538-1539), que el ordenamiento jurídico obliga a todos - tanto gobernados como gobernantes, y que la comunidad internacional (*totus orbis*) prima sobre el arbitrio de cada Estado individual.

De igual forma y concurriendo con el Maestro de Salamanca, evoca la visión de Francisco Suárez con su obra *De Legibus ac Deo Legislatore*, 1612, que proclama que:

...el derecho de gentes revela la unidad y universalidad del género humano; los Estados tienen necesidad de un sistema jurídico que regule sus relaciones, como miembros de la sociedad universal". Para Suárez, el derecho de gentes abarcaba, además de las naciones y los pueblos, el género humano como un todo, y el derecho atendía a las necesidades de reglamentación de todos los pueblos y seres humanos.

Finalmente completa la triada fundacional del derecho para la humanidad con HUGO GROTIUS y su *jus gentium*, para quien

...el Estado no es un fin en sí mismo, sino más bien un medio para asegurar el ordenamiento social en conformidad con la inteligencia humana, de modo a perfeccionar la "sociedad común que abarca toda la humanidad"²⁷.

Los principios que rigen a ese cuerpo de *ius cogens* permean todo el ordenamiento jurídico, y conforman el *substratum* del propio orden jurídico. De este modo, CANCELA TRINDADE considera que tanto ese *jus cogens*, así como las obligaciones *erga omnes* de protección-, pertenecen o pueden ser subsumidas

²⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, opinión consultiva Oc-18/03 de 17 de septiembre de 2003, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes indocumentados voto concurrente del Juez a.a. Cançado Trindade.



en el ámbito de la concepción de la *civitas maxima gentium*²⁸ y de la universalidad del género humano:

... ya no es posible abordar el Derecho Internacional a partir de una óptica meramente interestatal. Los sujetos del Derecho Internacional ya hace mucho dejaron de reducirse a entes territoriales; hace más de medio-siglo, a partir de la célebre Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre las Reparaciones de Daños (1949), las organizaciones internacionales rompieron el pretendido monopolio estatal de la personalidad y capacidad jurídicas internacionales, con todas las consecuencias jurídicas que de ahí advinieron²⁹.

CANDADO TRINDADE, no obstante formular su concepción de un *jus cogens* mundial fundado en los principios del *ius Gentium*, sigue manteniéndolo dentro de la esfera del Derecho Internacional dado su objetivo fundamental de protección de los derechos humanos.³⁰

²⁸ En sentido similar respecto al concepto unitario y aglutinante de humanidad como objeto del Derecho Administrativo Global encarnado en la noción de La *Antroparquía*, la cual es definida por DOMINGO como “una forma de gobierno que ha de desarrollarse paulatinamente al ritmo de la formación una voluntad universal, expresa toda la humanidad, y no sólo de un fragmento de los hombres. Hablamos de y no de Antropocracia porque se trata de un sistema de gobierno basado más en la legitimidad (-arquía) que en la legalidad- (-cracia). Así, la exigencia natural de constituimos en una comunidad de personas que asumen el imperativo de construir un mundo más humano, se opone a los intentos autocráticos de cimentar un orden fruto del acuerdo de las voluntades presentes, de los intereses coyunturales y de las políticas oportunistas un espacio-tiempo concreto. La Antroparquía apuesta por el *rule of law* inglés, y no por el Estado de Derecho (*Rechtstaat*) alemán, ya que éste exige, como es obvio, que el Derecho emane del Estado. Por el contrario, en el *rule of law* la ley tiene un límite preciso, y las otras fuentes del Derecho no pierden su protagonismo. La Antroparquía se halla, por el momento, más próxima al mundo de la utopía que a la esfera de la realidad. Para instaurarla, urge abandonar la jurisdicción territorial propia del Estado -puedo todo en este e instaurar una jurisdicción material, acorde con los tiempos modernos - puedo todo en todo el mundo sobre esta materia-. Del protoprincipio de personalidad que informa todo el Derecho -y que lo hace sustancialmente diferente al Derecho internacional- ha de derivar un principio jurídico, que determine la competencia en razón de la materia del Derecho global, excluyendo, al menos parcialmente, a los restantes ordenamientos.”

²⁹ Cf. Cançado, A.A. (2005) “*International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium - General Course on Public International Law - Part I*”, 316 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*. Caps. VII-XI, pp. 203-333.

³⁰ La Opinión Consultiva n. 16 de la CtIADH Interamericana, sobre El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal (del 01.10.1999), al reconocer la cristalización de un verdadero derecho subjetivo a la información sobre asistencia consular (de que es titular todo ser humano privado de su libertad en otro país) rompió con la óptica tradicional puramente interestatal de la materia, amparando numerosos extranjeros pobres y trabajadores migrantes. Esta nueva visión fue reiteradamente expresada por la CtIADH en su igualmente pionera Opinión Consultiva n. 18 (del 17.09.2003), sobre La Condición Jurídica y los Derechos de los Migrantes Indocumentados, de transcendental importancia en el mundo de hoy, la cual amplió el contenido material del *jus cogens* al sostener que éste abarca el principio fundamental de la igualdad y non-discriminación. Véase: Cançado A.A., (2005) “*International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium - General Course on Public International Law - Part I*”, 316 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*. Caps. VII-XI, pp. 203-333

4_. Las Organizaciones Administrativas de la Administración Global.

En lo que respecta a las fórmulas organizativas regulatorias que se mueven en el espacio dinámico y multifacético del Derecho Administrativo Global, se encuentran sobre el tapete diversas clasificaciones.



4.1_. Esquema de KINGSBURY.

KINGSBURY esquematiza cinco:

A.- La administración representada por organizaciones internacionales formales o intergubernamentales, establecidas por un tratado o acuerdo ejecutivo, como lo es el caso de la ONU o la OEA.

B.- La administración fundada en la acción colectiva de redes transnacionales de acuerdos de cooperación entre funcionarios regulatorios nacionales. Se caracterizan por el predominio de una cooperación informal entre los reguladores estatales que no se sustenta necesariamente ni nace de acuerdos o tratado intergubernamentales, pero que genera directrices o recomendaciones que no son vinculantes ni de obligatorio acatamiento por los países representados en esos organismos regulatorios en tanto no son de *ius cogens*. Se trata de un modelo horizontal de cooperación que puede, generarse en el marco de un tratado o sencillamente de reuniones periódicas. Es el caso, por ejemplo, del COMITÉ DE SUPERVISIÓN BANCARIA DE BASILEA, el cual no constituye una autoridad supranacional en materia de supervisión, ni sus conclusiones o recomendaciones contienen fuerza legal o algún tipo de coercibilidad, pero la incorporación de sus principios y recomendaciones prudenciales en la legislación interna de los países del G-10 y luego en muchos otros países ha generado una gran influencia en la comunidad internacional, de manera que hoy en día la mayoría de los países han incorporado en su legislación interna dichas recomendaciones.



El COMITÉ DE BASILEA ha logrado generar directrices y recomendaciones que por su alto y preciso nivel técnico y el consenso entre sus miembros, forman un cuerpo regulatorio calificado como de “supervisión prudencial”, que ha ido permeando las legislaciones y la actividad administrativa de las autoridades supervisoras de los países que lo integran y que hoy se encuentran incorporadas al derecho administrativo interno de los mismos como un *corpus* que las legislaciones internas califican e incluyen formando parte de las “normas prudenciales”.

C.- Administración conformada por reguladores nacionales bajo tratados, redes u otros regímenes cooperativos. En esta fórmula o categoría, las agencias o autoridades regulatorias nacionales o locales actúan como parte del “espacio administrativo global”³¹: toman decisiones sobre temas que generan necesidades decisorias a nivel extranjero o global. Un ejemplo es el ejercicio de jurisdicción regulatoria extra-territorial, por la cual un estado busca regular una actividad que primordialmente se desarrolla en algún otro lado. En algunos casos, dicha regulación está sujeta a limitaciones substantivas e incluso a requisitos procedimentales establecidos internacionalmente

D.- Administración por acuerdos híbridos intergubernamentales-privados, Se trata de órganos que en su conformación o en su proceso de toma de decisiones públicas o de políticas públicas, o de interés general, tienen una conformación constituida por órganos o entes privados y públicos, es decir, tanto de entes no gubernamentales como de entes gubernamentales. En estos casos, la sujeción y disciplina homogénea por el Derecho Administrativo

³¹ *Ibidem*, p. 6

Es el caso del Sistema Europeo de Supervisión Financiera (SESF), el cual se organizó atendiendo a las necesidades y realidades de interrelación entre las distintas actividades financieras, ámbito de actuación supraestatal que incorpora a las autoridades regulatorias locales, las ANC o Autoridades Nacionales competentes, necesidad de coordinación entre las distintas autoridades de supervisión, junto con la constatación de la necesidad de una respuesta a escala comunitaria integrado por los siguientes sujetos: la Junta Europea de Riesgo Sistémico, creada en virtud del Reglamento (UE) n.º 1092/2010; la Autoridad Europea de Supervisión (Autoridad Bancaria Europea), creada en virtud del Reglamento (UE) n.º 1093/2010; la Autoridad Europea de Supervisión (Autoridad Europea de Seguros y Pensiones de Jubilación), creada en virtud del Reglamento (UE) n.º 1094/2010; la Autoridad Europea de Supervisión (Autoridad Europea de Valores y Mercados), creada en virtud del Reglamento (UE) n.º 1095/2010; el Comité Mixto de las Autoridades Europeas de Supervisión (Comité Mixto) previsto en el artículo 54 del Reglamento (UE) n.º 1093/2010, del Reglamento (UE) n.º 1094/2010 y del Reglamento (UE) n.º 1095/2010; y las autoridades de supervisión de los Estados Miembros.



presenta situaciones complejas dado que se trata de actores no gubernamentales privados que no constituyen objeto de este derecho estatutario y, por otra parte, se encuentran los actores gubernamentales sometidos al derecho público nacional e internacional. Los controles aquí en esta fórmula organizacional son difíciles e irregulares.

E.- Administración por instituciones privadas con funciones regulatorias. En el derecho nacional, dichos órganos privados son típicamente tratados como entes asociativos más que como administradores, a no ser que ejerzan poder público por delegación explícita de un texto normativo o de una Administración Pública habilitada para delegar tales poderes o potestades administrativas. Sus actos no son muy distintos en especie a muchas normas públicas intergubernamentales de carácter no vinculante, y frecuentemente pueden llegar a ser más efectivas.

Es el caso de la actividad administrativa de armonización internacional, la cual se desarrolla principalmente a través de complejas redes de regulación, públicas, privadas o mixtas, que operan habitualmente no sólo en proceso de gestación de las normas y estándares internacionales sino también en el de su ejecución o aplicación. De manera fundamental, debe destacarse que en un número cada vez más extenso de sectores, los organismos transnacionales de regulación ejercen el monopolio de la producción de estándares internacionales, en una suerte de delegación de la autoridad regulatoria en el ámbito global.

El ejemplo prototípico es el caso de la Organización Internacional para la Estandarización (ISO por sus siglas en inglés), una entidad no gubernamental, privada e independiente con una membresía de 164 organismos nacionales de normalización. ISO crea documentos que proporcionan requisitos, especificaciones, pautas o características que se pueden usar de manera consistente para garantizar que los materiales, productos, procesos y servicios sean adecuados para su propósito. Algunos de los estándares más conocidos son las Normas: iso 9000-Gestión de Calidad, iso / iec 27001 - Gestión de seguridad de la información³².

³² Véase para ejemplos de las cinco categorías tipificadas por KINGSBURY el

4.2_. Clasificación de SCHMIDT-ABMANN.



Por su parte, SCHMIDT-AßMANN discierne cuatro tipos distintos de relaciones administrativas internacionalizadas o sectores de espacio global, en el entendido de que él mismo expone una definición de lo que entiende por internacionalización de las relaciones administrativas:

Por internacionalización de la Administración se entiende todos aquellos fenómenos de carácter administrativo que sobrepasan las fronteras de los espacios administrativos nacionales, tanto si proceden de los mismos como si han sido concebidos desde un primer momento sin consideración de tales fronteras. Dicha internacionalización se caracteriza, así, por una pérdida de territorialidad...

En este contexto, el profesor germano ofrece su clasificación de las relaciones administrativas internacionalizadas:

A. Formas de cooperación bilateral.

a) Las formas de cooperación bilateral se sustentan fundamentalmente en Tratado o Convenios entre los países. Estas formas se encuentran especialmente extendidas en el Derecho policial. Cita el maestro germano como ejemplo a la Ley de la policía federal alemana (*Bundespolizeigesetz*) la cual establece la posibilidad de espacios de acción en caso de actividades internacionales: los §§ 8, 64 y 65 habilitan a la policía federal no sólo a actuar en el marco de operaciones internacionales, sino también a intervenir, en casos concretos, en el extranjero, cuando sea necesario para proteger a personas de peligros ciertos para su vida o integridad física. A la inversa, funcionarios de otros Estados pueden asumir también funciones policiales en Alemania, cuando así lo prevean Tratados internacionales. Dichos funcionarios extranjeros podrán ejercer incluso potestades de autoridad; para

siguiente estudio: Costa Cevallos, M. A. (2020). *Los espacios administrativos globales, legitimidad y eficacia de sus regulaciones*. *Derecho Global. Estudios Sobre Derecho Y Justicia*, 5(15), 113-141.
<https://doi.org/10.32870/dgedj.v5i15.344>

ello, como lo señala el jurista germano, la celebración del Tratado correspondiente requerirá la intervención de las Cámaras, según lo dispuesto en el artículo 59.2 de la Ley Fundamental de Bonn (GG).

BREWER CARIAS, por su parte, presenta el ejemplo de INTERPOL, ente de administración pública global, cuyo objeto fundamental, tal y como reza el artículo 2 de sus Estatutos, es facilitar la cooperación internacional en materia policial a través de las fronteras, y apoyar y asistir a todas las organizaciones, autoridades y servicios cuya misión sea prevenir o combatir el crimen internacionalmente en relación con los delitos comunes o de derecho común. Su misión, conforme se declara en su Estatuto, se realiza siempre sujeta a por regímenes jurídicos:

1.- en primer lugar, en el marco del ordenamiento jurídico contenido en su propio Estatuto, en los reglamentos y en el Acuerdo de Sede;

2.-en segundo lugar, “dentro del espíritu de la Declaración Universal de Derechos Humanos” de las Naciones Unidas de 1948, lo que tiene particular importancia dado que la actividad de policía, esencialmente resulta en una restricción o limitación de los derechos de las personas; y en tercer lugar, “dentro de los límites de las leyes existentes en los diferentes países”.

De acuerdo con su propia normativa ,que conforma un derecho administrativo global, lo que caracteriza de manera focal y restrictiva la actuación de esta Organización, tal y como lo destaca BREWER CARIAS es que está esencialmente restringida a la cooperación internacional exclusivamente en materia de delitos comunes, estándole expresamente prohibido en el artículo 3 del Estatuto, cualquier intervención o actividades en relación con delitos de carácter político, militar, religioso o racial, de manera que los Estados Miembros no pueden utilizar la cooperación internacional que facilita para materializar persecuciones de carácter político, militar, religioso o racial, y solicitar de la misma que emita y ejecute órdenes de detención internacional contra sus nacionales por delitos que no sean de derecho común.

b) La cooperación administrativa se ha desarrollado también en el Derecho de la Seguridad Social (*Sozialrecht*), precisa SCHMIDT-AßMAN, sustentada igualmente en Tratados internacionales bilaterales los que constituyen el fundamento y el marco dentro del



cual los diferentes entes gestores de Seguridad Social se prestan asistencia (AmtshilfeIII) recíproca, intercambian datos y se relacionan directamente con sus asegurados, incluso cuando estos se encuentran en el territorio del otro Estado. c) Un tercer sector de referencia de las formas de cooperación bilateral lo ofrece el Derecho tributario internacional. El aspecto más importante sigue siendo, sin embargo, el de garantizar una interpretación y aplicación lo más uniforme posible de las reglas materiales de reparto por parte de las autoridades administrativas y judiciales de los Estados signatarios de dichos Tratados.

- B. Formas organizativas regionales.** Explica SCHMIDT-AßMANN que la internacionalización alcanza un nivel mayor de intensidad cuando la cooperación se articula a través de organizaciones propias, como comisiones fluviales, secretariados permanentes, sistemas centralizados de información y organizaciones internacionales dotadas de estructura propia. Las organizaciones forman su propia voluntad y se independizan de los Tratados que les sirven de fundamento. Pocas dificultades han generado, sin embargo, hasta el momento, las actividades transfronterizas de corporaciones territoriales locales y regionales, asumiendo funciones de planificación, de infraestructuras y de representación común. Muchas de estas actividades son, por ello, desarrolladas con los medios que ofrece el Derecho privado. Así, las 60 «Euroregiones» actuales han adoptado la forma de asociaciones privadas. El reconocimiento de potestades de autoridad propias de la soberanía en favor de tales organizaciones transfronterizas se encuentra previsto por Tratados internacionales marco y, en lo que respecta al Derecho constitucional alemán, resulta admisible en virtud del artículo 24.1. a) GG. Otro ejemplo citado por SCHMIDT-AßMANN es el caso de EUROPOL, la autoridad policial europea con sede en Ámsterdam que actúa sobre la base del Derecho internacional público y no del Derecho comunitario. Su función principal consiste en la recogida, procesamiento y transmisión de datos, sin que se le hayan atribuido todavía facultades operativas.
- C. Formas organizativas mundiales.** Las tareas administrativas desarrolladas por las organizaciones que actúan a nivel mundial son



todavía más difíciles de aprehender y delimitar. Dichas organizaciones tienen su fundamento en Tratados internacionales. Pero a menudo se trata de Tratados-marco de gran amplitud, que deben ser concretados de forma gradual en conferencias de los Estados firmantes y a través de órganos propios. Las instancias de resolución de conflictos de la Organización Mundial del Comercio (OMC/WTO) suministran ejemplos del tercer tipo de funciones. Organizaciones como el Banco Mundial sirven igualmente de ejemplo de este tipo de relación dado que desempeñan actualmente, junto a sus funciones políticas, un número considerable de actividades típicamente administrativas, dotadas de eficacia externa.

D. Redes informales de autoridades. Un cuarto tipo lo constituyen las redes informales que se han desarrollado, p. ej., entre distintas autoridades de control y regulación. Resulta paradigmático el Comité de Supervisión Bancaria de Basilea, con sus frecuentes directrices sobre aspectos importantes de la actividad bancaria (como la dotación de capital propio). Dicho Comité también ha fijado principios para una supervisión bancaria efectiva. Ningún país –al menos ninguno de los que integran el G-10– puede ignorar sus prescripciones. Pese a ello, no posee un estatuto formal de constitución ni un mandato vinculante.

5_. El Espacio Administrativo Global.

Todas las propuestas teóricas que tienen por objeto al Derecho Administrativo Global han asumido su pilar fundacional en la constatación de la dilución, de la evaporación de la línea tempo-espacial que separaba los ámbitos interno y externo de actuación de los Estados, regulados respectivamente por el Derecho Administrativo y el Derecho Internacional Público. Esta dilución tiene su causa, por un lado, en el denominado proceso de internacionalización del Derecho Administrativo, propiciado por la forzosa apertura de los Estados hacia el exterior dadas las influyentes y poderosas fuerzas organizadas que han ido tejiendo un espacio global y, por otro lado, por el progresivo sometimiento de las organizaciones supra y transnacionales a los principios y presupuestos axiológicos propios del Derecho Administrativo.



Esta “interpenetración”³³ y acrisolamiento de los ordenamientos nacionales y supranacionales se sincretiza en un espacio dinámico global que supera la capacidad de sistematización y categorización del Derecho Público Internacional clásico.

Vista esta nueva arquitectura de la gobernanza supraestatal disciplinada por un Derecho Administrativo Global todavía en plena adolescencia, cuyo objeto y finalidad es:

...el funcionamiento de principios existentes o posibles, de reglas procedimentales, de mecanismos de revisión y de otros mecanismos relativos a la transparencia, participación, toma de decisiones razonadas y a garantizar la legalidad en la gobernanza global...³⁴

Por ello, el GAL, en sus diversas manifestaciones organizativas y regulatorias, se desenvuelve en un espacio que le es propio pero que se solapa en muchas ocasiones con el tradicionalmente ocupado por el Derecho Internacional.

Sin embargo, a tono con KINGSBURY³⁵, y frente a la dicotomía representada por el espacio interno en el que se desenvuelve el Derecho Administrativo nacional y sus políticas domésticas, por una parte, y por la otra, la coordinación interestatal de la gobernanza global, se presenta hoy en día una simbiosis o vasocomunicancia entre la intensa actividad regulatoria global y su incorporación y asimilación por los ordenamientos internos estatales, al punto de que la producción normativa de Derecho Administrativo en esos ordenamientos, entre otras disciplinas, se encuentra fuertemente incidida, afectada y sometida a prescripciones provenientes de la regulación global. Sólo piénsese en los sectores bancarios, telecomunicaciones, medio ambiente, etc.

De modo que, la estrecha imbricación entre los dos espacios, da por resultado real la existencia de un espacio multifacético y plural en el que conviven ambos órdenes y que es el espacio del Derecho Administrativo global³⁶.

³³ M. Mercé, Darnaculleta, ob cit, p. 16.

³⁴ Ídem, p. 16

³⁵ Ibíd., p. 8

³⁶ Esta noción fue propuesta inicialmente por S. CASSESE (2002), «*Lo spazio giuridico globale*», Rivista trimestrale di Cassese (2012) *The Global Polity. Global Dimensions of Democracy and the Rule of Law*, Global Press, Sevilla, pág. 175. Véase: Cassese, S. (2002) *Lo spazio giuridico globale*, In “*Rivista trimestrale di diritto pubblico* Nº 2. Págs. 323-340;

DARNACULLETA, M. Mercé, ob cit, p.17



Esta noción fue propuesta inicialmente por S. CASSESE (2002), «*Lo spazio giuridico globale*», *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, en un intento de fundamentar la existencia de un ordenamiento jurídico global. Si bien es cierto que, como se expondrá con mayor detalle, la existencia de un ordenamiento³⁷ jurídico global es discutible y discutida, no puede negarse la existencia de un espacio jurídico global, entendido como “...*a mosaic of legal systems, with different layers (local, national, regional, global) and a plurality of sectorial regulatory regime*”.

6_. Los Principios que Rigen al Derecho Administrativo Global.

El gran reto que tiene planteado el Derecho Administrativo Global es responder pragmáticamente a la pregunta de cómo lograr una Gobernanza Global³⁸, no solamente eficiente en su actividad administrativa, sino respetuosa de los derechos fundamentales de los ciudadanos, en el marco axiológico y finalístico de los principios que conforman el Estado de Derecho y la primacía aplicativa de la *Rule of Law*.

Agregado a lo anterior, hay que decir que el reto se extiende a indagar las formas en que el Derecho Público puede sustentar y regular la constitución y ejercicio de una autoridad pública internacional, ya no solo ligada o identificada con las administraciones públicas estatales sino, incluyendo también la autoridad espontánea que pueden ejercitar actores privados o redes de actores privados que igualmente desarrollan regulación normativa, por ejemplo en materia de estandarización y normalización e igualmente en el campo regulatorio de las denominadas normas prudenciales propias de los ordenamientos sectoriales financieros, es decir, bancarios, bursátiles y seguros.

El otro problema fundamental que presenta la aceptación y ejercicio de la Gobernanza Global fundada en el Derecho Administrativo Global es el tema de la legitimidad de ciertas decisiones, funciones o actuaciones públicas globales,

³⁷ Cassese, S. (2012) “*The Global Polity. Global Dimensions of Democracy and the Rule of Law.*” Global Press. Sevilla. Pág. 17

³⁸ Los orígenes del término “gobernanza global” pueden rastrearse germinalmente hasta Rosenau, James N., “*Governance, Order, and Change in World Politics*”, en Rosenau, James N. y Czempiel, Ernst-Otto (eds.), *Governance without Government*, 1992; Kooiman, Jan, “*Findings, Recommendations and Speculations*”, en id. (ed.), *Modern Governance: New Government-Society Interactions* 249, 1993. El concepto de “gestión de los asuntos públicos” o “*governance*” se adopta teniendo su paternidad originaria en la economía. Véase Williamson, Oliver E., “*The Economics of Governance: Framework and Implications*”, *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, 1984.



provenientes de autoridades o simplemente de actores o redes de actores privados, y las cuales se imponen a los ciudadanos en el ámbito de sus diversas esferas de libertad o, inclusive, se imponen a las autoridades nacionales para ser aplicadas o incorporadas a los presupuestos de la actividad administrativa que tienen atribuida competencialmente. ¿Cómo debe explicarse bajo los principios del Derecho Público Internacional o Administrativo la gestión pública y global ejercitada por actores privados y que se extiende, permea y aplica de manera supraestatal al conjunto de los ciudadanos que desarrollan la actividad específica objeto tutelar de tal gestión?

También de manera insoslayable, la carencia de una tutela judicial global y de garantías procesales o procedimentales en el ámbito global pudiera favorecer la afectación gravosa de derechos fundamentales o individuales.

Tal y como lo señala RODRIGUEZ-ARANA, el Derecho Administrativo Global parte de una concreta experiencia histórica de gobierno centrada en el siglo pasado en los EEUU como consecuencia del modelo del Estado regulador, fórmula de retracción hoy incorporada a muchos países de ordenamientos jurídicos continentales³⁹. De hecho según BALLBE, la globalización que ha germinado en el Derecho Administrativo combina un componente de regulación de las actividades económicas de interés general y un elemento de naturaleza social producido por la movilización de los enfoques comunitarios y su reelaboración y traducción en directrices y pautas regulatorias.

Podría decirse que se trata al final de un coctel de neoliberalismo más iniciativas sociales, como resultado de la acción del Derecho Administrativo Estadounidense de buena parte del siglo pasado⁴⁰. La influencia del Derecho Público Norteamericano en la actividad de regulación económica europea y en Latinoamérica ha sido evidente⁴¹. El modelo de agencias autónomas se ha

³⁹ Rodríguez-Arana, J. (2009) El Derecho Administrativo Global: un derecho principal En "Revista de Derecho Público n. 120." Caracas D.F., Venezuela. p. 9

⁴⁰ Ballbé, M. (2007) "El Futuro del Derecho Administrativo en la Globalización: Entre la Americanización y la Europeización", RAP N° 174. Diciembre. Madrid, España.

⁴¹ En su estudio, Ballbé perfila la afirmación tajante de que "Para comprender la globalización jurídica en la que estamos inmersos es ineludible estudiar el modelo norteamericano de Estado administrativo y regulador (tardíamente creado en el siglo XX), así como el funcionamiento y la armonización interna entre los 50 Estados y Washington, porque, hasta cierto punto, la Unión Europea y la globalización se inspirarán en él. La globalización es en gran parte un producto de la americanización, que ha extrapolado su modelo administrativo y regulador a todo el mundo. Hay que reconocer que, asimismo, existe una globalización-europeización en el sentido de que muchas de las reformas y procesos de integración regional y global tienen muy en cuenta la experiencia de la Unión Europea, puesto que se vislumbra más la unión entre Estados independientes que la de los 50 Estados de la Federación norteamericana..." Vid: "El futuro del Derecho Administrativo..."

importado y en los sectores de la energía, las telecomunicaciones o de los valores, por ejemplo, existen en múltiples países de la UE agencias autónomas o independientes que se solapan y superponen a las competencias tradicionales de los ministerios y de las fórmulas organizacionales de las administraciones públicas tradicionales del Derecho Administrativo Continental.



RODRIGUEZ-ARANA destaca que, mientras que en los EEUU la Administración pública nace en forma de agencias⁴² y, son, por ello, entes

⁴² La relación existente entre la intervención pública en la vida económica y la aparición de Agencias Regulatoras Independientes coincide con la política intervencionista del Presidente F. D. Roosevelt en la década de los treinta. Frente al dogma liberal clásico de la neutralidad de los poderes públicos en materia económica, los ideólogos del *New Deal* afirmaron la necesidad de una acción positiva e interventora del Estado, intervención que llevarían a cabo las Agencias Regulatoras Independientes, consideradas inmunes a toda influencia política y dotadas de una gran especialización técnica, las que estaban llamadas a transformar la sociedad estadounidense.

Las Agencias Independientes presentarían otras dos ventajas añadidas, como lo ha precisado POMED SANCHEZ. En primer lugar, al tratarse de órganos de la Federación, no se ven constreñidas por los frenos e insuficiencias que aquejaban a los Estados. Por otra parte, representan una cierta superación de la división horizontal de poderes, puesto que se trata de instancias que, ejerciendo funciones de tipo normativo, ejecutivo y de resolución de conflictos, permitían al Gobierno federal aplicar un programa político de vastas dimensiones.

La independencia de las Agencias quedó reafirmada y definitivamente asentada, con la célebre Sentencia *Humphrey's Executor V. U.S.*, de 1935. En dicha Sentencia, el Tribunal negó la pretensión de cese de un miembro de la Comisión Federal de Industria, que había sido nombrado por el Presidente republicano E. HOOVER y que se mostraba desafecto a la política del nuevo Gobierno.

En los años siguientes a la Sentencia *Humphrey's* se crean más de diecisiete Agencias Independientes. Así, se constituyeron el Fondo Federal de Garantía de Depósitos (*Federal Deposit Insurance Corporation*), la Comisión de Títulos y Cambio (*Securities and Exchange Commission*), encargada de disciplinar la actividad de los mercados de valores, la Oficina Nacional de Relaciones Laborales (*National Labor Relations Board*), la Oficina de la Seguridad Social (*Social Security Board*) y, finalmente, se reformó la Ley de la Reserva Federal, a fin de dotar a este órgano de mayores competencias y de fortalecer su independencia.

Las agencias independientes nacen como producto de una consagración constitucional que no primaba la separación estanca de los poderes públicos entre sí. Así, la Constitución de los Estados Unidos de 1787, si bien asignó a cada rama del poder público una función propia y connatural, es decir, la legislativa, judicial y ejecutiva, sin embargo, omitió cualquier declaración expresa que prohibiera la concentración de funciones públicas de diversa naturaleza en una misma autoridad, razón por la cual, algunos estudiosos han expresado que la teoría clásica de la separación de poderes, acogida por esa constitución constituyó una formulación jurídicamente inacabada e incompleta. Sin embargo, por obra de la jurisprudencia de los tribunales norteamericanos, la teoría fue evolucionando hasta abrirle paso al principio de equilibrio entre los poderes y de reciproca influencia entre ellos, conocido hoy como el principio de checks and balances o equilibrio de poderes, que se considera hoy, propio de la Constitución de los Estados Unidos de 1787, y que constituye un presupuesto fundamental del sistema de administración por agencias independientes y de su marco constitucional.

En 1887, se creó la primera agencia administrativa independiente federal en la figura de la *Interstate Commerce Commission (ICC)*, como administración competente en el ámbito federal, para regular y supervisar el funcionamiento del sector ferroviario, habilitada competencialmente con facultades que la doctrina calificaría inmediatamente como cuasilegislativas y cuasijudiciales. Este modelo surge como algo totalmente novedoso en donde el acento funcional y competencial estaba puesta en su verdadera independencia y autonomía respecto a los poderes públicos y en particular respecto al ejecutivo, además de su notoria atribución regulatoria; luego de lo cual fueron creadas, otras AAI, como *la Federal Reserve System (1913)*, *la Federal Trade Commission (1914)*, *la Federal Radio Commission (1927)*, *la Federal Power Commission (1930)*, *la Securities and Exchange Commission (1934)*, *la Federal Communications Commission (1934)*, *la National Labor Relations Board (1935)*, *la United States Maritime Commission (1936)* y *la Civil Aeronautics Board (1938)*.

La real y material independencia técnica de las AAI, genero casi inmediatamente una reacción en las altas esferas de los poderes dirigida a pregonar su inconstitucionalidad por constituir un poder al margen de todo tipo de control por cualquiera de los otros poderes públicos. Ello se debió, como lo apunta FERNANDEZ ROJAS, a los tres elementos que, en su conjunto, parecían amenazar el orden constitucional:

- la escasa responsabilidad política por sus decisiones;

- su atomización en múltiples centros de decisión y;
- la potestad para actuar al margen de la orientación política del gobierno.

Casi inmediatamente a su nacimiento, las AAI se vieron confrontadas por el rechazo y la hostilidad del Poder Ejecutivo frente a ellas, intentando someter y subordinar a las AAI, a la categoría de agencias ejecutivas, dado que, en muchos casos se convertían en una autoridad administrativa incómoda para la política gubernamental.

La célebre sentencia *Humphrey's Executor v. United States* de 1935, fue la primera en pronunciarse a favor de la constitucionalidad del sistema de administración por agencias o administraciones independientes. La destitución del director de la *Federal Trade Commission* (FTC), William F. Humphrey, fundada en su negativa reiterada a someterse a la política presidencial, dio lugar a que, tras su fallecimiento, el albacea administrador de su herencia intentara ante los tribunales un proceso civil declarativo contra la administración federal, exigiendo los salarios dejados de percibir desde su destitución, al haber sido cesado por causas no previstas legalmente para la destitución de los altos directivos de la agencia. La Suprema Corte, emitió por unanimidad la sentencia que se convertiría en el pilar protector a favor de la legitimidad constitucional de las AAI. Ya la sentencia *Myers vs. United States* de 1926 había sostenido la inconstitucionalidad de una norma legal que impedía al presidente de los Estados Unidos remover libremente de sus cargos a los *executive officers*, y permitió a la Suprema Corte afirmar la supremacía presidencial sobre el poder ejecutivo y la administración. Esta sentencia le reconoció al presidente el derecho ilimitado de remoción discrecional, respecto de los titulares de los diferentes órganos de la administración federal. La sentencia *Humphrey's Executor vs. United States* de 1935, preciso y delimitó el alcance de aquélla, al sostener que, en ciertos casos, el poder presidencial de remoción podría verse seriamente limitado legalmente, en particular las competencias presidenciales de libre remoción de los cargos directivos de las agencias administrativas federales, sin que ello significara trasgredir el orden constitucional, cuando dichas administraciones desempeñasen además, funciones de naturaleza cuasilegislativa regulación o cuasijudicial resolución de conflictos técnicos y jurídicos.

El temprano informe *Brownlow* de 1937, realizado bajo la administración ROOSEVELT, fue quizás junto a los informes HOOVER lo más agresivo que se haya elaborado por los partidarios de las tesis unionistas contras las AAI. En el caso del informe *Brownlow*, este concluye, definiendo las AAI como “una poderosa, descoordinada y acéfala cuarta rama del poder público, que desafía la lógica de la responsabilidad democrática y desborda gravemente el marco constitucional”. Los informes elaborados por representantes del gobierno federal y funcionarios del ejecutivo se multiplicarían los años subsiguientes, como fue el caso de los informes, de Ash (1971), Grace (1983) y Gore (1993), por mencionar solo algunos, informes estos que insistirían duramente en la inconstitucionalidad y en la inconveniencia de mantener el sistema de administraciones independientes como órganos no sujetos o adscritos al ejecutivo federal. Lo más paradójico es que un cúmulo jurisprudencial que cubría varios años reconocía al Presidente atribuciones cuasilegislativas y cuasijudiciales, por lo que objetar la legitimidad y la constitucionalidad de las AAI por ostentar tales atribuciones es una supuesta ruptura del sistema de tripartición de los poderes públicos clásicos, resultaba un débil argumento. De esta forma, las sentencias sentadas en los casos, *Field v. Clark* (1892), *United States v. Grimaud* (1911), *Myers v. United States* (1926), *J.W. Hampton Jr. & Co. v. United States* (1928), y *Yakus v. United States* (1944), ya habían declarado constitucionales varias leyes que otorgaban al presidente de los Estados Unidos atribuciones cuasilegislativas y cuasijudiciales.

Pero la independencia de las agencias administrativas comienza a ser reinterpretada y redelimitada a partir de la célebre sentencia del caso *Synar v. United States*, dictada en 1986 por el Tribunal Federal de Apelación con sede en Washington D.C. la cual comienza a abrirle camino a un nuevo criterio enraizado igualmente en la constitución de 1787 y que descansa en el también clásico principio constitucional del *checks and balances*, contenido desde antiguo en la Constitución de 1787. La aplicación de este criterio para justificar la constitucionalidad del sistema de administración por agencias independientes, demostró su efectividad en 1993, cuando el Congreso de los Estados Unidos, con mayoría parlamentaria del Gobierno negó la modificación y supresión de algunos aspectos esenciales de algunas AAI, bajo el argumento de que tal reducción efectiva de la autonomía de las AAI podría derivar en una concentración inconstitucional de facultades a favor del ejecutivo.

De modo que, hoy en día las AAI se sostienen legitimadas por este principio y su interpretación jurisprudencial del *check and balances*, el cual ha propiciado una serie de reformas, sobre todo en las últimas dos décadas del siglo XX, y las cuales han dimanado tanto de la actividad parlamentaria, judicial y administrativa, intentando y logrando equilibrar la situación del Presidente y mecanismos de tutela o control sobre las AAI. Así, el Congreso, poder modelador precisamente del sistema de administración por agencias independientes, consolidó en las últimas décadas dos reformas fundamentales: la primera de ellas es el multiplicado otorgamiento de competencias de naturaleza cuasilegislativa y cuasijudicial en torno al presidente, especialmente a través de sus agencias ejecutivas; Y la segunda, ha sido la eliminación de algunas administraciones independientes que se consideraban fundamentales e intocables como la *Civil Aeronautics Board* (CAB), cuyas funciones fueron reasignadas al *Department of Transportation*, o la *Interstate Commerce Commission* (ICC).

En el mismo orden de ideas, el Poder Judicial ha reformulado sus criterios flexibilizando sus ideas respecto a la relación que debe existir entre el Presidente y las AAI, admitiendo una reducción en la realidad de la autonomía de las AAI y contribuyendo al rediseño de la institución a lo largo de los últimos treinta años, gracias a una creciente



colegiados, en España y en los principales países de inspiración napoleónica, junto a la clásica estructura ministerial centralizada con órganos de dirección unipersonales, aparecen ahora, en muchos casos con una sospechosa coincidencia competencial, los nuevos entes reguladores⁴³. La aparición de las Administraciones Independientes en el catálogo del Derecho público español constituye, en primer término, un fenómeno vinculado a la evolución del régimen jurídico de las personificaciones instrumentales. Por cuanto que, en el caso de las Administraciones Independientes, se les ha atribuido un Derecho estatutario propio sobre la base de la concesión a las mismas de personalidad jurídica propia, que deroga el régimen general de los entes institucionales.

Las Administraciones Independientes, por contraposición a los órganos independientes, no surgen para resolver conflictos, sino para ordenar determinados sectores de la vida pública. Desde esta perspectiva, la aparición de una serie de Entes de Derecho público a los que se atribuye la denominación genérica de Administraciones Independientes — Ente Público Radio-Televisión Española, Consejo de Seguridad Nuclear, Banco de España, Comisión Nacional

preocupación por amparar al gobierno en el ejercicio de sus derechos constitucionales. Por una parte, se han flexibilizado los criterios respecto a los presupuestos legales que obstaculizaban al Presidente para remover los altos directivos de las agencias independientes, criterios estos que germinaron a partir de las sentencias dictadas en los casos *Morrison v. Olson* de 1988 y *SEC v. Bilzerian* de 1990, las cuales se preocupan por preservar y salvaguardar, con rango de primacía, las competencias presidenciales para dirigir, diseñar y ejecutar la política pública, frente a la intervención de las administraciones o agencias independientes. La segunda reforma o cambio de criterio construido por la jurisprudencia es la definición de los motivos y causas para la atenuación de la rigidez de los presupuestos legales que permiten al presidente remover a los altos cargos de las administraciones independientes, ha significado que las causas legales, que hacen procedente el ejercicio de la potestad de remoción, como son la grave negligencia o la mala fe en el cumplimiento del deber, puedan verse multiplicadas análoga y extensivamente por la interpretación jurisprudencial, entre las cuales resalta como causal la repetida y grave discrepancia entre las políticas presidenciales y las formuladas o ejecutadas por las AAI.

En el caso de las reformas administrativas, curiosamente la reducción o transformación de la independencia en autonomía, es decir, la aceptación de vínculos de subordinación administrativa- parcial, el replanteamiento y la reconceptuación que vienen sufriendo las AAI, sobre todo en sus relaciones con el ejecutivo, las mismas agencias independientes han aceptado someterse voluntariamente a las *Executive Orders* gubernamentales. Como lo destaca Fernández Rojas, *“el acatamiento manifestado voluntariamente por las AAI que lo deseen, transforma en vinculantes las disposiciones contenidas en las respectivas Executive Orders, lo cual supone un radical cambio en la actitud de algunas de las otrora beligerantes agencias independientes, y significa un paso —desde el punto de vista de las tesis unionistas— hacia la consolidación de la supremacía administrativa del gobierno. Esta transformación, que se ha ido gestando gradualmente, se manifiesta sobremanera a partir de las importantes Executive Orders proferidas por los gobiernos REGAN y CLINTON, cuyo objeto ha sido exigir a las AAI, un mínimo de acatamiento a las políticas públicas promovidas desde el gobierno, así como una mayor coordinación entre las diversas políticas adelantadas por un nutrido número de administraciones independientes”*. Al respecto véase: FERNÁNDEZ ROJAS, Gabriel (2003): *La administración por agencias independientes en los Estados Unidos de América*, Universitas, núm. 106, Pontificia Universidad Javeriana Bogotá, Colombia, pp. 177-205. Igualmente pueden consultarse: BILBAO UBILLOS, Juan María (1999): *Las agencias independientes: un análisis desde la perspectiva jurídico-constitucional*, Universidad de Valladolid, AFDUAM 3, pp. 163-181. SANCHO, David (2003) *Regulación y agencias reguladoras independientes: elementos clave para la consolidación de su diseño institucional* Universidad Pompeu Fabra de Barcelona. España.

⁴³ RODRIGUEZ-ARANA, Jaime: *El Derecho Administrativo...*p.15



del Mercado de Valores y Agencia de Protección de Datos— representa un curioso hito constituido por el deseo de escapar a la regulación del Derecho administrativo, por lo menos local⁴⁴ y diríase que más bien, se busca escapar de los controles propios de una administración pública jerarquizada y abstraer su actividad administrativa a un plano supranacional.

Las diversas corrientes y escuelas que vienen estudiando y abonando la construcción del derecho administrativo global como una disciplina, han propuesto diversos catálogos axiológicos que serían adecuados, eficientes y suficientes para regir tanto la actividad administrativa que desarrollan las instituciones y las administraciones globales, así como las interrelaciones de estas instituciones entre si y sobre todo en su incidencia sobre los ciudadanos. Ello es consecuencia de la necesidad insoslayable de trasladar las exigencias del Estado de Derecho a la globalización jurídica y, en particular, los presupuestos aplicativos y constitutivos de la *Rule of Law* proveniente del derecho Anglosajón y de su influencia en el espacio global regulatorio.

CONCLUSIONES

La “virtualización” de las relaciones humanas y la consecuente transformación de las relaciones tiempo/espacio han provocado y están provocando la mutación de instituciones fundamentales vinculadas a la posesión, el ejercicio y destino del poder público.

El ascenso del neoliberalismo con su recetario de técnicas de retracción del Estado -privatización, despublificación, renuncia a la opción de la nacionalización, de la reserva, de la expropiación y de la publificación de bienes y servicios- ha generado una ruptura del Estado y de su principal soporte legitimante como lo es la soberanía. La tendencia del Derecho comunitario europeo a crear autoridades reguladoras independientes y fortalecer su

⁴⁴ Puede consultarse al respecto: García, E.-Fernández, T.R. (1989) “*Curso de Derecho Administrativo. Tomo I.*” Civitas. Madrid, España. Págs. 406 y ss.; Santamaría, A. (1988) “*Fundamentos de Derecho Administrativo.*” CEURA. Madrid, España. pág. 1 190; Parada, J.R. (1997) “*Derecho Administrativo II. Régimen Jurídico de la Actividad Administrativa. tomo II.*” Págs. 212.; G. Ariño, G. (1974) “*La Administración Institucional (Bases de su Régimen Jurídico).*” Instituto de Estudios Administrativos (IEA). Madrid, España. Págs. 234 y ss.; Martín-Retortillo, S. (1994) “*Las Empresas Públicas: Reflexiones del Momento Presente,*” En Libro homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo / coord. por Alfonso Pérez Moreno; Manuel Francisco Clavero Arévalo (hom.), Vol. 2 . págs. 64 y ss. (111) Vid. Clavero, M.F. (1958) Personalidad Jurídica, Derecho General y Derecho Singular en las Administraciones Autónomas, En “*Documentación Administrativa*, núm. 58.” Págs. 13 y s.



autonomía, no solo, produce tensiones de diversa índole derivadas de un alejamiento del principio jerárquico y de la legitimación parlamentaria en los Estados miembros”. Los tiempos del Estado-Nación, del espacio estatocentrico, como los conocemos, parecen estar llegando a su fin e igualmente se encuentra seriamente controvertido el derecho público, y ambos, Estado-Nación y derecho público parecen estar dispuestos a claudicar y no a transformar. Si ello es así, nos encontramos ya frente a un Estado Hueco.

La “liberación” de las fuerzas del mercado a su propia dialéctica, y un cierto y extendido discurso deslegitimador de lo público, han colocado a los mercados por encima de los Estados en la medida en que ha dado a luz relaciones nuevas entre la autoridad y los actores públicos y privados capaces de generar redes y sistemas normativos que ya no nacen, por tanto, en los Parlamentos sino, desde la supraestatalidad se imponen a los Gobiernos y a los ordenamientos internos. Se trata de una “coactividad” normativa producida muchas veces por la conjunción de estos actores, pero en otras ocasiones, solo por los actores privados. Tal circunstancia configura un “déficit democrático” en tanto, estos actores privados no responden causalmente a la idea de haber sido elegidos por los ciudadanos, o designados por los elegidos por los ciudadanos, serio problema de legitimidad que se encuentra en pleno curso.

Hay por tanto, “un derecho del Estado sin Estado”, es decir, un derecho público que históricamente ha sido el derecho del Estado, en tanto, traduce la fórmula jurídica de organización de sus administraciones públicas, en cada uno de los poderes, y que ahora nace en el espacio administrativo global y, quizás lo más asombroso, se trata de un derecho administrativo global cuya generación normativa corre a cargo no solo de los actores públicos, sino también a cargo de redes, grupos, ONGs privadas que formal o informalmente, crean derecho público. De modo que, el concepto del derecho público y específicamente la noción del derecho administrativo está cambiando radicalmente.

En el mismo sentido, la noción de Administración Pública se ha venido transformando y redimensionando para allanarse a una reestructuración que sustituya el principio de jerarquía vertical y de gradación en cascada de ejercicio de la autoridad, por una “horizontalización” de las relaciones entre funcionarios y actores privados, quienes cada vez más, no solamente son los receptores de las decisiones y de las políticas públicas, para pasar a ser conformadores de tales



decisiones y políticas. Viene gestándose así, la Gobernanza global que incluye la llamada autoridad privada como parte de los mecanismos de formación de las decisiones y políticas públicas.

Como lo ha repetido incansablemente M. MERCÉ DARNACULLETA I GARDELLA, el procedimiento administrativo, “en su concepción más clásica”, está diseñada para “la obtención y la gestión de la información necesaria para despejar incertidumbres en la toma de decisiones públicas”, no obstante que hoy “el conocimiento experto se encuentra principalmente a extramuros del Estado” y, además, no se halla nacionalmente acantonado. Ello, precisa la autora, ha llevado a una autorregulación que, es cada vez más internacional, y cuyos contenidos - los estándares- tienen “efectos vinculantes de facto”. La autora pone sobre la mesa el déficit, que ahí se embosca, no hay “control ni responsabilidad alguna” y reclama, a modo de garantía para los destinatarios y para el interés general, la aplicación, por vía de extensión, del instrumental que ha ido gestándose en los Derechos Administrativos nacionales.

Transformación nada sencilla.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Ariño, G.** (1974) *La Administración Institucional (Bases de su régimen jurídico)*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, págs. 234 y ss.
- Ballbé, M.** (2007) «*El futuro del Derecho Administrativo en la globalización: entre la americanización y la europeización*», *RAP*, 174, Madrid, págs. 215-276.
- Barnes, J.** (2015) “*La Transposición de Valores Públicos a los Agentes Privados por Medio de Elementos de Organización y de Procedimiento*”. [w.researchgate.net/publication/310281014_La_transposicion_de_valores_publicos_a_los_agentes_privados_por_medio_de_elementos_de_organizacion_y_de_procedimiento](https://www.researchgate.net/publication/310281014_La_transposicion_de_valores_publicos_a_los_agentes_privados_por_medio_de_elementos_de_organizacion_y_de_procedimiento)
- Bevir, M.** (2007) Hollow State. En Mark Bevir (ed.), “*Encyclopedia of Governance*.” Thousand Oaks, California–London, United Kingdom–New Delhi, India: Sage, 418–419.
- Brewer-Carias, Allan R.** (2009): *El derecho administrativo global en materia de cooperación policial y el procedimiento administrativo global desarrollado ante interpol, como administración global, para la protección de las personas*, Documento preparado



para el Tercer Congreso Internacional de Derecho Administrativo, sobre “Derecho Administrativo Global” organizado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México y la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León, Monterrey.

Bobbio, Norberto (1992): *Estado, Gobierno y Sociedad. Por una teoría general de la política*, FCE, México.

Brinton H. Milward, Keith Provan y Barbara Else (1993): *La Gestión Pública. Su situación actual*” Bozeman, Barry (Coordinador). Fondo de Cultura Económica. México, Bajo el título de *¿Qué es el Estado Hueco?*, perteneciente a la Parte Séptima (Formulación de Políticas y Gestión Política), capítulo XX de dicho manual.

Candado, A. (2006) *La Ampliación del Contenido Material del ius Cogens*.

Candado, A. (2005) “*International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium - General Course on Public International Law - Part I*”, 316 Recueil des Cours de l'Académie de Droit International, caps. VII-XI, pp. 203-333.

Carotti, B.-Casini, L. (2008) “*A Hybrid Public-Private Regime: The Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN) and the Governance of the Internet*”, en *Global administrative law: cases, materials, issues*, 2ª ed., New York, Institute for International Law and Justice of New York University School of Law e Istituto di Ricerche sulla Pubblica Amministrazione.

Casini, L. (2008) “*Hybrid Public-Private Bodies within Global Private Regimes: The World Anti-Doping Agency (WADA)*”, en *Global administrative law: cases, materials, issues*, 2ª ed., New York, Institute for International Law and Justice of New York University School of Law e Istituto di Ricerche sulla Pubblica Amministrazione.

Costa, M. A. (2020) “*Los Espacios Administrativos Globales, Legitimidad y Eficacia de sus Regulaciones, Derecho Global, Estudios Sobre Derecho y Justicia*” [online]. vol.5, n.15 [citado 2021-11-06], pp.113-141. Disponible en: <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S244851362020000200113&lng=es&nrm=iso>. Epub 04-Ago-2020. ISSN 2448-5136. <https://doi.org/10.32870/dgedj.v5i15.344>.

Darnaculleta, M. M., J. Esteve Pardo e I. Spiecker Gen. Döhmman (coords.), “*Estrategias del Derecho ante la Incertidumbre y la Globalización.*” Marcial Pons, Madrid, España. Págs. 281-311. 3 J. C.

García de Enterría, E. y Fernández, T.R. (1989) *“Curso de Derecho Administrativo, Tomo I.”* Civitas, Madrid, España.

García de Enterría, E. y Muñoz, S. (1986) *“Tratado de Derecho Comunitario Europeo.”* 2 ts. Editorial Civitas. Madrid, España.

García, M. (1991) *“Obras Completas, Tomo II, El Estado Contemporáneo y sus Transformaciones.”* Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, España.

González, J.V. (2004) *“Globalización Económica, Administraciones Públicas y Derecho Administrativo: Presupuestos de una Relación.”* RAP. 164. págs. 7-40.

Harvey, D. (1989) *“Breve Historia del Neoliberalismo.”* Páginas personales UNAM. Biblioteca virtual.

Harvey, D. (1989) *“The Condition of Posmodernity.”* Oxford, Basil Blackwell. (Ed. Cast. La Condición de la Posmodernidad, Buenos Aires, Amorrortu, biblioteca virtual.

Hennebel, L. (2012) *“Penser le droit administratif global. Scepticisme, idéalisme et pragmatisme”*, en Bories, Clémentine (ed.), *Un droit administratif global? A global administrative law?*, Editions Pedone, París.

Hernández, J.I. (2020) *“El Derecho Administrativo Global como Fuente de Derecho en el Arbitraje Internacional de Inversiones. Hacia un Ius Constitutionale Commune,”* 3/20 Preprints series of the Center for European Studies Luis Ortega Álvarez and the Jean Monnet Chair of European Administrative Law in Global Perspective. Published in L. Arroyo, I. Martín, P. Meix (Dirs.), *Derecho público global. Fundamentos, actores y procesos.*

Isaac, G. (1996) *“Manual de Derecho Comunitario General.”* traducción de la 4ª ed. francesa, Barcelona, Editorial Ariel. Madrid, España.

Merkel, A. (2004) *“Teoría General del Derecho Administrativo.”* Comares. Granada, España.

López-Jacoiste, M. E. (2019) *El Tribunal de Justicia de la Unión Europea y la defensa de los derechos fundamentales: Algunas Reflexiones Constitucionales a la Luz del Caso Kadi.* <http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/31234>

Mcluhan, M. (1998) *“La Galaxia Gutenberg.”* Aguilar. Círculo de Lectores, Barcelona.

Olivares, J.U. (2015) *“La Llamada Crisis del Modelo de Estado de Bienestar: Reestructuración y Alternativas.”* Universidad Pontificia de Comillas. Madrid, España.



Olmos, C. y Rodrigo SILVA (2011) “El Desarrollo del Estado de Bienestar en los Países Capitalistas Avanzados: Un Enfoque Socio-Histórico. *Revista Sociedad y Equidad.*” (1). doi:10.5354/0718-9990.2011.10599 p. 8.

Parejo, L. (2009) “El Concepto de Derecho Administrativo.” 2ª Ed. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, Colombia.

Pomed Sánchez, Luis Alberto (1993): *Fundamento y naturaleza jurídica de las administraciones independientes*, RAP no. 132, Madrid,p

Puigpelat, O. M. (2004) “Globalización, Estado y Derecho. *Las Transformaciones Recientes del Derecho Administrativo.*” Thomson-Civitas. Madrid, España.

Rodríguez-Arana, Jaime (2011): *Los principios del Derecho global de la contratación pública.* Derecho PUCP [en línea]. 2011, (66), 29-54 [fecha de Consulta 1 de Noviembre de 2021]. ISSN: 0251-3420. Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=533656149003>.

Rodrigues, L. (2013) *El Derecho Administrativo transnacional o global: un nuevo capítulo del Derecho Administrativo*, en “Estudio publicado en Derecho administrativo, en homenaje a Jorge Fernández Ruiz.” Universidad Nacional Autónoma de México y Asociación Mexicana de Derecho Administrativo. México D.F., México.

Somek, A. (2010) “Administration Without Sovereignty”, en Dobner, Petra & Loughlin Martin (eds.), *The twilight of constitutionalism?*, Oxford University Press, Oxford; Krisch, Nico, “Global governance as public authority: an introduction”, *International Journal of Constitutional Law*, 2012, Consultado por internet.

Teubner G.-Golia, A. Jr (2021) Max Planck Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrec: *El constitucionalismo social: una década de fragmentos constitucionales.* REDCE número 35, enero-julio, Madrid. Consultada por internet.

Trevino, J. A. (2011) *Gobernanza en la Administración Pública. Revisión teórica y propuesta conceptual.* *Contad. Adm* [online]. 2011, n.233 [citado 2021-10-21], pp.127-153. Disponible en: <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0186-10422011000100008&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0186-1042.

Turuhpial, H. (2021) “La Actividad Administrativa.” CIDEP. Caracas D.F., Venezuela.

Ubasart-Gonzalez, G.-Minteguiaga, A. (2017) “Esping-Andersen en América Latina: El estudio de los regímenes de bienestar.” *Polít. gob* [online]. vol.24, n.1



[citado 2021-09-15], pp.213-236. Disponible en:
<http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1665-20372017000100213&lng=es&nrm=iso>. ISSN 1665-2037.

Von A. Bogdandy, P. Dann y M. Goldmann (2010) «*El Derecho Público Internacional como Derecho Público: Prolegómeno de un Derecho de los mercados financieros*», en J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES (coord.), *Estados y organizaciones internacionales ante las nuevas crisis globales*, AEPDIRI, Iustel, Universidad de La Rioja. Madrid, España.

**SMART CONTRACTS Y EL CONSUMIDOR 2.0: COMPRENDIENDO COMO LA
BLOCKCHAIN HA PROPICIADO UNA NUEVA FORMA DE CONTRATACIÓN
TRANSNACIONAL**

**SMART CONTRACTS AND THE CONSUMER 2.0: UNDERSTANDING HOW THE
BLOCKCHAIN HAS PROVIDED A NEW FORM OF TRANSNATIONAL CONTRACTING**

Maryori Molina Luna¹

<https://doi.org/10.53766/ESDER/2021.01.06.02>



Fecha de Recepción: 16 de Septiembre de 2021

Fecha de Aprobación: 05 de Noviembre de 2021

RESUMEN

Este artículo tiene por finalidad la comprensión del *adprosumer* (consumidor 2.0), como actor fundamental en la implementación de los *smart contracts* (contratos inteligentes), una realidad contractual transnacional propiciada por el desarrollo de la tecnología de la *blockchain* (cadena de bloques). En este contexto, se plantea el estudio reflexivo, desde la Ciencia Jurídica, de la inteligencia artificial, la automatización, los algoritmos informáticos y la *big data*, pues, desempeñan un rol fundamental en la ejecución de esta forma de contratación, particularmente, en el ámbito comercial internacional. En tal sentido, empleado un enfoque metodológico de carácter descriptivo y explicativo, en la presente investigación se vislumbra cómo, dentro de ese escenario tecnológico, el *adprosumer* (consumidor 2.0) está expuesto a un alto nivel de vulnerabilidad jurídica que evidencia cuán necesario es el establecimiento de límites legales concisos, que no interfieran en la innovación y desarrollo tecnológico, pero que proporcionen protección jurídica a los derechos humanos.

Palabras Clave: *Contratos inteligentes, consumidor 2.0, inteligencia artificial, blockchain.*

ABSTRACT

This paper aims to understand the *adprosumer* (consumer 2.0), as a fundamental actor in the implementation of smart contracts, a transnational contractual reality fostered by the development of blockchain technology. In this context, the reflective study, from Legal Science, of artificial intelligence, automation, computer algorithms and big data is proposed, since they play a fundamental role in the execution of this form of contracting, particularly, in the international commercial field. In this sense, using a methodological approach of a descriptive and explanatory nature, in this research it is glimpsed how, within this technological scenario, the *adprosumer* (consumer 2.0) is exposed to a high level of legal vulnerability that shows how necessary the establishment is concise legal limits, which do not interfere with innovation and technological development, but which provide legal protection for human rights.

Key Word: *Smart contracts, consumer 2.0, artificial intelligence, blockchain.*

¹ Doctorando del Programa Doctoral en Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Pucv), Valparaíso, Chile. Becada por la Pucv. *Magister Scientiae* en Ciencias Políticas. Abogada y Politólogo por la ULA – Venezuela. Profesora adscrita al Departamento de Derecho Social de la Escuela de Derecho, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad de Los Andes (ULA). Mérida, Venezuela. **Correo Electrónico:** maryori.molina.l@mail.pucv.cl. **Orcid:** <https://orcid.org/0000-0002-4371-0518>



INTRODUCCIÓN

Actualmente, gran parte de la población mundial realiza sus compras en línea. Esto es un fenómeno en continuo crecimiento. De hecho, según estimaciones de *e-commerce* 2020, para el año 2040 el 95% de las compras en el mundo se realizarán en línea (Domínguez, 2021: 20).

En tal sentido, el sector empresarial tiene plena conciencia de ello, y en esa línea, han sabido detectar las principales necesidades a ser cubiertas por los consumidores digitales. Esto, a su vez, ha coadyuvado a que las empresas indiferentemente del lugar en donde se encuentren, se relacionen sin importar su capacidad económica, tamaño, o la realidad jurídica en la cual se desenvuelven.

Así, en este contexto, los *smart contracts* cobran cada vez más relevancia en las relaciones comerciales a nivel mundial. Evidentemente, las empresas no pueden permitirse enfrentar esta realidad tecnológica/comercial desde el paradigma tradicional contractual, en la que todo gira alrededor a las nuevas tecnologías.

En ese orden, los contratos inteligentes desde que el internet se convirtió en un eje central en las relaciones comerciales a nivel global se han consolidado, no solo en el sector comercial sino también en muchos otros espacios de la sociedad actual.

Al presente, los contratos inteligentes se erigen como un mecanismo tecnológico en formato electrónico y autoejecutables, que son el resultado directo del progresivo proceso de automatización en la distribución y en el internet de las cosas —*internet of things* (IoT por sus siglas en inglés o IdC por sus siglas en español) —. Además, por medio de los contratos, se logran establecer entre particulares ubicados en cualquier parte del mundo, independientemente de su nacionalidad, sexo, religión, condición social o económica, etc., transacciones de diversas índoles, sin la mediación de terceros —o al menos no en el sentido tradicional—, con el empleo de la tecnología *blockchain* como característica esencial del proceso.

En este panorama, ante el surgimiento y aplicabilidad cada vez más habitual de los *smart contracts*, es inevitable, que surjan retos importantes en el campo del Derecho, planteando la necesidad de reflexionar, repensar y reorganizar su campo de actuación, concretamente, en el ámbito de las relaciones

comerciales, pues, resulta necesario que, desde el perímetro jurídico, se ofrezca una propuesta sólida desde los requerimientos que este fenómeno exige —y seguirá haciéndolo—, a medida que se generalice aún más, su implementación.

Sobre todo, si se considera que esta nueva realidad tecnológica contractual representa uno de los desafíos más importantes a ser resueltos en la actualidad, pues, se desarrolla en un contexto en el que la inexistencia o laxitud de normas jurídicas y de jurisprudencia internacional y nacionales es la regla, y los principales aportes están surgiendo desde la doctrina y desde la llamada ingeniería jurídica.

Ahora bien, en la actualidad, la información que prevalece sobre los *smart contracts* se centra en su comprensión como fenómeno tecnológico caracterizado por las transacciones que se establecen en el marco de las criptomonedas. Sin embargo, para efectos de esta investigación el contrato inteligente será abordado desde las implicaciones que tiene para los individuos que recurren a este mecanismo, particularmente, desde la perspectiva defendida por Waldo Sobrino, quien propone, que el Derecho actualmente debe ser asumido, principalmente, desde la perspectiva del ser humano, porque en definitiva las grandes empresas no necesitan el nivel de protección que los individuos, pues, tienen el poder económico (Sobrino, 2020: 162).

En tal sentido, con este trabajo se pretende, en primer lugar, entender en qué consiste la figura del *smart contract* y cómo este se desenvuelve dentro de las aplicabilidades del *Blockchain*. En segundo orden, se busca determinar qué rol desempeña en este nuevo contexto tecnológico disruptivo el consumidor 2.0, tomando en consideración las ventajas y desventajas de esta nueva forma de contratación virtual transnacional.

Así, para conseguir los objetivos académicos planteados, esta investigación será dividida en tres partes. En primer lugar, serán expuestas algunas consideraciones generales de los *smart contracts* y para coadyuvar en esta tarea se presentarán, *grosso modo*, cinco figuras propias de la tecnología informática y de programación —*Blockchain*, inteligencia artificial, *machine learning*, *deep learning* y los algoritmos—. De igual modo, se mencionarán algunas ventajas, desventajas y ámbitos de aplicabilidad propios de la figura *sub examine*.

En la segunda parte de esta investigación, se establecerá el estudio de los contratos inteligentes desde la perspectiva del consumidor 2.0 o *adprosumer*,





abordando las implicaciones o problemas que pudieran generarse para los más vulnerables jurídicos, es decir, con una mirada protectoria para los ciudadanos.

En tercer orden, se expondrá, *lato sensu*, cuál es la experiencia internacional en el marco de la regulación o alegalidad —en la mayoría de las legislaciones nacionales de los Estados—, de la tecnología *blockchain* y los contratos inteligentes. Finalmente, se expondrán algunas reflexiones sobre la información presentada.

DESARROLLO

1_. *Smart contracts*. Consideraciones generales.

Los antecedentes de los *smart contracts* se remontan a los 70 cuando surgió un movimiento informático que abanderó el sistema de intercambio electrónico de datos o *Electronic Data Interchange* (EDI), como un mecanismo de reciprocidad de comunicación entre grandes corporaciones. Además, otros precursores importantes de los *smart contracts*, se encuentran en la criptografía asimétrica, también conocida como criptografía de clave pública o de dos claves para el envío de mensajes —clave pública y privada—; en los terminales y tarjetas POS también conocidos como punto de venta; en las asignaciones del ancho de banda en redes públicas; y, en las redes ACH, FEDWIRE y SWIFT empleadas para pagar, transferir o compensar pagos entre entidades bancarias y bursátiles.

No obstante, el principal hecho, que significó el punto de inflexión para el surgimiento y constitución de esa novedosa forma de contratación, se produjo con la consolidación del internet. En efecto, cuando la web daba sus primeros pasos, entre las muchas de las potencialidades y aplicabilidades que le fueron adjudicadas, se encontraban el amplio espectro de posibilidades que ofrecía al campo de las relaciones comerciales y financieras. Particularmente, las referidas a tres características puntuales: la eliminación de la intermediación —o la reducción significativa de los participantes—; la disminución, difuminación o inexistencia de las fronteras territoriales; y, el establecimiento de relaciones más directas e inmediatas entre las partes involucradas.

Ahora bien, fue Nicholas Szabo —conocido como Nick Szabo—, jurista, criptógrafo, informático, experto en contratos y monederos digitales, y precursor del *Bitcoin*, quien en 1994, producto de su admiración por David Chaum



—considerado el padre del dinero digital y creador de los protocolos criptográficos E-cash y DigiCash Inc—, planteó y conceptualizó la figura de los *smart contracts* en el artículo de investigación titulado “[s]mart contracts” (contratos inteligentes). Investigación que complementó con la posterior publicación de dos artículos más. Uno publicado en 1996, titulado “[s]mart contracts: building blocks for digital markets” (contratos inteligentes: componentes básicos para los mercados digitales); y, el otro publicado en 1997, titulado “[f]ormalizing and securing relationships on public networks” (formalizando y asegurando las relaciones en las redes públicas).

En palabras de Szabo, los *smart contracts* constituyen una forma de protocolo informático capaz de ejecutar las disposiciones y cláusulas de un contrato, en sentido tradicional, pero trasladado al campo del internet. Según Szabo, el contrato inteligente es una modalidad de programación informática que tiene la capacidad de transferir valor como pagos o compensación —expresado en activos digitales o monederos virtuales—, de forma autónoma, inmediata y sin intermediarios. Así, en esencia, para este jurista experto en criptografía, un contrato inteligente es un protocolo de transacción computarizado que ejecuta los términos de un contrato.

Según Szabo, entre los objetivos puntuales de esta forma de contratación, se encuentran la satisfacción de las condiciones contractuales comunes y previamente descritas, por ejemplo: formas de pago; gravámenes; confidencialidad; (in) cumplimiento; disminución de las excepciones maliciosas y accidentales; la disminución a lo mínimo posible de intermediarios; la reducción de las pérdidas por fraudes o estafas; las costas del arbitraje —en el caso de que se tuviere que recurrir a esta forma alternativa de resolución de conflictos—; los costos de ejecución del contrato; y, todos los demás gastos transaccionales (1994: 1). No obstante, a pesar de todo ello, el sentido que Szabo otorgó a la idea de los *smart contracts* en la práctica estuvo frenada por diversas limitaciones que dificultaban su implementación.

Pero, en 2008 Satoshi Nakamoto —seudónimo empleado por una persona, unión de varias personas, o de una entidad—, hizo público por medio de la lista de *mail* de Metzger, Dowdeswell & Co. LLC —corporación tecnológica considerada una autoridad en la criptografía, monederos virtuales y criptomonedas—, el artículo “Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System” (Bitcoin: un sistema de



efectivo electrónico de igual a igual), con el cual se dio origen al *Bitcoin* como la primera red de *blockchain* y, adicionalmente, se consolidó el *smart contract* como un mecanismo tecnológico por medio del cual se logró llevar a cabo todo este planteamiento tecnológico.

Por su parte, Reggie O’Shields —vicepresidente sénior y consejero general de la Casa Federal *Loan Bank* de Atlanta, EE.UU.—, considera que los contratos inteligentes responden a instrucciones informáticas escritas en lenguaje de programación y, por medio del cual se autoejecutan las estipulaciones de un acuerdo, luego de que las condiciones predeterminadas para tal efecto acontecen (2017: 179). También, en esa misma línea, el Trebor Kibiat, abogado y asesor experto en fondos de inversión en criptomonedas y en *blockchain* ha establecido, que los *smart contracts* son todos aquellos protocolos computacionales que permiten verificar, ejecutar y hacer cumplir las condiciones de un pacto comercial (2015: 605).

Por otro lado, la catedrática española Cristina Argelich Comelles (2020) refiriéndose a los *smart contracts* indica que estos constituyen un:

Código informático que contiene el conjunto de pactos o cláusulas contractuales, programado mediante un módulo, que está formado por un código virtual —como por ejemplo es el lenguaje *Solidity* que opera en Ethereum, aunque existen otros como *Serpent* y *LLL*— y que, una vez incorporado a la tecnología *blockchain* o cadena de bloques, forma una unidad autónoma que procesa la información, es decir, autoejecuta las prestaciones del contrato. Pág. 13.

En este orden, Waldo Sobrino (2020), en su libro *Contratos, neurociencias e inteligencia artificial*, refiere que los contratos inteligentes:

[S]on instrumentos autoejecutables de acuerdo con premisas específicas previamente determinadas, de forma tal que —por ejemplo— un *wearable* que toma datos de la salud de una persona, cuando detecte que están faltando ciertos insumos o medicina, podría conectarse automáticamente (en forma autoejecutable) con el proveedor pertinente, con la finalidad de requerir el envío del producto que se está terminando. Pág. 162.



Parafraseando a los juristas Larraechea y Orhanovic, un *smart contract* es el pacto celebrado de forma digital, a través del lenguaje de programación informática, mediante la plataforma tecnológica del *blockchain*, y que se autoejecuta automáticamente, sin tener que compeler a la contraparte del contrato para que cumpla con sus obligaciones, ni tampoco tener que requerir del auxilio de la justicia para solicitar el cumplimiento forzado de lo pactado (2020: 108).

Así, el *smart contract* es un protocolo informático, programado por medio de códigos y algoritmos, a través del cual se ejecuta una orden preestablecida cuando se han cumplido una serie de supuestos. En este caso, se sustituye la estructura tradicional de todo contrato por un código informático condicional, que responde a la lógica booleana², esto es, en lenguaje de programación, una sentencia condicional *if/then/else*, que se traduce en que si se cumple una premisa o supuesto de hecho (*if*), se ejecuta la consecuencia que ha sido previamente automatizada (*then*), pero, si no se cumple, se establece otra acción prevista como alternativa (*else*), denominada por Argelich “remedio jurídico” (2020: 13).

Esa orden se activa autónomamente, es decir, el *software* funciona sin intermediación, salvo la establecida previamente en la programación del contrato inteligente, y que, se retroalimenta por medio de la inteligencia artificial, con el *machine learning*, el *deep learning*, y con algoritmos ya existentes dentro del sistema. Puede que resulte un poco complejo, pero en esencia se trata de traducir a fórmulas lógicas lo acordado por las partes.

Ahora, es importante precisar los tipos de *smarts contracts*, y para ello se suscribe la categorización propuesta por Waldo Sobrino en su libro “*Contratos, neurociencias e inteligencia artificial*”, clasificándolos en dos grandes grupos: puros e híbridos, e independientes y subordinados (2020: 350).

Los *contratos inteligentes puros*, “son los que están realizados solamente en código informático, sin ningún otro tipo de soporte escrito o legible” (Argelich, 2020: 13). Con este tipo de contratos se encuentra una situación de absoluta indefensión y potenciación de la asimetría entre las partes, pues, el consumidor o adherente, realmente no precisa con certeza las pautas del contrato que está

² En electrónica digital, informática, programación, estadística y matemática, el álgebra booleana, responde a una estructura algebraica que esquematiza las operaciones lógicas representada a través de valores de lógica binaria, esto es 2 valores, que normalmente representan un falso y un verdadero.



suscribiendo, ya que, al estar los contratos inteligentes puros escritos en lenguaje de programación informática, complejiza el entendimiento de este desde el lenguaje natural.

Un ejemplo de este tipo de contratos, pueden ser los “contratos *shrink wrap* o *click wrap*” (Sobrino: 2003: 90-98), habitualmente empleados en internet, en los que el consumidor cliquee (*click*) en el recuadro de “*I accept*” (acepto o estoy de acuerdo) sin haber revisado pormenorizadamente el texto del contrato, tarea que prácticamente nadie hace (*Ibid*), y que, en este caso puntual, en el supuesto de que alguien se dispusiese a hacerlo, al estar en el lenguaje informático o de programación se dificulta aún más su comprensión.

En cuanto a *los contratos inteligentes híbridos*, debe indicarse que son los que combinan su realización en códigos informáticos con un soporte escrito total o parcialmente, en palabras de Sobrino son “versiones espejo” de un mismo contrato (2020: 163). Esto es, que los códigos informáticos insertos en la versión electrónica correspondan total y absolutamente a la versión escrita, situación que en el campo de la informática puede resultar un tanto complejo, dada la complejidad de lectura y traducción del lenguaje de programación, que como es evidente no resulta sencillo para quienes no poseen formación en el área.

Por su parte, *los contratos inteligentes independientes*, son aquellos que para su ejecución no necesitan de terceros. En esencia, este tipo de contrato respondería a la naturaleza propia de los contratos inteligentes, pues, al haber independencia se potencia su auto ejecución, “porque si su aplicación y ejecución efectiva depende de un tercero (como señalamos más adelante en los contratos subordinados), dicha ventaja puede llegar a quedar desdibujada” (Sobrino, 2020: 369).

Respecto a *los contratos inteligentes subordinados*, debe indicarse que son aquéllos que no se pueden ejecutar sin la información o servicio de asistencia de terceros o de empresas especializadas en el área que proveen los datos requeridos para la ejecución del contrato. Un ejemplo de este tipo de contratos, son los oráculos, que, en informática son piezas de códigos que permiten la conexión e interacción entre el mundo real y el incorporado en el *blockchain*, y los contratos inteligentes. Expresado en un caso hipotético puede explicarse así: dos personas hacen una apuesta sobre un partido de fútbol, José apuesta a que gana el equipo verde y Pablo apuesta que ganará el equipo azul. Entre ambos pactan las



condiciones del acuerdo y el monto de la apuesta. Luego, envían los fondos de la apuesta al *smart contract* que contiene todas las condiciones y parámetros de este. A medida que el partido de fútbol va desarrollándose, el oráculo va alimentándose de la información del partido en cuestión, hasta que culmina, y es en ese momento que analiza todo lo acordado en el contrato, para luego liberar los fondos al ganador de la apuesta, o en su defecto, realizar la acción correspondiente en caso de haberse dado un empate.

En la actualidad existen dos tipos de oráculos bastante conocidos y aplicados. En primer lugar, *Augur*, una plataforma de predicción descentralizada de *Ethereum*, y, en segundo lugar, *ChainLink* (LINK), que ofrece el servicio de conexión entre los *smart contracts* y datos del mundo real, que puede ir desde pagos bancarios, transacciones minoritarias con Visa o *Paypal*, hasta datos de mercado en *Bloomberg* o *NYSE*.

2_. Comprendiendo el *smart contract*: *blockchain*, inteligencia artificial, *machine learning*, *deep learning* y los algoritmos.

Dicho lo anterior, es evidente que el *smart contract* funciona gracias al *blockchain* (cadena de bloques). En consecuencia, debe entenderse en qué consiste la cadena de bloques. Además, deben comprenderse otros cuatro aspectos tecnológicos: inteligencia artificial, *machine learning*, *deep learning* y algoritmos informáticos.

Todo esto comprueba que, un fenómeno tan complejo y, al mismo tiempo, tan empleado actualmente, en primer lugar, se está llevando por delante a la mayoría de los sistemas jurídicos del mundo, y que, en segundo lugar, presiona constantemente a la ineludiblemente revisión, reflexión y reestructuración del Derecho en aras de vislumbrar y establecer reglas claras a una realidad tecnológica avasallante, en la que los individuos pueden llegar a estar en una situación de vulnerabilidad sin precedentes.

En este contexto, los legisladores en todo el mundo no tienen otra opción que afrontar las consecuencias de la digitalización que se ha producido —y seguirá produciéndose— en la contratación nacional e internacional y actuar en respuesta. Puntualmente, a quienes utilicen los *smart contracts* y puedan llegar a generar situaciones de inseguridad jurídica, por abusos, desproporciones o



transgresiones a los derechos, especialmente hacia el lado de los más frágiles jurídicamente.

Ahora, entrando en materia, el *blockchain* o cadena de bloques ha recibido diversas definiciones, la mayoría de ellas desde su área de nacimiento: la informática, lo cual hace que cada conceptualización sea más compleja que otra, o que solo sea entendida por los expertos. Ahora bien, tratándose de un estudio eminentemente jurídico y con la intención de otorgar un entendimiento del *blockchain* lo más sencillo posible, a continuación se presentará una explicación acorde a la naturaleza del Derecho.

Así, la *blockchain* puede entenderse como una base de datos o un gran libro digital descentralizado, que permite el intercambio de información y la realización de transacciones por medio de redes de igual a igual, o red de pares (redes P2P o *peer to peer*), sin la necesidad de requerir la intervención de un tercero, con un registro compartido que no puede modificarse toda vez que la transacción ha sido registrada o verificada. Esta base de datos está conformada por numerosos ordenadores (nodos) que funcionan de forma sistematizada y pública, pues, los datos de esa red están al acceso de todos los usuarios.

Por lo cual, toda la información disponible en la sucesión de datos debe contar con el consenso y la aprobación de todos los usuarios para poder consolidarse en la cadena de bloques, creándose así, un nuevo bloque mediante el *hash* —función criptográfica, que se plantea a través de un algoritmo matemático y que convierte cualquier bloque discriminado de datos en una nueva serie de grafías con una longitud fija—, que almacena los datos preexistentes y la nueva información incorporada, estableciéndose una cadena de bloques que es muy compleja modificar —aunque algunos aleguen que es inmodificable—.

El *blockchain* se caracteriza por tres aspectos puntuales: el consenso, lo que implica que todos los participantes deben estar de acuerdo; el origen, que permite la verificación del registro en la cadena y los posteriores cambios; y, la inmutabilidad, entendiéndola como la complejidad de manipulación maliciosa en los registros.

Con el desarrollo de la tecnología *blockchain* es que ha comenzado verdaderamente el empleo masivo de los contratos inteligentes. Dentro de *Ethereum* —considerada la mayor plataforma de *blockchain* a nivel mundial—, se



han suscrito alrededor de 12 millones de *smart contracts* —un promedio de 670 mil contratos por mes, de acuerdo con los datos publicados por la plataforma de análisis en línea *Dune Analytics*— (Genc, 2021: s/p), una cifra bastante alta, considerando que este fenómeno sólo tiene poco más de una década de haber sido creado.

No obstante, sin perjuicio de lo anterior, el *blockchain* resultó no ser tan infalible como se vociferaba. Evidencia de esto lo constituye el caso “*The DAO*”, que demostró cómo la “seguridad absoluta” del *blockchain*, no es tal. Este caso empieza en 2016 con la creación de un fondo de inversión en criptoactivos denominado *Decentralized Autonomous Organization* (DAO, Organización Autónoma Descentralizada), y cuya criptomoneda de transacción era el *Ethereum*. “Este contrato inteligente logró acumular aproximadamente 200 millones de dólares. Meses después, los titulares descubrieron que una persona desconocida los estaba tomando, pues, en 2017 los operadores de la criptomoneda *Ethereum*, fueron objeto de la violación al *blockchain*, resultando en el robo de poco más de 48 millones de dólares” (Rengifo, 2021: 2). En este caso, como el código del *smart contract* era autoejecutable no hubo forma de interceptar el robo, pues, el código funcionó tal y como se programó.

En tal sentido, Pablo Fernández, especialista en *blockchain* y ciberseguridad, ha comentado sobre el caso DAO, indicando que aún y cuando las autoridades europeas tengan la disposición de resolverlo, el mismo no se ha resuelto, ni se resolverá porque, hasta ahora, se desconoce quién sustrajo el dinero, por tanto, no hay posibilidad de adjudicar responsabilidades jurídicas y no habrá éxito en ningún proceso judicial sobre el caso (2016: 262).

Este ciberataque, demuestra que un error de programación, de procesamiento de datos, de inteligencia artificial, de previsibilidad, etc., en un *smart contract* puede desencadenar consecuencias críticas, pues, al estar alojado en el *blockchain* no permite las reparaciones con parches.

Aunado a ello, el robo de criptomonedas o la apropiación indebida de estas por medio de la minería ilegal o, a través del uso de *malwares* ha ido *in crescendo*, tal como se puede evidenciar con el caso *Kodi*³, plataforma digital que

³ *Kodi* es un *software open source* holandés de *add-ons* para terceros —usuarios—, en teoría gratuito, con el cual se puede reproducir contenido multimedia en local o en *streaming*. Originalmente, surgió con el nombre *Xbox Media Player/Center* (XBMC), pero en 2014 fue cambiado a *Kodi*.



fue cerrada en 2018 tras incumplir con normativas de derecho de autor, y en medio de ese cierre, los programadores de este repositorio *open source*, descubrieron que desde diciembre de 2017 estaba siendo empleado por ciber criminales para distribuir *malwares* que desencadenaban la cripto minería.

También, destaca el caso *gate.io*⁴. La casa de cambios en criptomonedas en 2018 fue objeto de un ciberataque por medio de un *script* malicioso que pretendía apropiarse de monederos virtuales de *Bitcoin* que estaban siendo enviados a carteras externas. No obstante, no se logró el cometido de sustraer los fondos de ningún usuario, ya que, desde *gate.io* se logró interceptar el ataque y evitar que millones de dólares fueran desfalcados.

De igual modo, destaca lo acontecido en la plataforma de *Ethereum Classic* en enero de 2019, cuando cibercriminales perpetraron el “ataque del 51%”⁵, logrando emitir un cheque sin fondos con el cual sustrajeron más de un millón de dólares, distribuidos en 15 transacciones diferentes (Brandom, 2019: s/p).

En definitiva, la tecnología *blockchain* continúa siendo una herramienta ampliamente usada para ejecutar contratos inteligentes y otras aplicaciones tecnológicas. Aunque, se ha evidenciado que la invulnerabilidad, que se le atribuía, no es tal, y se ha demostrado, que no es infalible, pues, con el desarrollo del ecosistema tecnológico, el cibercrimen ha ido creciendo de la mano, descubriendo los puntos flacos de la *blockchain*. Lo cual constituye un desafío, no sólo para quienes las controlan o desarrollan, sino para los gobiernos del mundo, ya que existen una altísima situación de vulnerabilidad jurídica en cuanto a derechos subjetivos se refiere, y a la garantía de la tutela jurídica y del acceso a la aplicación de justicia de cualquier ciudadano vulnerado en sus derechos.

Ahora bien, en cuanto a la inteligencia artificial, debe indicarse que es un sistema informático que tiene la capacidad de mostrar por medio de un *software* un comportamiento “inteligente”. La inteligencia artificial, en palabras de Schneider y Gersting, se entiende como la capacidad que tiene un ordenador computacional para solucionar problemas complejos y determinados, gracias a

⁴ *Gate.io* es un motor de búsqueda en internet de términos, condiciones y conocimientos sobre *blockchain*. De igual modo, funge como un equivalente a una casa de cambio en criptomonedas.

⁵ Se presenta cuando una persona o grupo controla el 51% o más del poder de cálculo, sobre los demás mineros. Un contexto perjudicial para cualquier sistema electrónico distribuido.

la implementación de un algoritmo que identifica, delimita y soluciona un problema (1995: 8-9).

Igualmente, la inteligencia artificial tiene como características esenciales la autonomía y el autoaprendizaje, buscando siempre imitar, incluso superar, lo mejor posible las habilidades cognitivas y funcionales del ser humano.

Actualmente, las personas se interrelacionan en todo momento con innumerables plataformas y aplicaciones tecnológicas con inteligencia artificial y, tal vez, no existe una conciencia colectiva que dimensione lo que está sucediendo. Desde el *Waze*, como una herramienta de geolocalización que muestra con exactitud las rutas, lugares o ubicaciones de los sitios a los que se requiere asistir, hasta las plataformas como *Spotify*, *Netflix*, *Amazon Prime*, *YouTube*, *Facebook* o *Twitter*, etc., que muestran contenidos individualizados basados en la lógica algorítmica, tienen su génesis en la inteligencia artificial que procesa los datos derivados del rastro digital.

Por su parte, el *machine learning* (aprendizaje automático), es la capacidad que tienen los sistemas informáticos de aprender por sí mismos, autónoma y automáticamente. Esto, constituye una gran ventaja para la informática y para el programador, pues, no se requiere de la programación constante de algoritmos, sino que, estos se van actualizando de forma progresiva y permanente, por medio de patrones y tendencias de análisis, lo que resalta la independencia de la programación y el mínimo control que se puede tener sobre estos sistemas.

En cuanto al *deep learning* o aprendizaje profundo, debe indicarse que es un subcampo del *machine learning*, por medio del cual se busca emular el enfoque de aprendizaje usado por las personas para procesar datos y crear patrones empleados en la toma de decisiones. El *deep learning* usa estructuras de redes neuronales artificiales que le permiten aprender de manera significativa, copiando el comportamiento de los axones —prolongación de una neurona que conduce impulsos nerviosos— de las neuronas de los cerebros biológicos.

Por último, los algoritmos, son un conjunto de pasos o secuencias que permiten desarrollar una tarea o solucionar un determinado problema, a través de una serie de instrucciones claramente establecidas y estructuradas, es decir, deben estar en orden, una tras otra, ser definidas y deben tener, al menos, una solución posible. Los algoritmos son utilizados en el *hardware* y en el *software* desde hace mucho. Pero, su simbiosis con el *machine learning* le otorga en la





actualidad preponderancia en la informática. Con ellos se procesan y analizan enormes bases de datos (*big data*), para responder preguntas o resolver un determinado inconveniente, desarrollando herramientas que anticipan lo que puede suceder de manera automática.

En ese sentido, una de las cuestiones que más se está desarrollando actualmente con los algoritmos, es su capacidad predictiva, que puede ser empleada prácticamente en cualquier ámbito, *v. gr.*: sentencias judiciales; prevención de enfermedades; búsquedas en internet; comprensión de patrones de comportamiento; predicción de conductas de consumo; recomendación de productos y servicios; entre muchos más.

Ahora, esa capacidad predictiva se enriquece gracias al rastro digital de las personas, que va formando una especie de ADN digital. Sin embargo, alrededor de esto surgen dos escenarios sumamente importantes, y que pueden llegar a representar problemas serios en el marco del establecimiento de relaciones individuo – tecnología, estos son los sesgos y la discriminación que pueden producirse como consecuencia de la replicación y del autoaprendizaje.

Ante todo esto, queda claro que, para bien o para mal —según la perspectiva con que se mire— el *smart contract* constituye un gran cambio de esta tecnología disruptiva. Además, evidentemente, es un fenómeno que está incidiendo en la transformación de la Teoría General de los Contratos, pues, ha llegado a propiciar una gran cantidad de cambios en el ámbito de la contratación internacional.

3_. ¿Cuál es la aplicabilidad de los *smart contracts*? Funcionalidad de esta forma de contratación.

La aplicabilidad de los *smart contracts* puede estar presente en los hogares inteligentes; en el comercio electrónico; en la automatización de los sistemas democráticos de votaciones o en el pago de impuestos; en el desarrollo informático; en la industria musical; en los inventarios y cadenas de suministros; en la banca y las finanzas con transacciones por monederos digitales; en la transferencia de tecnología; hasta en el campo del transporte, donde podría suceder que, por medio de un *smart contracts*, se proceda al pago inmediato de la indemnización al pasajero de una aerolínea en caso de retraso o cancelación del vuelo.



Ahora bien, de momento, los usos más habituales de los contratos inteligentes se encuentran, en primer lugar, en el sistema de seguros, industria que gasta millones de dólares al año en el procesamiento de reclamos, sumándosele además, las pérdidas millonarias por reclamaciones fraudulentas. En el campo de las aseguradoras, los contratos inteligentes además de respaldar la póliza de seguro, también pueden mejorar la recepción y procesamiento de reclamos de los asegurados. Podrían verificar errores e importes de pago en función de un conjunto de criterios preestablecidos, y que, en principio, deberían ir en consonancia con la política pactada entre el asegurado y la aseguradora. También, a largo plazo, los *smart contracts* pueden ser de vital ayuda para el internet de las cosas, al gestionar pólizas de seguro por siniestros asociados a este aspecto, particularmente, en la activación inmediata de reclamaciones después de un determinado accidente.

En segundo lugar, en el sector financiero, igualmente, se implementan con regularidad en transacciones asociadas al *blockchain*. En este aspecto, son varios los ejemplos: 1. la intensa batalla desarrollada en el marco de la banca de inversión española en el último trimestre del 2018, que involucró a cuatro emporios bancarios *Bank of America Merrill Lynch*, *Citigroup*, *Credit Suisse* y *J.P. Morgan*, y la Corporación de Fideicomiso y Compensación de Depósitos (DTCC) (Bayón, 2020: s/p); 2. el RSK o *Rootstock*, una red de pares o *peer to peer* (P2P) —protocolo de segunda capa que facilita la ejecución de *sidechain* (cadena lateral) y contratos inteligentes sobre la *blockchain* de *Bitcoin*—; 3. el proyecto *SeSocio*⁶, una plataforma que se fundamenta en el financiamiento colectivo; 4. el proyecto *Activos MMP*⁷, programa de recompensas con *tokens*⁸ del municipio Marcos Paz, Argentina, en alianza con *Koibanx*⁹, que otorga recompensas con *tokens* a los habitantes de este municipio por buenas prácticas ciudadanas como el pago oportuno de impuestos o el reciclaje.

⁶ Para ampliar información revisar en <https://www.sesocio.com/projects/otros/sesocio>

⁷ Para ampliar información al respecto revisar en <http://www.marcospaz.gov.ar/>

⁸ Responden a la misma lógica que los tradicionales (*v. gr.*, fichas de casino). Son creados por privados, carecen de valor de curso legal, son intercambiables, y funcionan con *blockchain*. Destacan: *Tether* —representación digital de un dólar estadounidense de *Ethereum*—; y, *omni layer* (*Bitcoin*). Los *tokens* no son propiamente tal una criptomoneda, contrariamente, representa cualquier cosa: una casa, acción de una empresa, títulos valores, bien coleccionable, línea de producción industrial, etc.

⁹ *Koibanx* es una aplicación tecnológica que permite a empresas y usuarios crear sus propios *tokens* como programas de fidelidad para determinados grupos de personas y recompensar a sus clientes.



En tercer lugar, otro ámbito de gran aplicabilidad de los *Smart Contrants* son los sistema de registros de datos industriales, destacando la industria de la salud, que actualmente invierten altas sumas de dinero en seguridad y rapidez de procesamiento, acceso y almacenamiento de datos en la *blockchain*, para evitar seguir siendo blanco de ataques cibernéticos (Villa, 2020: s/p), debido a que la información de salud personal de los pacientes —que es y debe ser protegida—, actualmente forma parte de la categoría denominada datos sensibles, y es uno de los campos de información que se monetizan con mucha facilidad (Arribas, 2018: 8).

En cuarto lugar, de manera conexa, en el sector de la investigación biomédica, los contratos inteligentes son muy empleados, y su uso va *in crescendo*. Este sector maneja datos altamente confidenciales y dada la complejidad e interdisciplinariedad de sus funciones investigativas, encuentran en la tecnología *blockchain* un medio aparentemente seguro para transferir entre departamentos, laboratorios o centros de investigación, los datos personales de individuos voluntarios a ser parte —o que ya lo son— en una determinada investigación, para ser cifrados de forma segura. De igual modo, las compañías biomédicas han conseguido en los contratos inteligentes y en el *blockchain*, grandes aliados para resguardar una enorme cantidad de datos, en los que se incluyen resultados de pruebas y nuevas fórmulas de medicamentos.

En quinto lugar, los contratos inteligentes tienen alta incidencia de aplicabilidad en el mercado inmobiliario o de bienes raíces. En primera instancia, para el registro de la propiedad de manera más rápida y rentable; y, en segunda instancia, como alternativa a los altos costos de servicios jurídicos por parte de abogados y gestores o corredores inmobiliarios.

En este aspecto, se hacen más frecuente las operaciones de hipotecas inteligentes basadas en la tecnología *blockchain*, con procedimientos expeditos, más baratos y sin la intervención de terceros que complejicen el proceso —o al menos es lo que los defensores de este tipo de tecnología suelen manifestar—. Ofreciendo, además, entre otros aspectos, la posibilidad del traspaso de la titularidad de la propiedad, de forma inmediata en el caso de incumplimiento de lo pactado por las partes.

En fin, los contratos inteligentes se pueden aplicar en diferentes industrias y campos del quehacer humano.



4_. Ventajas y Desventajas de los *smart contracts*.

Según defensores de los *smart contracts*, estos tienen una ventaja sobresaliente y otras secundarias. La ventaja principal tiene que ver con la seguridad informática, un hecho altamente abanderado, pues, al ser sumamente difícil modificar el contrato inteligente, se plantea esta seguridad como una situación análoga a la seguridad jurídica; afirmación incierta y no necesariamente correcta, pues, en ninguna circunstancia debe asumirse, *a priori*, que estos contratos son equitativos y justos, dos principios elementales que deben cumplirse para que haya seguridad jurídica.

En cuanto a esto, Waldo Sobrino afirma que los contratos inteligentes no son contratos paritarios, “sino que son contratos de adhesión (*rectius*: formularios de adhesión) o de consumo (*rectius*: vínculos de consumo), tienen la misma posibilidad (o aún más) de ser injustos, violentando la normativa protectoria de los consumidores” (2020: 369). Por tanto, si se está frente a un contrato inteligente que resulte ser injusto, la vociferada seguridad informática no se correspondería con la seguridad jurídica, contrariamente, *de facto*, se convierte en un instrumento inequitativo difícil de modificar. Ante ello, aún y cuando, los contratos inteligentes ostenten seguridad informática, eso no implica que, por sí mismos, otorguen seguridad jurídica, pues, pueden carecer de equidad y justicia.

Ahora, sobre las ventajas secundarias de los contratos inteligentes se plantea un compendio indicado por varios autores —*cfr.* Legeren (2018); Argelich (2020); Sobrino (2020) —, quienes coinciden en afirmar que estos son: independientes; completos; rápidos; automatizados; ofrecen economía del tiempo; se ejecutan sin la intervención de operadores del derecho, esto es, jueces y abogados, entre otras más.

Por su parte, en cuanto a los problemas o desventajas de los contratos inteligentes puede indicarse que, de momento, uno de los más trascendentales, y que, paradójicamente es destacado como una de sus grandes ventajas es la limitada, y a veces inexistente, participación de los operadores de justicia.

Justamente, desde el ámbito del Derecho y desde la Teoría de los Derechos Humanos, la no participación de los operadores de justicia constituye uno de los grandes problemas de este tipo de contratos, pues, en ninguna circunstancia



puede proponerse la renuncia voluntaria al acceso a la justicia, para que un contrato inteligente sea más veloz, eficaz y certero.

Así, al existir un *smart contract* en el cual se estableciere la no intervención de los operadores de justicia, no sólo se estaría frente a un hecho ilegal, también, sería inconstitucional e inconvencional, por transgredir principios fundamentales de Derecho nacionales y de tratados internacionales de Derechos Humanos.

Obviamente, no hay forma legal de que una persona pueda renunciar a recurrir al acceso a la justicia si así lo decidiera y necesitara. En este sentido, autores como Alfonso Ortega, considera que los contratos inteligentes ni son contratos ni son tan inteligentes¹⁰. Por su parte, Cristina Argelich habla de la naturaleza de desregulación de los *smart contract* y de la necesaria intervención del legislador (2020: 6). Waldo Sobrino plantea la naturaleza ajurídica de los contratos inteligentes (2020: 364).

Así, esta discusión va tomando auge ante afirmaciones como la citada por Legerén, sobre el futuro del Derecho ante los vertiginosos cambios tecnológicos, indicando que:

[A]lgunas voces han señalado que estos contratos no necesitan de una institución legal para existir, que reemplazarán al Derecho de contratos o que eliminarán los litigios en materia contractual, no han faltado otros que han negado el carácter contractual a los *smart contracts*. Las razones que apoyan a esta última opinión son, básicamente, dos: considerar únicamente la perspectiva informática de los contratos inteligentes —de modo que solo aludirían a la secuencia de código—, así como entender que los *smart contracts* no serían más que una manera de ejecutar automáticamente lo que ya está contenido en el

¹⁰ a) ¿Por qué no son contratos? Que exista un código dentro de una *blockchain* que active automáticamente una operación al cumplirse una condición no es un contrato en sí, sino la ejecución de un contrato que ya existía. Previamente, las partes han hecho un acuerdo formal y el hecho de que eso se ejecute a través de una *blockchain* o de cualquier otra plataforma es irrelevante para ser considerado un contrato; y, b) ¿Por qué no son inteligentes? Porque en la mayoría de los casos, se tratan de una mera automatización de órdenes previamente establecidas, lo cual no es muy inteligente. La auténtica revolución sería aplicar técnicas de aprendizaje automático para que ese código haga valoraciones subjetivas por sí mismo, como determinar si una sociedad está válidamente constituida para después ejecutar sobre ella esas órdenes (Ortega: 2020: s/p).

acuerdo, sea cual fuere el soporte en que se recoja —oral, escrito, en código informático, etc.— (2018: 211).



Esto, se relaciona directamente con otra de las ventajas —presumidas por los defensores— de los *smart contracts*, la imposibilidad de modificar el contrato inteligente, pues, al estar inserto en el *blockchain* la inmutabilidad se hace presente. Pero ¿qué sucedería, si dicho contrato tiene un mal funcionamiento o ha sido mal programado? pues, tal y como se mencionó anteriormente, cabe esta posibilidad.

La inteligencia artificial puede fallar, existe evidencia reciente que así lo demuestra. *V. gr.*: el caso de *Google* en 2015 y la creación de un algoritmo que terminó siendo racista al señalar como gorilas a personas de color (Salas, 2018: s/p). *Tay* el bot de Microsoft que en 2016 se convirtió en racista, misógino y antisemita (Metz; Collins, 2018: s/p). Los robots de *Facebook*, que en 2017 desarrollaron su propio lenguaje, prácticamente imposible de descifrar para los investigadores (Jiménez, 2017: s/p). El algoritmo de *big data* de *Amazon* que en 2018 desarrolló un sesgo hacia las mujeres, debido a que se alimentó previamente con la recopilación de currículos que en su mayoría eran de hombres (Rubio, 2018: s/p). El vehículo autónomo SUV de *UBER* que el 28 de marzo de 2018 atropelló a una mujer en Arizona (EE.UU.), causándole la muerte instantáneamente (Jiménez, 2018: s/p).

Todo esto demuestra, que no hay un sistema infalible, siempre existe riesgos, la inteligencia artificial puede fallar, de manera tal que existe una alta probabilidad de causar daños a terceros. En este sentido, ha empezado a tratarse a nivel doctrinario un ejercicio reflexivo acerca de la responsabilidad civil en materia tecnológica, particularmente, la relacionada con la inteligencia artificial y la robótica, llegando incluso a plantearse la ineludible tarea de reconocer la personalidad jurídica electrónica y robótica (Chávez, 2020: 55), basados en la autonomía de este tipo de tecnología y, a su vez, la creación de un seguro obligatorio de responsabilidad civil para robots, tal como lo propone Waldo Sobrino, con la finalidad de beneficiar e indemnizar a las víctimas (2020: 368).

De igual modo, la no flexibilidad para subsanar errores de programación o inconvenientes con el *machine learning* o el *deep learning*, es otra desventaja de los *smart contracts*. Pueden darse situaciones no previstas, que generen



inconvenientes del cumplimiento de lo pactado. Por ejemplo, problemas operacionales de la entidad bancaria, inconvenientes con la tarjeta de crédito, dificultades de conexión a internet, o cuestiones legales como caso fortuito, fuerza mayor, imposibilidad de incumplimiento, etc., que para el algoritmo implica un incumplimiento, pero que, a efectos legales pudiera no serlo.

Así, si existiese flexibilidad, se podrían considerar estas situaciones particulares, pero debido a que el contrato inteligente tiene como una de sus características la no flexibilidad, se va a producir un perjuicio al consumidor que puede llegar a tener graves consecuencias.

También, debe precisarse, que los contratos inteligentes no son completos. Si bien, esto es establecido por los defensores de los *smart contracts* como otra significativa ventaja, no es más que una premisa falaz, pues, es imposible abarcar todas las cuestiones que se pueden producir durante la vigencia del convenio, ni que todo esté expresamente previsto en las cláusulas y condiciones volcadas en los algoritmos. Parafraseando a Sobrino, la experiencia de los últimos dos mil ha demostrado que es imposible prever todas las alternativas para la ejecución o sanciones de un contrato, dado que siempre surgirán temas no previstos o que no se habían analizado (2020: 361).

Asimismo, al estar las cláusulas de los *smart contracts* establecidas por lenguaje de programación y por algoritmos de inteligencia artificial, se complejiza la comprensión de dicho contrato, pues, para quienes no manejan, ni tienen formación en lectura o traducción en el área, resulta incomprensible el contenido de este.

Ahora bien, teniendo claro todo lo anterior, es preciso comprender la figura del *adprosumer*, y así, poder entender cómo pueden llegar a afectarse sus derechos más elementales como usuario de esta herramienta tecnológica.

5_. Los *smart contracts* y el consumidor 2.0.

El *adprosumer*, como se le denomina en el campo del *marketing*, es todo aquel individuo, que en el marco de una actividad de consumo, aprovecha las posibilidades que le ofrece la *web 2.0* con el fin de mejorar su experiencia de compra. Al contrario que un consumidor tradicional, el consumidor 2.0 hace uso del conjunto de herramientas y recursos que le permiten tener una posición



aventajada a la hora de realizar compras *online* u *offline*. “Es el actual público meta, si se logra captar su interés y más aún su consumo; existen grandes probabilidades de tener éxito en un mercado cada día, más abarrotado de marcas” (Ferrer, 2018: 143).

En este sentido, en la actualidad el Derecho del consumo se encuentra en un punto de no retorno, y debe dar respuestas acordes y en sintonía con la era digital. El comercio electrónico ha evolucionado de tal forma, que actualmente, los *smart contracts* y los *adprosumers* son protagonistas de una revolución que se está dando, en gran medida, sin la protección del Derecho Internacional y nacionales.

Así, este consumidor 2.0 como destinatario principal de los *smart contracts*, en principio, debería ser sujeto de protección jurídica en el marco del Derecho del consumo internacional, puntualmente, en el marco del *average consumer* o consumidor medio como le denomina Teresa Hualde, refiriéndose al consumidor actual como un individuo informado, analítico y comparativo con el producto de consumo (2016: 92). Este criterio, es el que se adopta en la Directiva 2005/29/CE del 11 de mayo del Parlamento Europeo sobre las prácticas comerciales desleales de las sociedades en sus relaciones con los consumidores (DOUE, Núm. 149).

Cristina Argelich, explica también como desde la realidad interna del derecho español se busca reforzar la protección del consumidor en el ejercicio de una actividad de consumo, indicando que el:

Tribunal Supremo efectúa otra distinción: por un lado, el consumidor medio, conforme a los estándares expuestos; y, por otro lado, el consumidor experto, quien se ve privado de su protección en atención a sus conocimientos financieros, a pesar de la asimetría negocial. La supresión de esta distinción, que no se encuentra armonizada a nivel europeo, permitiría proteger a los consumidores de *smart contracts*, por centrarse en el desequilibrio contractual (2020: 18).

En ese orden, en el XII Congreso Nacional de la Abogacía española (2019), se presentó el informe “Abogacía Futura 2020: áreas de negocio emergentes”. En dicho informe, entre otras cosas, se reflexiona sobre la necesidad de modernizar el Derecho ante las nuevas realidades tecnológicas, no sólo para la preservación de la abogacía —esencial para la paz y la convivencia social—, sino para ofrecer



los mecanismos pertinentes y oportunos, que la sociedad amerita para establecer relaciones comerciales o de consumo de carácter internacional. Además, se analizaron subáreas del Derecho, que cada vez cobran más importancia, *v. gr.*, Derecho Informático, la *ciber* abogacía, la asesoría jurídica en operaciones con criptomonedas, en derechos de autor de algoritmos o en derechos de autor de objetos impresos en 3D, es más:

[E]l Informe revela que los abogados deberán elaborar modelos de *smart contracts*, y los colegios profesionales tendrán que ofrecer como servicio la certificación de *smart contracts* ajustados a Derecho, otorgando “sellos de calidad”. Sin embargo, el Informe no considera las consecuencias de una eventual responsabilidad patrimonial de la Administración por una certificación inadecuada, especialmente cuando el destinatario final sea un consumidor y el contrato contenga cláusulas abusivas o no supere el control de transparencia (*Ibid*).

En consonancia, está la postura de Waldo Sobrino, quien plantea que para abordar el tema de los *smart contracts* y el *blockchain*, es necesario derribar el mito de la existencia del *homo economicus* (Arocena, 2015: 51). Por tanto, considera que deben desmitificarse muchas creencias sobre la racionalidad de las personas al tomar decisiones económicas, pues, existe evidencia científica, que demuestra que esto no ha sido más que un axioma basado en una ficción legal. Esta afirmación se sustenta con estudios vinculados a investigaciones neurocientíficas y a la economía del comportamiento, realizados por varios autores galardonados con el premio Nobel de Economía en el siglo XXI:

[L]os premios Nobel Daniel Kahneman, George Akerlof-Robert Shiller y Richard Thaler, tienen un enfoque diametralmente opuesto, que desecha una de las premisas fundamentales de la economía clásica, que sostenía que, en general, las personas suelen tomar decisiones racionales... debemos resaltar que la premisa básica es que la mayoría de las personas toma las decisiones económicas en forma no racional (2020: 82).



Esto coincide con lo planteado por López Rosetti, que califica como falsa premisa la teoría de la actitud racional de los consumidores, y peor aún, es que haya sido asumida como una verdad revelada e inmutable, pues, “...[n]o somos seres racionales, somos seres emocionales que razonan..., de manera tal que, somos seres emocionales que toman decisiones...” (2019: 270).

En efecto, en los últimos años, se han producido cambios muy importantes en el campo de las ciencias sociales. Por ende, en el Derecho, axiomas que eran asumidos como absolutos e inmutables, pero que, realmente no lo eran, han debido empezar a someterse a la reflexión jurídica. Esto lleva a plantearse cuestionamientos acerca del rol del Derecho ante esta era tecnológica y precisar cuáles deben ser las metas y objetivos por cumplir de cara a la protección de los individuos frente a los fenómenos tecnológicos en comento y los que a futuro existirán.

Indudablemente, todo ello lleva a pensar en el reanálisis de la responsabilidad civil vinculada a la inteligencia artificial —robots, *smart contracts*, algoritmos, etc.—, pues, es claro que va a ser uno de los ámbitos del Derecho más disputables de los próximos años. Es tanto así que “los riesgos planteados por los dispositivos inteligentes pronto superarán la magnitud de los asociados con los desastres naturales... que, según expone la reaseguradora internacional Munich Re, en 2017 alcanzaron a los 330 billones de dólares” (Sobrino, 2020: 86). Esta cifra habla de la magnitud de los problemas *ad- portas* de un sistema jurídico internacional y nacional que siguen sin regular de forma efectiva y precisa esta nueva realidad tecnológica.

6_. ¿Cuál es la experiencia jurídica internacional sobre los *smart contracts*?

En este contexto, el legislador —en niveles nacionales— y por consenso de los Estados —en el nivel internacional—, debe, sí o sí, afrontar las consecuencias de la digitalización que se está produciendo en la contratación en todo el mundo, ya que, de no asumirlo así, significaría seguir condescendiendo que quienes empleen los *smarts contracts* —que según datos expuesto *ut supra* son muchos los usuarios de esta modalidad de contrato—, estén expuestos a la inseguridad jurídica y a los abusos, especialmente, en la negociación con los consumidores.

Actualmente, son pocos los países que poseen una legislación que expresamente regule en el ámbito de su soberanía territorial el *blockchain* y los



smart contracts. Generalmente, para resolver disputas o controversias en donde esta figura es centro del caso —salvo las excepciones que se explicarán en el próximo acápite—, suelen ser aplicadas desde la analogía jurídica leyes de manejos de bienes y activos digitales, las referidas al comercio electrónico, inversiones, o compra ventas internacionales, las que regulan transacciones con criptomonedas, etc. Sin embargo, en vista de la inminencia de esta realidad tecnológica en el marco de la contratación, diversos legisladores en el mundo se están dando la tarea de ofrecer alternativas que regulen las formas y requerimientos a ser cumplidos cuando se ha decidido a establecer una transacción por medio del *smart contract* y el *blockchain*.

Verbigratia, Vermont¹¹, Nevada¹², Delaware¹³ y Arizona¹⁴ en EE.UU., poseen legislaciones estatales que regulan el *blockchain* y los *Smart Contracts*, y están a la espera de la aprobación de una regulación federal que se encuentra dentro de la actividad legislativa reciente del Congreso de EE.UU. y es conocida como la propuesta de *Blockchain Promotion Act of 2018*¹⁵.

Por su parte, en Europa, algunos Estados también cuentan con regulaciones referidas al *blockchain* y a los *smart contracts*, como es el caso de Francia¹⁶, Malta¹⁷, Mónaco¹⁸, Liechtenstein¹⁹. Por otro lado, hay Estados, en los que aún no tienen formalmente aprobadas normativas en materia de *blockchain* y *smart contracts*, pero, en sus sistemas legislativos reposan propuestas de

¹¹ El 6 de febrero de 2016 en Vermont se aprobó la *Bill Status H.868* que regula el uso de la tecnología *blockchain*, disponible en <https://legislature.vermont.gov/statutes/section/12/081/01913>

¹² El 5 de junio de 2017, Nevada reguló el uso del *blockchain* en la *Senate Bill N. 398: Establishes various provisions relating to the use of blockchain technology* —modificando el *Uniform Electronic Transactions Act*—, disponible en <https://legiscan.com/NV/text/SB398/id/1626453>

¹³ En Delaware, el 21 de julio de 2017 se aprobó la *Senate Bill 69: An act to amend Title 8 of the Delaware Code relating to the general Corporation Law*, disponible en <https://legiscan.com/DE/text/SB69/2017>

¹⁴ En Arizona, el 3 de abril de 2018 se aprobó la *House Bill 2603: Corporations; blockchain technology*, disponible en <https://legiscan.com/AZ/text/HB2603/id/1718691>

¹⁵ Esta propuesta fue presentada por Doris Matsui y Brett Guthrie, miembros de los Subcomités de Energía y Comercio y Comercio Digital y Protección al Consumidor, para regular el *blockchain*. Revisar en <https://www.congress.gov/bill/115thcongress/house-bill/6913/text?format=txt>

¹⁶ *Vid.* Decreto n. 2018-1226 (24-12-2018) sobre el uso de dispositivos de registro electrónico compartido para la representación y transmisión de valores financieros y para la emisión y venta de bonos menores, disponible en <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000037852460>

¹⁷ Joseph Muscat, Primer Ministro, indicó que Malta es la isla *blockchain*. En 2018 aprobaron tres leyes sobre el *blockchain*, *smart contracts* y criptomonedas —Ley de Innovación Digital; Ley de Arreglos y Tecnología Innovadora; y Ley de Activos Financieros Virtuales con criptomonedas.

¹⁸ La Ley n. 1009 (16-06-2020), regula las ofertas iniciales de activos financieros virtuales (ICOS), las inversiones y transacciones hechas por medio de contratos inteligentes y tecnología *blockchain*.

¹⁹ Desde el 1 de enero de 2020 rige en el Principado de Liechtenstein la ley sobre Tokens y entidades que prestan servicios basados en tecnologías fiables (TVTG), conocida como ley *blockchain*.

proyectos que en un futuro cercano pueden ser aprobados como leyes en la materia, estos son: “Canadá, Suiza, Singapur, Gibraltar, Rusia, Estonia” (Argelich, 2020: 19), China y Japón.

Ahora bien, ante la inexistencia de una normativa clara y que facilite el curso normal de los avances tecnológicos en materia de contratación e inteligencia artificial en la mayoría de los Estados, se propicia que problemas o controversias derivadas del establecimiento de los *smart contracts*, que de por sí son novedosos y sin precedentes, tengan que ser resueltos, si es que existe la posibilidad de que así sea, desde normas análogas que claramente no responderán de manera eficaz y ofreciendo un verdadero acceso a la justicia.

En ese sentido, visto desde las regulaciones tradicionales más o menos comunes entre los países que carecen de normativas en el área en comento, debieran asumirse en cada jurisdicción desde cuatro puntos. En primer lugar, cómo se ha formado y perfeccionado el contrato; en segundo lugar, cómo se proporcionó el consentimiento; en tercer orden, si el contrato es válido y vinculante, de acuerdo con las leyes de Derecho interno; y en cuarto lugar, cómo asume jurídicamente ese Derecho interno a un contrato inteligente sometido a una ley extranjera, lo que requiere el análisis de normas de Derecho Internacional Privado o Convenciones aplicables —si hubiere—, y cotejar su aplicabilidad conteste a normas del Derecho interno que pudieran aplicarse o de cualquier otra legislación que fuera pactada.

De momento, son resaltables y relevantes las gestiones y actividades llevadas a cabo en el marco del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) y la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL/ CNUDMI), que en mayo de 2019 en su 98° período de sesiones, realizaron le primer Taller Conjunto de carácter internacional, sobre las cuestiones legales que surgen como consecuencia del uso de *smart contracts*, inteligencia artificial, tecnología de contabilidad distribuida y *blockchain*.

Para finalizar, de cara a un fenómeno tecnológico avasallante *in crescendo* que definitivamente está moviendo millones de dólares a nivel mundial, surgen muchas interrogantes jurídicas y éticas, que, de momento, no poseen respuestas precisas. Y allí, en medio de eso, las personas, consumidores 2.0 o tradicionales,





se sumergen en un mar profundo sin la posibilidad de protección ante un inminente ahogamiento.

En ese sentido, parafraseando a Yuval Harari (2018), los políticos y los ciudadanos apenas pueden comprender las nuevas tecnologías, ni hablar de su regulación. Desde los 90, el internet ha cambiado el mundo y esa revolución internáutica ha sido dirigida por ingenieros más que por líderes o gobernantes y eso lleva a un gran cuestionamiento: ¿el lector votó sobre internet? Los sistemas democráticos apenas están empezando a comprender qué se vislumbra con los avances tecnológicos, particularmente, con el auge de la inteligencia artificial y el *blockchain*. En la medida, en que la inteligencia artificial se optimice seguirán desencadenándose múltiples consecuencias. ¿Cómo sociedad estamos preparados a esperar sumisos a que un algoritmo tome las decisiones más trascendentales por todos los individuos? Mientras, la inteligencia artificial, el *blockchain*, los *smart contracts* y las criptomonedas están transfigurando el sistema monetario mundial y la manera en que se establecen relaciones comerciales entre los diversos actores.

REFLEXIONES FINALES

Tradicionalmente, el Derecho se ha enseñado dogmáticamente, en perspectiva de blanco y negro si se quiere, y sin ánimos de entrar a discutir si esto es pertinente o no, porque no ha sido objetivo de esta investigación, debe afirmarse que cada vez más el Derecho es multidimensional, y eso se debe, en gran medida, a la revolución que están generando las nuevas tecnologías, principalmente las neurociencias, junto a otras realidades conocidas dentro la teoría del Derecho como economía del comportamiento y los desarrollos en la inteligencia artificial.

Estos sucesos no sólo rompen modelos ya establecidos, están trastocando realidades de otras áreas del saber científico y, especialmente, irrumpen en el Derecho buscando y esperando respuestas rápidas, concretas y efectivas. No obstante, contrariamente, lo que está pasando es que gran parte de los legisladores a nivel mundial no van a la par de esos cambios y pareciese que pretenden que la realidad se acomode al Derecho y no el Derecho a las nuevas realidades, particularmente a la tecnológica.



Sin lugar a duda, el mundo está construido sobre contratos, así ha sido desde los orígenes del Derecho. Ningún individuo o empresa puede funcionar en la sociedad actual sin el uso y la reutilización de contratos. También, es evidente que, con el advenimiento de las tecnologías emergentes y el uso masificado del internet, han cambiado muchas cosas desde finales del siglo XX, desde la forma de comunicación, hasta la forma en que el ser humano se comporta y se relaciona socialmente.

En ese sentido, los *smart contracts* han surgido como una de las principales aplicaciones del *blockchain*. Con éstos, el sector empresarial mundial, puntualmente, los ubicados en el ramo tecnológico, están siendo impactados en la forma como tradicionalmente venían ejerciendo su actividad económica y esto está sentando las bases del futuro de los negocios.

Los *smart contracts* y las múltiples aplicabilidades del *blockchain*, han venido a cambiar radicalmente las relaciones transaccionales y personales, tanto de persona a persona, como de usuario o consumidor 2.0 (*aprosumer*) a empresa. Sin duda, una evolución necesaria dentro de un multiverso que obliga a la sociedad a digitalizarse si se quiere sobrevivir y que, además, obliga a los legisladores a responder de forma segura, coherente y congruente, con normativas que tengan un elevado carácter de constitucionalidad; que respeten y garanticen los derechos humanos; que ofrezcan una verdadera tutela judicial; que sea realista, efectiva, completa, flexible, previsible; y, que proporcione respuestas concretas.

Sin embargo, el contraste de esto es que el proceso de adopción de los *smart contracts* y el *blockchain* en el ámbito jurídico está siendo muy lento. Esto, obedece a que, siendo realistas es complicado que, de la noche a la mañana sean sustituidos todos los procesos jurídicos tradicionales, que llevan siglos construyéndose y perfeccionándose. Es un hecho, que la tecnología avanza a pasos agigantados y las regulaciones jurídicas de esos procesos van quedando de últimos en la carrera. La cuestión es que, para bien o para mal —según como se mire—, los operadores del Derecho y de justicia, sí o sí, deben repensar y reflexionar sobre cuestiones del pasado en materia de leyes y paradigmas jurídicos, y vislumbrar respuestas concretas a temas que ya no son del futuro, son el presente.



Así, ante todo lo descrito puede concluirse, que el éxito y aplicabilidad, bajo los principios de equidad y justicia, de los *smart contracts* dependen irrestrictamente de que los estamentos jurídicos de todos los Estados en el mundo asuman conscientemente lo que está pasando en el campo tecnológico, particularmente, con la inteligencia artificial y, en ese sentido, coadyuvar de manera responsable, coherente, y desde la protección y seguridad jurídica a la aplicabilidad de las bondades tecnológicas en estos aspectos puntuales de la actividad humana.

REFERENCIAS

1_. Referencias Bibliográficas

Arocena, G. et alii. (2015) *“Derecho penal y neurociencias.”* Hammurabi, Buenos Aires, 206 páginas.

Fernández, P. (2016) *“Retos legales del bitcoin, ethereum y los smart contracts.”* Ratio Legis. Salamanca – España, Conferencia Hacia una Justicia 2.0: actas del XX Congreso Iberoamericano de Derecho e Informática, Págs. 259-271.

Harari, Y. (2018) *“21 lecciones para el siglo XXI.”* Random Hause, trad. Joandomènec Ros, Barcelona - España, 519 páginas.

Hualde, T. (2016) *“Del consumidor informado al consumidor real. El futuro del Derecho de Consumo europeo.”* Dykinson, Madrid, 172 páginas.

López, D. (2019) *“Equilibrio: cómo pensamos, cómo sentimos, cómo decidimos.”* Planeta, Buenos Aires, 314 páginas.

Schneider, M.; Gersting, J. (2019) *“An Invitation to Computer Science.”* West Publishing, New York, 912 páginas.

Sobrino, W. (2020) *“Contratos, neurociencias e inteligencia artificial.”* Thomson Reuters, Buenos Aires, 406 páginas.

Sobrino, W. (2003) *“Internet y alta tecnología en el derecho de daños.”* Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 142 páginas.

2_. Revistas Periódicas

Arribas, S (coor). (2018) Blockchain en salud ¿quimera o realidad?, En *“Revista de la sociedad española de Informática y Salud.”* A Coruña – España. Núm. 128. Págs. 8-10.

Argelich, C. (2020) Smart contracts o Code is Law: soluciones legales para la robotización contractual, En *“InDret.”* Barcelona – España. Núm. 2. Págs. 1-42.



Chávez, A. (2020) No es solo un robot: consideraciones en torno a una nueva personalidad jurídica y el redimensionamiento de las relaciones interpersonales, En *"Ius et Praxis."* Talca - Chile. V. 26. Núm. 2. Págs. 55-77.

De Larraechea, J.; Orhanovic, E. (2020). "Smart contracts": origen, aplicación y principales desafíos en el derecho contractual chileno, En *"Revista Actualidad Jurídica."* Santiago de Chile. Universidad del Desarrollo. Núm. 42. Págs. 107-126.

Domínguez, T. et alii, (2021) Indicators of Website Features in the User Experience of E-Tourism Search and Metasearch Engines, En *"Revista de investigación teórica y aplicada en comercio electrónico."* Talca – Chile. V. 16. Núm. 1. Págs. 18-36.

Ferrer, L. (2018) Comportamiento del consumidor 2.0: nuevas realidades en entornos digitales, En *"Revista Marketing Visionario."* Universidad Privada Dr. Rafael Belloso Chacín. Maracaibo – Venezuela. V. 7. Núm. 1. Págs. 141-151.

Kiviat, T. (2015) Beyond Bitcoin: Issues in regulating blockchain transactions, En *"Duke Law Journal, University of Duke."* Carolina del Norte. V. 65. Págs. 569-608.

Legerén, A. (2018) Los contratos inteligentes en España la disciplina de los *Smart Contracts*, En *"Revista de Derecho Civil."* Madrid. V. 5. Núm. 2. Págs. 193-241.

Pacheco, M. (2019) De la tecnología *Blockchain* a la economía del *token*, En *"Revista de Derecho."* Pontificia Universidad Católica de Perú. V. 83. Núm. 3. Págs. 62- 87.

Rengifo, G. (2021) Reflexiones sobre el contrato inteligente, En *"Revista Academia Colombiana de Jurisprudencia."* Bogotá, V. 373. Núm. 1. Págs. 1-55.

Tamés, A. (2018) *Blockchain*: La disrupción del rol del paciente en el ámbito de la salud, pp. 1-76, en **Arribas, S.** (coord.), *Blockchain en salud ¿quimera o realidad?*, En *"Revista de la sociedad española de Informática y Salud."* A Coruña – Espala. V. 128. Núm. Abril. Págs. 22-23.

3_. Leyes, Directivas y Tratados Internacionales

Parlamento Europeo y del Consejo. (11 de mayo 2005) Directiva 2005/29/CE relativo a las prácticas comerciales desleales de las sociedades en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, En *DOUE*, Núm. 149.

4_. Referencias Electrónicas

Bayón, Á. (17 de enero de 2019) Goldman y Citi pelean por la corona en fusiones y adquisiciones en España, En *"El País."* Madrid. Consultado el 4 de septiembre de 2021, disponible en https://cincodias.elpais.com/cincodias/2019/01/16/mercados/1547666108_975259.html



Brandon, R. (2019) Why the Ethereum Classic hack is a bad omen for the blockchain, En “*The Verge*”. Consultado el 4 de septiembre de 2021, disponible en <https://www.theverge.com/2019/1/9/18174407/ethereum-classic-hack-51-percent-attack-double-spend-crypto>

Genc, E. (2021) Ethereum Data Firm Dune Analytics Raises \$8M From Union Square, Others, En “*Decrypt*.” Brooklyn. Consultado el 12 de agosto de 2021, disponible en <https://decrypt.co/78321/ethereum-data-firm-dune-analytics-raises-8m>

Jiménez, R. (20 de marzo de 2018) Primer atropello mortal de un coche sin conductor, En “*El País*.” Madrid. Consultado el 7 de septiembre de 2021, disponible en https://elpais.com/tecnologia/2018/03/19/actualidad/1521479089_032894.html

Jiménez, Á. (28 de Julio de 2017) Facebook apaga una inteligencia artificial que había inventado su propio idioma, En “*El Mundo*.” Madrid. Consultado el 7 de septiembre de 2021, disponible en <https://www.elmundo.es/tecnologia/2017/07/28/5979e60646163f5f688b4664.html>

Metz, C.; Collins, K. (27 de febrero de 2018) Para que la inteligencia artificial pueda conversar contigo, necesita ofenderte, En “*The New York Times*”. New York. Consultado el 7 de julio de 2021, disponible en <https://www.nytimes.com/es/2018/02/27/espanol/inteligencia-artificial-tecnologia-conversacional-microsoft.html>

O'SHIELDS, R. (3 de enero de 2020) Smart Contracts: Legal Agreements for the Blockchain, En “*School of law North Carolina Banking Institute*.” Carolina del Norte. Vol. 21. Núm. 1. Págs. 177-198. Consultado el 2 de junio de 2021, disponible en <https://scholarship.law.unc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1435&context=nbi>

Ortega, A. (24 de junio de 2020) Los “contratos inteligentes” (*Smart Contracts*) ni son “contratos” ni son “inteligentes”, En “*Portal de noticias Derecho*.” Madrid. Consultado el 7 de junio de 2021, disponible en https://elderecho.com/los-contratos-inteligentes-smart-contracts-contratos-inteligentes#_ftn7

Rubio, I. (12 de octubre de 2018) Amazon prescinde de una inteligencia artificial de reclutamiento por discriminar a las mujeres, En “*El País*.” Madrid. Consultado el 5 de julio 2021, disponible en https://elpais.com/tecnologia/2018/10/11/actualidad/1539278884_487716.html

Salas, J. (15 de enero de 2020) Google arregla su algoritmo ‘racista’ borrando a los gorilas, En “*El País*.” Madrid. Consultado el 6 de julio de 2021, disponible en https://elpais.com/tecnologia/2018/01/14/actualidad/1515955554_803955.html

Szabo, N. (1994) Smart Contracts, En “*Repositorio electrónico de la Universidad de los Países Bajos*.” Ámsterdam. Revisado el 2 de septiembre de 2021, disponible en <https://www.fon.hum.uva.nl/rob/Courses/InformationInSpeech/CDROM/Literature/LOTwinterschool2006/szabo.best.vwh.net/smart.contracts.html>

Szabo, N. (1996) Smart contracts: building blocks for digital markets, En *“Repositorio electrónico de la Universidad de Países Bajos.”* Ámsterdam. Revisado el 2 de junio de 2021, disponible

en https://www.fon.hum.uva.nl/rob/Courses/InformationInSpeech/CDROM/Literature/LOTwinter-school2006/szabo.best.vwh.net/smart_contracts_2.html

Szabo, N. (1997) Formalizing and Securing Relationships on Public Networks, En *“Peer-Reviewed Journal on the internet.”* New York. Vol. 2. Núm. 9. Revisado el 2 de junio de 2021, disponible en <https://firstmonday.org/ojs/index.php/fm/article/view/548>

Villa, B. (28 abril de 2020) Hospitales se vuelven los nuevos blancos de ciberataques: los peligros del “secuestro de datos”, En *“BioBio.”* Concepción – Chile. Consultado el 4 de octubre de 2021, disponible en <https://www.biobiochile.cl/noticias/ciencia-y-tecnologia/pc-e-internet/2020/04/28/hospitales-se-vuelven-los-nuevos-blancos-de-ciberataques-los-peligros-del-secuestro-de-datos.shtml>





Admisión de los Hechos, Rebaja de Pena y Castigo en el Homicidio Admission of the Facts, Reduction of Sentence and Punishment in the Homicide

Francisco Ferreira D'Abreu¹
<https://doi.org/10.53766/ESDER/2021.01.06.03>

Fecha de Recepción: 18 de Septiembre de 2021

Fecha de Aprobación: 04 de Noviembre de 2021

Resumen

Con este trabajo se pretende abordar la problemática que plantea la aplicación del procedimiento especial por admisión de los hechos con relación al juzgamiento del delito de homicidio intencional, la cual trasciende la dicotomía existente entre la prevención eficaz de este delito y la rebaja de pena aplicable al imputado que admite los hechos. De este modo, el rechazo que recibe la rebaja de pena que se concretaría por virtud de la admisión, con respecto a la sanción que merece un delito tan grave como el homicidio intencional, coloca en un segundo plano un aspecto que caracteriza al procedimiento especial, a saber, el de la renuncia a las garantías del juicio oral.

Palabras Clave: homicidio, juicio oral, pena, beneficios.

Abstract

This paper aims to address the problem posed by the application of the special procedure for admission of the facts in relation to the prosecution of the crime of intentional homicide, which transcends the existing dichotomy between the effective prevention of this crime and the reduction of the penalty applicable to the accused who admits the facts. In this way, the rejection that the reduction of sentence that would be specified by virtue of the admission receives, with respect to the sanction that a crime as serious as intentional homicide deserves, places in the background an aspect that characterizes the special procedure, namely, the waiver of the guarantees of the oral trial.

Key Words: Homicide, Oral Trial, Penalty, Benefits.

INTRODUCCIÓN

La realización del delito de homicidio doloso supone una lesión relevante de un bien jurídico penal como lo es la vida, sobremanera si ella se concreta con

¹ Abogado Egresado de la Universidad de Los Andes (ULA): Mención *Cum Laude*. Especialista en Derecho Penal Universidad Santa María (USM). Profesor Asociado de Derecho Penal y de Derecho Procesal Penal (ULA-Venezuela). Abogado Litigante en el Derecho Penal. ExJuez Penal del Estado Mérida-Venezuela. Correo Electrónico: abreufferreir@gmail.com. Orcid: 0000-0002-8568-6317.



dolo. En este sentido, la pena conminada en las figuras delictivas comprensivas del homicidio intencional se ha previsto en correspondencia con la gravedad de este delito. Sin embargo, cuando la persona del imputado por la presunta comisión de este hecho punible admite los hechos, de inmediato se cuestiona la rebaja que podría obtener, todo lo cual ha tratado de ser limitado por el legislador penal, bien estableciendo que la rebaja de pena sólo sea hasta un tercio de la que resulta aplicable, ora restringiéndola aún más, como ocurrió en la reforma del Código Orgánico Procesal Penal del 2000, en la que se previó que la rebaja de pena que sólo podía realizarse hasta un tercio, en modo alguno podía verificarse por debajo del límite inferior de la pena conminada en el tipo penal de homicidio intencional. Razón por la cual el procedimiento especial por admisión de los hechos, entendido como un beneficio establecido en favor del imputado, conllevaría a una sanción que no se aviene con la gravedad de este delito.

Con todo, esta sensación de acabar imponiendo una sanción penal que estaría por debajo de lo que merece quien mata dolosamente y sin justa causa a otro, deja a un lado, si bien ha de considerarse, parece resultar insuficiente para obviar un aspecto de interés, cual es el de que la admisión de los hechos conlleva a una renuncia de las garantías propias del juicio oral, a lo que se añadan otros aspectos a valorar, como el incumplimiento de las formas procesales (Ferreira, 2020), el retardo procesal, el tiempo de prisión preventiva (Rosell, 2019) y el desplazamiento del procedimiento ordinario por el especial.

En este contexto, el desarrollo de este trabajo se han revisado 59 expedientes de personas condenadas por la comisión del delito de homicidio intencional, simple, calificado y agravado, mediante el procedimiento por admisión de los hechos, a la par de haberse tomado entrevistas a algunos de los condenados, cruzando, por tanto, la información constatada en las actas de los citados expedientes y la aportada por los entrevistados.

Lo apreciado en las actas procesales y los relatos de los condenados, además de poner de relieve el relajamiento de formas sustanciales del proceso, también ha permitido acreditar la influencia que tienen el retardo procesal, el abuso de la prisión preventiva y la necesidad de definir la situación jurídica de los procesados con el subsiguiente acceso a los beneficios penitenciarios, en la decisión “voluntaria” de admitir los hechos. También ha posibilitado tener conocimiento de primera mano sobre las presiones o “sugerencias” de las que



son objeto los procesados para admitir, en no pocos casos siendo apercibidos de lo que podría ocurrir si deciden ir a juicio.

Así, en lo que sigue se dará cuenta de la evolución legislativa y jurisprudencial de la admisión de los hechos (Infra 2), seguido de la valoración de las actas procesales de los expedientes objeto de estudio (Infra 3), la experiencia de los condenados a través del procedimiento especial por admisión de los hechos (Infra 4), para finalmente arribar a las conclusiones (Infra 5).

DESARROLLO

1_. Comprendiendo la “Evolución” de la Admisión de los Hechos.

En la exposición de motivos de versión original del Código Orgánico Procesal Penal, se lee que la admisión del hecho implica una renuncia al juicio oral y sus garantías, todo lo cual precisa del consentimiento del imputado, el cual habría de darse con total libertad, previo control judicial a los fines de evitar presiones indebidas que distorsionen el procedimiento especial (1998. Pág. 47).

Con ello, este procedimiento especial, con algunas similitudes al *plea bargaining* y al corte de la causa en providencia de la causa (Vásquez. 2016. Pág. 104), permitía obtener una rebaja de pena de un tercio a la mitad, o de hasta un tercio cuando el delito imputado era comprensivo del ejercicio de violencia contra las personas, lo cual resultaba atractivo para el imputado y su defensa, en comparación con la pena que podría imponerse de ir a juicio.

De modo similar, la aplicación del procedimiento por admisión de los hechos se vio como una óptima opción al Estado, en virtud del descongestionamiento del sistema de justicia y la reducción del coste que supone la realización de un juicio oral (Manzaneda. 1998. Pág.266), además de relevar al Ministerio Público de probar la imputación.

Según Cafferata (1996. Pág. 3), lo que en la normativa argentina se denomina procedimiento abreviado *-para delitos leves-*, atiende al logro de sentencias en un lapso menor de tiempo, con el subsiguiente ahorro de “energía” y recursos jurisdiccionales. Esta simplificación del proceso (Binder. 1999. Pág.



272), que pone de relieve la relación coste-beneficio, conduciría a lo que se ha considerado como *dos importantes efectos en la política pública en materia penal: la suspensión del debate en juicio y la reducción de la pena* (Monsalve. 2020. Pág. 324). A lo que cabría agregar que, en tal política pública de eficiencia, el legislador asumió el coste preventivo-general que conlleva la rebaja de pena, aún en delitos graves como el homicidio doloso.

Según estos parámetros, desde la vigencia anticipada del COPP (1998)² hasta su entrada en vigencia plena (1999), ante la atribución del delito de homicidio intencional simple consumado, cuya pena conminada es de 12 a 18 años de presidio, el imputado podía conseguir una pena de hasta 8, 12 ó 10 años, dependiendo de los extremos escogidos para realizar la rebaja, esto es, del límite inferior de la pena conminada (12 años), el límite superior (18 años) o el término medio (15 años), en cuanto pena aplicable conforme al artículo 37 del Código Penal.

Una vez condenado, el procesado, podía optar a la primera fórmula de cumplimiento de pena (*destacamento de trabajo*), habiendo cumplido: 2 años de la pena impuesta (de haber sido condenado a 8 años), 3 años (de haber sido condenado a 12 años) y 2 años y 6 meses (de haber sido condenado a 10 años).

En el extremo de la aplicación de la pena más alta, la rebaja por la admisión de los hechos en un tercio daba lugar a una pena de 12 años, de suerte que para optar a la última fórmula de cumplimiento de pena del aludido régimen progresivo (*libertad condicional*), habría de cumplir 8 años del total de la pena impuesta, siendo que el resto de los 4 años los cumpliría extramuros.

Si a lo anterior se sumaba la redención de la pena privativa de libertad por trabajo o estudio, a razón del descuento de un día de la pena impuesta por cada dos días de trabajo o estudio, realizado dentro o fuera de la cárcel, de acuerdo con lo previsto en la Ley de Redención Judicial de la Pena por el Trabajo y el

² Así se estableció en el encabezamiento del artículo 503 del COPP de 1998: "... Vigencia anticipada. Transcurridos sesenta días desde la publicación de este Código en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela, entrarán en vigencia las normas relativas a los acuerdos reparatorios contenidas en la Sección Segunda, Capítulo III, Título II del Libro Preliminar; y el procedimiento por admisión de los hechos establecidos en el artículo 376, con las modalidades indicadas en los artículos 504 y 505...". Norma esta que se complementaba con el artículo 505: "... Procedimiento por admisión de los hechos. El imputado podrá solicitar la aplicación del procedimiento por admisión de los hechos hasta la oportunidad de informes de primera instancia...".



Estudio (1993), el acceso al destacamento trabajo, al régimen abierto y libertad condicional, operaba en un tiempo más corto aún.

Es decir, en el caso de este justiciable, quien de haber resultado condenado en juicio habría recibido una pena de 18 años de presidio, sólo permanecería en la cárcel por un tiempo de 5 años 4 meses, en virtud de la rebaja de un tercio por la admisión de los hechos y de la redención de la pena por trabajo y/o estudio. Un tiempo de privación de libertad como pena, que se reducía en estos supuestos habida cuenta del descuento del tiempo de prisión preventiva, que era la regla bajo el Código de Enjuiciamiento Criminal.

Debe destacarse que la libertad provisional como beneficio no procedía para el delito de homicidio, incluso luego de promulgada la ley especial sobre esta materia en 1992. No obstante, según la Ley de Beneficios en el Proceso Penal (1993), era factible el cumplimiento extramuros de la pena privativa de libertad impuesta, siempre que no excediera de los 8 años y en tanto que el homicidio intencional simple no se encontraba dentro del catálogo de delitos excluidos de dicho régimen de prueba (*probation*), un condenado por homicidio intencional, admitiendo los hechos podría cumplir la pena sin entrar en prisión, atendiendo a uno de los fines de la suspensión condicional de la ejecución de la pena: evitar la despersonalización mediante penas privativas de libertad de corta duración (Vitale. 1996. Pág. 50).

Por consecuencia, si podía plantearse el acceso a la suspensión condicional de la ejecución de la pena para homicidios consumados, con mayor razón se hacía viable en los casos de delito imperfecto o de la aplicación de alguna atenuante específica, como la referida al arrebató o intenso dolor por injusta provocación, o la relacionada con el duelo regular y la riña cuerpo a cuerpo.

De allí que la figura de la admisión de los hechos también se vinculó a la obtención de la libertad por parte de los procesados, quienes a la entrada en vigencia de tal instrumento normativo además de poner fin a la prisión preventiva vencían el retardo procesal (Manzaneda. 1998. Pág. 259) y obtenían una rebaja sustancial de la pena a imponer (Rosell. 2019. Pág. 36), facilitando el acceso a fórmulas de cumplimiento de pena en corto tiempo y, en algunos casos, como se anticipó, el cumplimiento de la pena extramuros.



En este contexto, como apunta Llobet (1998. Pág. 165), el procedimiento abreviado que comporta la admisión del hecho en el seno de la normativa costarricense se tiene como un beneficio, avalado incluso por abogados defensores que ven en la rebaja de pena un trato favorable al imputado, desatendiendo la significación de la renuncia al juicio oral y sus garantías.

A este respecto, la consideración de la admisión de los hechos como un beneficio en el proceso penal venezolano, se ha emparentado con la noción que, desde la vigencia del sistema procesal del derogado Código de Enjuiciamiento Criminal, se relaciona con el otorgamiento de libertades o espacios de libertad excepcionales asociados al *favor libertatis*, equiparable a un trato favorable o benigno al imputado, del mismo modo como se consideran las medidas de coerción personal sustitutivas de la prisión preventiva (Vásquez. Pág. 118), al ser menos gravosas que la privación judicial preventiva de libertad tal como lo consideró la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia 136 del 6 de febrero de 2007 (Mayora. 2007. Pág. 333).

Este es el criterio jurisprudencial pacífico, ratificado, entre otras sentencias, en la 875 del 26 de junio de 2012, que define como beneficios post procesales a las denominadas erróneamente fórmulas alternativas al cumplimiento de pena (Morais. 2002. Pág.173), mientras se indican como razones que restringen su otorgamiento la “... *salvaguarda del interés social, contraponiéndolo al interés particular del contraventor por lo que debe entenderse...*” (<http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/junio/875-26612-2012-11-0548.HTML>)

De este modo se podría sostener que la consideración legislativa de beneficio que se confirió a la rebaja por la admisión de los hechos, lejos de asumirse como la contrapartida de la renuncia al juicio oral, fue extendida como fundamento del ideal punitivo que subyace en la aludida noción de beneficios procesales y post procesales: luchar contra la impunidad. Así, mediante decisión de la Sala Constitucional en la sentencia 1066 del 10 de agosto de 2015, se restringió, con lesión del principio de legalidad penal, la posibilidad del cambio de la calificación jurídica dada en la acusación por el Ministerio Público y admitida en el auto de apertura a juicio, aunque la nueva calificación jurídica fuera más favorable al procesado, aduciendo lesión de buena fe del imputado y de los derechos de víctimas y Ministerio Público



(<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/agosto/180601-1066-10815-2015-14-1292.HTML>).

Con esta decisión se truncó la posibilidad de cambiar la calificación jurídica por errónea adecuación típica, restringiendo una función propia del rol del Juez (Chinchilla. 1997. Pág. 99), cuando dicho cambio resultaba menos gravoso para el imputado. Bajo este supuesto, los jueces argumentan que sólo pueden cambiar la calificación cuando termite la recepción de pruebas, es decir, en un momento procesal en el cual el imputado, cambiada la calificación por el delito que corresponde, ya se halla impedido de admitir los hechos y, por tanto, de obtener el “beneficio” de la rebaja de pena.

La consecuencia de esta sentencia es afín a la primera reforma del COPP en agosto de 2000, cuando se prohibió que la pena a imponer con la rebaja quedara por debajo del límite inferior de la pena conminada en el tipo legal. A ello se sumaron las restricciones introducidas en la reforma del COPP de 2001, a las fórmulas de cumplimiento de pena del régimen progresivo, a la suspensión condicional de la ejecución de la pena y a la redención de la pena por trabajo y/o estudio.

De consiguiente, con estas reformas, el ideal preventivo general (negativo) y preventivo especial (negativo) de la pena, pretendía compensar la sensación de impunidad de la rebaja por admisión de los hechos, asociada al pronto acceso a los “beneficios” penitenciarios y al cumplimiento condicional y extramuros de la pena, en un delito tan grave como el homicidio doloso.

Como destaca Ferrajoli (1999. Pág. 27), los beneficios, paradójicamente, han terminado por promover y justificar penas elevadas de efectivo cumplimiento en los centros de reclusión, cuya expresión más acabada se encuentra en el artículo 488 del COPP, reformado en 2012, en el que se estableció que para delitos como el homicidio doloso, el acceso al destacamento de trabajo requiere del cumplimiento de la mitad de la pena impuesta (antes una cuarta parte), al régimen abierto, dos tercios (antes un tercio) y libertad condicional, tres cuartas partes (antes dos tercios). Con razón, ya en referencia a la reforma del COPP de 2001, se afirmó que ante las restricciones a los “beneficios” estos, antes bien “... pudieran llamarse maleficios...” (Morais. 2002. Pág. 173).



De manera tal, que los beneficios y la noción que de ellos se tiene, se han configurado como un caballo de Troya, aupando sentencias condenatorias con menos rebaja de pena de la que corresponde por la admisión, a lo que se suma la elevación de los términos mínimos y máximos de las penas, a través de la imputación de formas agravadas de homicidio previendo la rebaja por la admisión, tornando nugatoria la oferta estatal del “beneficio” de la rebaja por renunciar al juicio, como se pone de manifiesto en las actas de los expedientes objeto de estudio en esta investigación, concretamente, en la revisión de algunas de las sentencias condenatorias, conjuntamente con lo referido por los condenados en las entrevistas realizadas.

2_. Actas, Acusaciones y Condenas.

La sensación impunidad percibida con la rebaja de pena por la admisión de los hechos, el pronto acceso a los denominados beneficios penitenciarios y la viabilidad del cumplimiento condicional *-extramuros-* de la pena impuesta, afectante del ideal preventivo general y especial de la pena con relación al homicidio intencional *-doloso-*, similar a la que ha promovido la aplicación del dolo eventual en relación a las muertes acaecidas en los hechos viales, a fin de sobrepasar la pena máxima de prisión prevista para el homicidio culposo, en cierto sentido se emparenta con el parecer de quienes demandan una pena que sea acorde con el resultado muerte, aún por imprudencia: *¿Cómo es posible que alguien prive de la vida a otra persona, aunque no haya querido la muerte, y sólo pueda ser condenado a una pena máxima de 5 años que a fin de cuentas cumplirá sin entrar en prisión?*

Así, frente a tal sentimiento de impunidad frente al homicidio culposo, con mayor razón aparecería justificado el ideal de restringir las rebajas de pena por admisión de los hechos en los casos de homicidio intencional. Como se ha indicado (Ferreira, 2020), en el homicidio doloso se vale todo, inclusive, imponer condenas por admisión de los hechos sin rebaja alguna y sin control judicial sobre la inobservancia de las formas sustanciales del proceso, inclusive imponiendo la pena máxima de 30 años.

Un claro ejemplo se pudo advertir en el expediente 2012-012732, en el cual se condenó a un imputado por el presunto homicidio de su cónyuge. Acá, la pena



conminada de 28 a 30 años de prisión prevista en el tipo que resultaba aplicable (artículo 406 ordinal 3°, literal a. del Código Penal), se aumentó, con una errada interpretación del párrafo único del artículo 65 de la Ley Orgánica Sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia (2007), agravando dicha pena conminada en un aumento de un tercio a la mitad. En este caso, a pesar de que el imputado renunció al juicio y admitió los hechos, fue condenado a la pena máxima pena privativa de libertad que constitucional y legalmente puede imponerse a una persona, es decir, 30 años. La misma que le habrían impuesto de haber ido a juicio.

En el cálculo de la pena, el Tribunal partió del término medio (29 años), incrementándola en un poco menos de la mitad por virtud de la aludida agravante (14 años), para computar un total de 43 años de prisión, procediendo a realizar la rebaja de pena por admisión de los hechos a partir de los 43 años en lugar del máximo de la pena permitida (30 años), por lo que más allá de la inconstitucionalidad de la pena considerada para hacer la rebaja, al final no terminó concretándose ninguna rebaja de pena por la admisión, al condenar al procesado a 30 años.

Una condena similar y ejemplarizante se impuso en el expediente 2003-000195, en el cual un imputado que admitió los hechos en la fase intermedia fue condenado a 29 años. Se trató este caso de un concurso real de delitos, en tanto el imputado le dio muerte a sus padres, a dos de sus hermanos y causó lesiones en un tercer hermano, como se refiere en la sentencia, con dolo de matarle. En este caso, la rebaja por la admisión de los hechos fue de 1 año, aplicándose por tanto una pena que habría podido imponerse de haber ido a juicio, siendo oportuno señalar que para ese momento se hallaba vigente la prohibición de la reforma del COPP de 2000, consistente en que la rebaja no podía realizarse por debajo del límite inferior de la pena conminada en el tipo penal (en este caso de 28 años), con lo cual, la rebaja por admisión de los hechos era materialmente imposible, dado el término medio de 29 años.

Para justificar la pena impuesta en esta sentencia por admisión de los hechos, se acudió al siguiente argumento:

... no es natural; aceptable y mucho menos loable que, hijos de forma espuria maten a sus padres, los mismos



que una vez le dieron la vida. Y esto, visto como una verdad descarnada, merece no sólo la más recia desaprobación social, sino una muy contundente sanción desde el punto de vista jurídico, que contribuya a la función disuasiva de la pena...

En un supuesto menos grave que el anterior, en el expediente 2014-007101, mismo Tribunal se valió de argumentos preventivos generales y especiales para negar la suspensión condicional de la ejecución de la pena, a quien fuera condenado, mediante el procedimiento de admisión de los hechos, a la pena de 5 años de prisión, por el delito de homicidio intencional simple frustrado y porte ilícito de arma de fuego, señalando que:

... resultaría impropio y contrario a la política criminal..., que a raíz de una condena por el delito de homicidio intencional... se otorgue la suspensión condicional de la ejecución con base únicamente en el quantum de la pena, que en el caso precedente es de cinco años de prisión...

De lo esgrimido para negar la procedencia de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, puede advertirse una correspondencia con la noción de beneficio que ve en la rebaja de pena por admisión de los hechos y el cumplimiento de la pena extramuros una fuente de impunidad, cuyo conjuro llevó a interpretar la norma de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, vinculándola a las restricciones establecidas a las fórmulas de cumplimiento de pena.

La argumentación también se relaciona con la expresada por el legislador penal en relación con los condenados por homicidios, aún conforme al procedimiento por admisión de hechos, a quienes, imponiéndoseles una pena privativa de libertad mayor de 5 años, tendrán que cumplir las tres cuartas partes de la pena, a pesar de estar en la posibilidad de redimir pena por trabajo o estudio desde el momento de la condena de acuerdo con el artículo 496 del COPP de 2012.



Este propósito de limitar los alcances “benéficos” de la rebaja de pena por la admisión de los hechos, es lo que permite explicar los referidos argumentos judiciales y el que muchas de las calificaciones dadas a los hechos por parte del Ministerio Público, en su mayoría, hayan sido por homicidio calificado (con penas de 15 a 20 ó 20 a 26 años de prisión) antes que por la calificación correcta de homicidio intencional simple (con pena de 12 a 18 años de prisión). Previendo, al parecer, la reducción de la pena por la admisión. Salvando las distancias, un actuar similar al del comerciante, que a sabiendas que le pedirán rebaja aumenta el costo del producto para no perder.

Debe destacarse que de los 59 expedientes revisados, en 43 de ellos se condenó a través del procedimiento especial por admisión de los hechos y en 40 de ellos se condenó por el delito de homicidio calificado con predominio del homicidio por alevosía y motivos fútiles e innobles, imputados en acusaciones sin mayor explicación que la mención de la denominación y la cita de la norma y entre las cuales, en solo en una de las sentencias condenatorias *-dictada en juicio-*, se absolvió de las calificantes de homicidio alevoso y por motivos fútiles.

De otra parte, el número de 43 expedientes en los cuales se condenó a través del procedimiento especial por admisión de los hechos, sobre un total de 59, como se ha puesto de relieve por Monsalve (2020. Pág. 334) y el Consejo Superior Penitenciario (2011), permite explicar por qué la admisión de los hechos se produce en las tres cuartas partes de los casos sometidos a la jurisdicción penal. Todo lo cual se corrobora en el Informe Anual del Ministerio Público, correspondiente al año 2016, en el que se ha dejado sentado que de las 18.831 sentencias condenatorias obtenidas por el ente fiscal, 13.951 se dictaron por admisión de los hechos (Ministerio Público. 2016. Pág. 115).

La eficiencia del procedimiento, presentada en dicho Informe como indicador de *la contundencia de las acusaciones presentadas* por el Ministerio Público, contrasta con los hallazgos de la presente investigación, en virtud de lo cual lejos está de hablarse de la contundencia de las acusaciones, precedidas, en su mayoría, por deficientes investigaciones, plagadas de irregularidades procesales e ilicitudes, que son admitidas sin control judicial alguno en la fase intermedia, menos aún en la de juicio. Frente a este planteo eficientista habría que preguntarse si lo que importa es la cantidad o la calidad, los fines o los medios. Ello en virtud de que muchas de las condenas por admisión de los



hechos, estudiadas en los 59 expedientes que fueron evaluados en el marco de esta investigación, se han fundado en acusaciones que en su mayoría no han contado con el control judicial necesario en cuanto a los hechos, los elementos de convicción, las pruebas promovidas para el eventual juicio y la calificación jurídica dada a los hechos.

En este punto preciso es recordar lo advertido por Llobet (1998^a. Pág. 147 y 157, 1998b. Pág. 158), Binder (1999, Pág. 276), Anitua (2001. Pág. 142), Maier (2011. Pág. 1263) y Vásquez (2016. Pág. 132), en cuanto a la necesidad de no desatender los riesgos de tal procedimiento de admisión de los hechos – abreviado- y la realidad de su praxis en los países latinoamericanos que lo han introducido en sus reformas procesales penales, en el sentido de la relegación del juicio oral y público y, en general, de propiciar la desformalización del proceso penal y las garantías que persigue asegurar.

Tampoco ha de olvidarse tampoco lo señalado por Langbein, en cuanto al *plea bargaining* descrito como un procedimiento sin juicio establecido para declarar culpables y condenar a personas acusadas de graves delitos (2001b, 9) y un subterfugio ante el colapso que supondría la observancia de las formas procesales y las reglas del juicio (2001b. 25), razón en virtud de lo cual ha de tenerse en cuenta la afirmación de Schünemann (2004. Pág. 189), en cuanto a que si bien el juicio oral tradicional europeo es demasiado lento y pesado para resolver la cantidad de casos, el sistema del *plea bargaining* norteamericano, por el contrario, no contiene garantías para la verdad y la justicia.

En este orden de ideas, en la mayoría de las sentencias condenatorias revisadas en esta investigación (39 sobre 43), no se cumplió con el deber judicial de la motivación de los hechos y el derecho. Ha bastado con indicar que el imputado ha admitido los hechos y ha solicitado la imposición inmediata de la pena. Tampoco se pudo apreciar el establecimiento de la relación entre los elementos de convicción, los medios de prueba, los hechos y el derecho. A los imputados, como ocurre en todas las admisiones de hechos, se les ha condenado sin prueba de su culpabilidad, con acusaciones que se han sustentado en actuaciones policiales realizadas al margen de la legalidad.

Como se ha acreditado en esta investigación, sin flagrancia y sin orden judicial se han detenido a personas que se han vinculado a los homicidios, se han ingresado a domicilios y recintos privados y se ha obtenido información de



investigados detenidos, en algunos casos, citados al ente policial en calidad de testigos para realización de entrevistas, en las cuales, como es evidente, se les ha conculcado la garantía constitucional de no auto-inculparse y, por tanto, se ha ingresado información al proceso de modo ilícito. Los imputados que dicen haber confesado el delito en fase de investigación, sin presencia de abogado defensor de su confianza y elección, sin advertencia sobre el derecho de guardar silencio y no declarar en su contra han sido condenados con base en la información que han aportado. De manera irónica, antes de admitir los hechos, a los imputados se les ha impuesto del derecho de no auto-inculparse, el cual no fue protegido frente a su lesión en sede policial.

Una conclusión preliminar arroja, que la aplicación del procedimiento especial por admisión de los hechos, en lugar de “beneficiar” a quienes se acogen “voluntariamente” al mismo, les perjudica en sus garantías judiciales las cuales se ven reducidas a la nada.

3_. Experiencias y Percepciones de los Condenados.

La eficiencia estatal en la persecución penal del delito de homicidio se asocia indudablemente a la encarcelación. En este particular, la visión del procedimiento especial por admisión de los hechos por parte de los procesados entrevistados con base en la revisión de los mencionados expedientes, ha sido de utilidad en este trabajo.

La prisión preventiva asegurada con la presunción legal de peligro de fuga para el homicidio, la prórroga de la detención judicial y las escasas decisiones judiciales decretando el decaimiento de la medida de privación de libertad, cuando los imputados han permanecido por más de dos años (hasta cuatro y más) sin juicio, han reforzado el procedimiento de admisión de los hechos. Ella puede operar para acortar la aplicación del castigo que supone un procesamiento bajo reclusión, que se prolonga debido al diferimiento de las audiencias (Monsalve. 2020), algo que ha llegado a ser denominado una vergüenza para el poder judicial del país (Rosell. 2019. Pág.36). Así las cosas, la voluntariedad de la admisión de los hechos queda más que cuestionada, de allí la importancia de las similitudes del *plea bargaining* con la tortura Langbein (2001a y 2001b).



Once homicidas condenados, que pertenecen a una muestra intencional de los expedientes inventariados y que manifestaron la disposición a ser entrevistados, entre julio de 2018 y marzo de 2019, suministraron algunas impresiones relevantes sobre el proceso penal a que fueron sometidos y, específicamente, en siete casos, sobre el proceso de la admisión de los hechos en que incurrieron durante el proceso (ver Gabaldón, 2020, para detalles sobre metodología y contenido de las entrevistas). Sus dichos ilustran sobre la funcionalidad del proceso penal venezolano en ese sentido, describiéndolo como un engranaje más del eficientismo, que antes de ser la excepción se ha convertido en la regla y, por consiguiente, en el procedimiento ordinario. Un claro ejemplo de cuando las excepciones se convierten en regla trastocando la estructura del sistema, del mismo modo que acontece con la prisión preventiva con relación al juzgamiento en libertad.

Un Vigilante, de 27 años para el momento del homicidio, indicó:

... cuando yo voy a juicio aparecen los testigos y resulta, al parecer, que las personas que estaban viendo, estaban en cómplices con el robo, o sea con la víctima, y después llegaron allá, se presentaron al CICPC contando lo que había pasado, pero la versión que no era, entonces yo fui a juicio y empezaron a llevarme como a un cubículo, algo así, y me dijeron: mire, aquí está esto, están los testigos, está todo ¿no? es mejor que asuma el delito, desde un principio fue homicidio intencional simple, después lo subieron a homicidio agravado, y dijeron, esto es homicidio agravado, están los testigos, esto es mejor que usted asuma ¿o quiere ir a juicio?...

Una respuesta similar fue dada por *Vengador*, de 26 años para el momento del homicidio quien antes de ir a juicio fue advertido por el juez sobre la eventual pena, de suerte que al ejercer su derecho de ir a juicio y haber sido señalado por un testigo que el Tribunal condujo a la fuerza, terminó siendo regañado además de condenado:



... desde un principio el doctor fue muy claro conmigo, que si perdía el juicio eran veinticinco años, a veintiocho años, al principio con el abogado me fui a juicio, pero ya tenía cuatro años preso, me sentenciaron teniendo cinco años y tres meses ya preso, imagínese, siempre sacaban que iban a llamar la funcionaria forense y en sí pienso, que se dejaron llevar por lo que ella dijo, y obviamente montó madre película, y como yo no había asumido los hechos no podía decir que ella estaba diciendo una mentira ¿me entiende?...

Por su parte, *Celoso*, de 45 años para el momento del homicidio por el que fue condenado, además de referir la demora del proceso y en la realización de las audiencias, explicó con vehemencia las razones por las cuales decidió asumir los hechos, al temer una condena mayor que daba por segura:

... Del proceso lo difícil es eso, doctor, que la difieren mucho, y es como dice usted, uno llega ahí, le leen lo que le leen, la abogado habla, y móntele los ganchos, y dale. (...) Porque, por los indicios que iba a perder de todas formas doctor, (...) me dijo el día que me iban a dar lectura de juicio, me dice, vámonos a juicio, y yo le digo, no doctor, porque usted sabe cómo es (...) y de repente (...) va y dice una palabra y por ahí se afinca a la fiscal con la juez, y pierdo yo más (...) me dice la juez, si pierde conmigo son veintinueve años, yo sabía que el delito estaba fuerte... Vuelvo y te repito no, no, yo decía que no, que no iba a ir a juicio...

Sobre la voluntariedad en la admisión de los hechos, se pronunció *Líder*, de 18 años para el momento del homicidio:



... en ese tiempo era un carajito y, pues me dejé llevar del miedo, usted sabe que cuando uno va a un tribunal le dicen, no, que 25 años, no, que 30 años, no, que es un delito muy grave, y en realidad el abogado que yo tenía nunca me ayudó, yo le preguntada y lo que me decía: quédate callado, ya va, yo voy a cuadrar, y nunca me dejaba expresarme, que de hecho, en una, en una, en una ¿cómo es que se llama? (...) a la semana siguiente que subí, ya cansado, porque usted sabe que en San Juan era difícil los traslados, en realidad me cansé y ya yo no quería que mi mamá no tuviera yendo más a ese tribunal, y asumí... en realidad siempre me subían y diferían, me diferían, me diferían, me diferían, entonces subía desde San Juan era a aguantar frío y hambre en el tribunal, entonces no, tomé la determinación y les dije que iba a asumir, y ese día sí me atendieron...

Justiciero, de 32 años para el momento del homicidio, aunque indicó tener desde el principio disposición a asumir los hechos, no obstante señaló que el abogado defensor siempre quería el diferimiento de las audiencias y planteó la necesidad de definir su situación procesal:

... Claro, yo en esta sí hablé, ese abogado que tenía yo, no joda, ese cada ratito me quería era diferir. Desde que me paré ahí delante de la juez, no, mire señora juez, yo vengo es a admitir hechos, a cuadrar mi problema, ¿cuánto me van dar? ¿qué es lo que van a hacer ahí?...

Elusivo, de 22 años para el momento del homicidio, decidió asumir los hechos pese a la recomendación de los abogados, explicándolo de este modo:

... yo vi fue que no hicieron nada, entonces lo que hacían era decirle a uno, eh, querían decirle a uno, no,



que váyase a juicio, váyase a juicio, sabiendo que había un testigo que nos estaba señalando, y me voy a ir a juicio... Pero ¿sabe qué? otra cosa que yo he visto también es que en este tribunal, que aquí han sentenciado también la gente así, sin pruebas, sin nada, entonces de que me sentencien a treinta años, de haber perdido un juicio, es muy difícil... Claro, eso fue lo que me llevó a asumir...

Arrebatado, de 37 años al momento del homicidio de su pareja, al hablar del proceso y la justicia, de su defensa y la necesidad de poner fin al retardo procesal, manifestó:

... me hicieron la audiencia, pero eso tarda, para hacer las audiencias, y yo había renunciado al abogado porque el abogado estaba pidiendo mucha plata... yo bajé y renuncié, yo llamé y les dije, no le den más plata a él, que yo voy a asumir mis derechos... entonces yo me puse un abogado público, entonces siempre que yo subía del tribunal, lo veía cuchicheando... entonces un día dije, no, doctora, yo no voy a ir a juicio...

Lo afirmado por los entrevistados ahonda en la praxis del proceso penal que está detrás de las condenas por admisión de los hechos, además de dejar clara la influencia del retardo procesal y la prisión preventiva en la determinación de admitir los hechos. También da cuenta de la desigualdad que permea el procedimiento (Bovino, 2000, Anitua, 2001, Maier, 2011), en el que los imputados no cuentan con defensas adecuadas y a partir de allí es poco lo que pueden hacer para ejercer su derechos y garantías judiciales vinculadas con el juicio oral, el cual, no sólo ven lejos, sino contraproducente ante las presiones de ser condenado a penas más altas.

En este escenario, sin tutela judicial alguna, es claro que admitir los hechos termina siendo una opción ya no beneficiosa para el imputado por la rebaja de pena y el correspondiente acceso a fórmulas de cumplimiento de pena o de

liberación como la suspensión condicional, sino para sortear algo peor, un proceso interminable y una pena al margen de toda culpabilidad y proporcionalidad, sólo por el hecho de ejercer un derecho: ir a juicio. Por ello, atendiendo a lo señalado por los entrevistados, vale la pena detenerse en lo expresado por Langbein en referencia al *plea bargaining* en la justicia norteamericana:



... hacemos terriblemente costoso para un acusado reclamar el ejercicio de su derecho a la garantía constitucional del juicio previo. Lo amenazamos con imponerle una sanción sustancialmente más elevada si se protege a sí mismo ejerciendo su derecho y, posteriormente, es declarado culpable... (2001b. Pág. 15).

La comparación de este comentario con lo descrito en este trabajo con respecto a los expedientes analizados y las entrevistas de algunos de los condenados advierte las semejanzas entre los sistemas de justicia objeto del cotejo, dando cuenta de los costes del *plea bargaining* norteamericano y la admisión de los hechos del proceso penal venezolano frente a la garantía del juicio.

A estas condenas sin juicio previo y sin rebaja sustancial de la pena a imponer, unido a las restricciones para obtener la libertad una vez condenado, se añade la efectiva presión que ejercen la prisión preventiva y las dilaciones indebidas, dispuestas por el mismo sistema de justicia que priva de libertad para que el proceso y el juicio se realice, paradójicamente, para “evitar” lo que el mismo sistema incumple: la prosecución del proceso y la realización del juicio en un plazo razonable.

Si a esto se agrega la inobservancia de las formas procesales, en cuanto denominador común de todo el proceso, desde la aprehensión sin orden judicial y sin flagrancia de los investigados hasta su condena, la ecuación sobre el procedimiento de admisión de los hechos y su aplicación de ningún modo se aviene con los fundamentos deontológicos de un proceso y un sistema de justicia penal que tiene como pilar la garantía del juicio previo y el respeto por la dignidad de las personas.



CONCLUSIONES

Mucho queda por decir en torno a esta investigación, aunque queda claro que, entre las condenas por admisión de los hechos, la prevención del homicidio y su impunidad, el castigo con penas ejemplarizantes y la negación de beneficios hay una relación ineludible.

La misma ha de seguir profundizándose, tanto para poner de relieve lo que sustenta la aludida relación, como para proponer el ideal del procedimiento especial, de mantenerse su vigencia en la normativa procesal, el cual, no debería utilizarse para el juzgamiento de delitos tan graves como el homicidio doloso.

Aun así, los expedientes que se han valorado y las entrevistas con los condenados también sugieren proseguir en la evaluación de aspectos que van más allá del gravísimo desplazamiento del juicio por el procedimiento especial, como lo son las violaciones a la legalidad procesal, el retardo procesal, el recurso a la prisión preventiva, la demanda de penas altas y la concreción de una ejecución penal caracterizada por la custodia de seguridad de los condenados, en algunos casos, sin derecho a optar por ninguna fórmula de cumplimiento de pena.

Todo ello invita a seguir reflexionando sobre la idoneidad de esta forma de prevenir el homicidio y a pensar en el mensaje que se envía a la sociedad sobre el Derecho y un tal sistema de justicia penal, donde no importan los medios a los cuales se recurre para perseguir el delito y condenar a quienes son forzados a admitir los hechos bajo amenaza de un castigo mayor al que corresponde, aún más, de una condena que ya se tiene en mente antes del juicio.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Anitua, G. (2001) El juicio penal abreviado como una de las reformas penales de inspiración estadounidense que posibilitan la expansión punitiva, En *“El Procedimiento Abreviado. J. Maier y A. Bovino (Compiladores).”* Editores del Puerto. Buenos Aires, Argentina. pp. 137 - 160.

Binder, A. (1999) *“Introducción al Derecho Procesal Penal.”* (2ª ed.). Ad-Hoc. Buenos Aires, Argentina.



Bovino, A. (2000) Procedimiento abreviado y juicio por jurados, En “*Ciencias Penales. Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. Año 12, N° 18, Noviembre.*” San José, Asociación de Ciencias Penales., pp. 19 – 41.

Cafferata, J. (1996) Juicio penal abreviado, En “*Ciencias Penales, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. Año 8, N° 11, Julio.*” San José, ABC EDICIONES, pp. 97 – 104.

Chinchilla, R. (1997) Proceso penal abreviado y derecho de la Constitución, En “*Ciencias Penales, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. Año 9, N° 14.*” pp. 97 – 104.

Ferrajoli, L. (2006) La pena en una sociedad democrática En “*La pena: garantismo y democracia. Mauricio Martínez (Coautor y compilador).*” Ediciones Jurídicas. Gustavo Ibáñez. Bogotá, Colombia. pp. 15 – 32.

Gabaldón, L. (2020) La situación y su percepción en el homicidio: relatos de homicidas en Venezuela, En “*Luis Gerardo Gabaldón, (Editor), Homicidio, riesgo, significado y castigo.*” Universidad Católica Andrés Bello (UCAB). Caracas D.F., Venezuela. pp. 141 – 168.

Langbein, J. (2001a) Comprendiendo la breve historia del *plea bargaining*.” Traducción de Lorena Iraizoz, En “*Nueva Doctrina Penal.*” Editores del Puerto. Buenos Aires, Argentina. pp. 59 - 70.

Langbein, J. (2001b) Tortura y *Plea Bargaining*. Traducción de María Lousteau y Alberto Bovino, En “*J. Maier y A. Bovino, (compiladores) El procedimiento abreviado.*” Editores del Puerto. Buenos Aires, Argentina. pp. 3 - 30.

Llobet, J. (1998a) Garantías procesales y seguridad ciudadana, En “*Nuevo Proceso Penal y Constitución. (Gilbert Armijo Sancho, Coord.)*.” San José Editorial Investigaciones Jurídicas, pp. 135 – 162.

Llobet, J. (1998b) Procedimiento Abreviado, Presunción de Inocencia y Derecho de Abstención de Declarar, En “*Nuevo Proceso Penal y Constitución. (Gilbert Armijo Sancho, Coord.)*.” San José, Editorial Investigaciones Jurídicas, pp. 163 – 185.

Maier, J. (2011) Estado Democrático de Derecho, Derecho Penal y Procedimiento Penal, En “*Dogmática Penal de Derecho Penal Económico y Política Criminal. Volumen II. José Urquiza Olaechea, Manuel Abanto Vásquez y Nelson Salazar Sánchez (Coordinadores).*” Lima, Universidad San Martín de Porras Fondo Editorial., pp. 1249 – 1270.

Manzaneda, J. (1998) Los Procedimientos Especiales en el Nuevo Sistema, En “*Primeras Jornadas de Derecho Procesal Penal. El nuevo proceso penal. (Magaly Vásquez*



González, Coord.)." Universidad Católica Andrés Bello (UCAB). Caracas D.F., Venezuela. pp. 257 - 269.

Mayora, F. (2007) Las Medidas Cautelares Desde la Perspectiva de la Sala Constitucional, En "*Debido proceso y medidas de coerción personal. X Jornadas de Derecho Procesal Penal. Magaly Vásquez González (Coordinadora).*" Universidad Católica Andrés Bello (UCAB). Caracas D.F., Venezuela. pp. 294 – 338.

Ministerio Público (2016) **Informe Anual 2016.** Ediciones del Ministerio Público. Caracas D.F., Venezuela.

Monsalve, Y. (2020) Procesamiento penal y percepción del castigo entre homicidas En "*Luis Gerardo Gabaldón, (Editor), Homicidio, riesgo, significado y castigo.*" Universidad Católica Andrés Bello (UCAB). Caracas D.F., Venezuela. pp. 313 – 343.

Morais, M. (2002) La libertad del penado en la fase de ejecución de la pena En "*Quintas Jornadas de Derecho Procesal Penal. La segunda reforma al COPP.*" Magaly Vásquez González (Coordinadora). Universidad Católica Andrés Bello (UCAB). Caracas D.F., Venezuela. pp. 169 – 182.

Rosell, J. (2019) Figuras del proceso penal venezolano observadas a través del retardo judicial En "*El Retardo Procesal le Roba la Vida al Ser Humano.*" Caracas, Observatorio Venezolano de Prisiones. pp. 25 – 37.

Schünemann, B. (2004) "*Cuestiones Básicas de la Estructura y Reforma del Procedimiento Penal bajo una Perspectiva Global.*" Traducción por Mariana Sacher. En: *Derecho Penal y Criminología*, Vol. 25 N° 76, pp. 175–198, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Consultado en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/1034>

Vásquez, M. (2019) Reforma Legislativa y Retardo Procesal en el Ámbito Penal En "*El Retardo Procesal le Roba la Vida al Ser Humano.*" Observatorio Venezolano de Prisiones. Caracas D.F, Venezuela. pp. 39 – 58.

Vásquez, M. (2017) Libertad y Proceso Penal, En "*El Sistema ¿Acusatorio? Venezolano a 18 años de su Vigencia.*" Magaly Vásquez González (Coordinadora). Universidad Católica Andrés Bello. Caracas D.F, Venezuela. pp. 119 – 134.

Vásquez, M. (2016) "*Procedimientos penales especiales.*" Universidad Católica Andrés Bello (UCAB). Caracas D.F, Venezuela.

Vitale, G. (1996) "*Suspensión del proceso penal a prueba.*" Editores del Puerto. Buenos Aires, Argentina.

Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano y Cambio Constitucional en Chile: El Mandato de los Derechos Sociales
New Latin American Constitutionalism and Constitutional Change in Chile: The Social Rights Mandate

Angello Javier Peña Barrios ¹

<https://doi.org/10.53766/ESDER/2021.01.06.04>



Fecha de Recepción: 22 de Septiembre de 2021

Fecha de Aprobación: 04 de Noviembre de 2021

Resumen

El Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano es una corriente que se suscita en países de Latinoamérica como Bolivia, Ecuador, Venezuela y Colombia y uno de sus elementos más relevantes es la amplia constitucionalización de derechos humanos, entre ellos, los derechos sociales. Chile está experimentando un proceso constituyente después de una crisis que se refleja en la movilización popular de 2019. El objeto de este trabajo es analizar las causas que impulsaron un proceso constituyente para hacer una nueva Constitución, especialmente tomando en consideración el aspecto de los derechos sociales. Se plantea que los conceptos de soberanía y poder constituyente son distintos y que el poder constituyente podría encontrar límites de tipo sustantivo. En este caso, se concluye que el reconocimiento constitucional de los derechos sociales es un mandato para la convención constitucional y puede condicionar el contenido de la futura Constitución en Chile.

Palabras Clave: Nuevo constitucionalismo latinoamericano, Poder constituyente, Cambio constitucional. Constitución, Derechos sociales.

Abstract

The New Latin American Constitutionalism arises in Latin American countries such as Bolivia, Ecuador, Venezuela and Colombia and one of its most relevant elements is the way of constitutionalization of human rights, including social rights. Chile is experimenting a constituent process after a crisis reflected in the popular mobilization of 2019. This paper has as goal to analyze the causes that promoted a constituent process to make a new Constitution, especially taking in consideration social rights. It is argued that concepts of sovereignty and constituent power are different and constituent power could face limits of a substantive type. In this case, it is concluded that constitutional recognition of social rights is a mandate for the constitutional convention and it could condition the content of the future constitution in Chile.

Keywords: New Latin American Constitutionalism, Constituent power, Constitutional change, Constitution, Social rights.

¹ Abogado *Summa Cum Laude* por la Universidad de Los Andes, Venezuela. Investigador adscrito al Grupo de Investigación Robert Von Möhl de la Universidad de Los Andes. Correo Electrónico: angellojavierpb@gmail.com / Orcid: 0000-0003-2381-0324

INTRODUCCIÓN



El Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano² es una corriente que se suscita a fines del siglo XX e inicios del siglo XXI en los países latinoamericanos. Los casos más representativos y recientes de esta corriente vendrían a ser los nuevos textos constitucionales de procesos llevados a cabo en Ecuador en 2008 y Bolivia en 2009, aunque también se pueden adscribir a esa corriente los casos de Colombia en 1991 y Venezuela en 1999. En estos procesos de cambio constitucional se encuentran rasgos comunes que pueden interpretarse como una identidad constitucional. Uno de esos rasgos comunes es la constitucionalización amplia de derechos humanos, especialmente de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales que buscan romper con un diseño netamente liberal e individualista que por largo tiempo fue el modelo acogido en la región para ordenar a los países.

Chile por su parte experimenta un proceso constituyente tras un clima de crisis por la movilización popular del famoso “estallido social” del 18 de octubre de 2019. El objeto de este trabajo es analizar las causas que impulsaron el proceso constituyente en curso en Chile, en comparación con los procesos constituyentes del NCL para referirse a los derechos sociales. Esto se alcanzará con base en la evidencia que aporta la doctrina, decisiones de los tribunales constitucionales, textos constitucionales e informes de organismos nacionales e internacionales.

Se entiende como cambio constitucional “una modificación en el conjunto de normas constitucionales válidas. Las constituciones pueden cambiar al menos de siete formas, a saber: promulgación, aceptación, derogación o abrogación explícita, derogación o abrogación implícita, interpretación, mutación infraconstitucional y desuso” (Bernal: 2016, Pág. 9). En ese trabajo interesan los cambios constitucionales que se producen por una nueva Constitución como fruto de un proceso constituyente.

Así, el siguiente escrito aborda del concepto de NCL la propiedad esencial de los derechos humanos. Se resalta el concepto de crisis como escenario que habitualmente se presenta unido a las causas que dan origen a un proceso constituyente, tomando en consideración los procesos de Colombia, Venezuela, Ecuador y Bolivia en cuanto a la forma en que en estos países se suscitó el

² En adelante: NCL.



momento constituyente. Seguidamente se indican las causas del diseño constitucional de 1980 de Chile por las que se suscitó el momento constituyente, refiriéndose especialmente a los rasgos no democrático, conservador, inerte ante las fallas del libre mercado y que exacerba la desigualdad.

Se presenta una noción de soberanía como concepto distinto al de poder constituyente señalada por el profesor Colón-Ríos (2021, Pág. 96) con la cual estamos de acuerdo; pero esencialmente de este autor se indica la idea de un “mandato imperativo” que impondría límites sustantivos al poder constituyente. Eso se sustenta en casos como los de Colombia y Venezuela cuyas convocatorias de Asambleas Constituyentes permiten inferir el deber de adoptar determinado tipo de derecho constitucional. Pensamos que en el caso de Chile podría interpretarse un mandato imperativo del soberano para con el poder constituyente de establecer como contenido en la nueva Constitución los derechos sociales, a partir de los hechos que ocasionaron la puesta en marcha de un proceso constituyente.

DESARROLLO

1_. Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano.

El NCL es una corriente que se suscita a finales del siglo XX e inicios del siglo XXI en los países latinoamericanos. Los casos más representativos y recientes de esta corriente vendrían a ser los textos constitucionales de procesos llevados a cabo en Ecuador en 2008 y Bolivia en 2009, aunque también se señala que Colombia en 1991 y Venezuela en 1999 pueden incluirse en esa corriente³.

En estos procesos de cambio constitucional se encuentran rasgos comunes que pueden interpretarse como un “aire de familia” (Uprimny: 2011, Pág. 126). Uno de esos rasgos comunes que se pretende destacar es la constitucionalización amplia de derechos humanos, especialmente de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA) que intentan romper en ese sentido con un diseño netamente liberal e individualista que por largo tiempo fue el modelo acogido en la región para ordenar a los países. Así, el NCL implica un

³ También el supuesto de Brasil por parte de algunos autores puede tener determinados rasgos del nuevo constitucionalismo latinoamericano.



claro “abandono del modelo norteamericano” (Gargarella y Courtis: 2009, Pág. 16). Eso con el fin de transformar la realidad de los países en que se aplica a través de instrumentos como las generosas listas de derechos humanos que incorporan y constituyen obligaciones para el poder público.

Esa constitucionalización de derechos humanos ha implicado un carácter amplio de los textos constitucionales del NCL, que se debe a la influencia de la “matriz europea” (Belloso: 2015, Pág. 28). En este aspecto, se puede observar claramente “la adaptación latinoamericana del constitucionalismo social europeo [o neoconstitucionalismo]” (Viciano y Martínez: 2013, Pág. 68).

Esa influencia europea, en efecto, se refleja en las amplias listas de derechos constitucionalizados que no se limitan a establecer derechos liberales, sino que también reconocen los DESCAs e incluso, hasta más derechos. Mejorando en ese aspecto lo realizado por el neoconstitucionalismo. Asimismo, también se destaca el carácter aspiracional a través de principios y valores que vinculan el actuar gubernamental, en lo que se debería *hacer y no hacer* para alcanzar el proyecto constitucional aprobado por el pueblo.

Para Uprimny (2011, Pág. 113) son cambios constitucionales que se han configurado “muy generosa[s] en el reconocimiento de derechos constitucionales a sus habitantes, pues no sólo incorporaron los derechos civiles y políticos heredados de las tradiciones demoliberales”. Sino que también se incorporan “derechos económicos, sociales y culturales (...) e incluso avanzaron en el reconocimiento de formas de derechos colectivos, en especial el derecho al medio ambiente, pero también derechos especiales de autonomía y ciudadanía a ciertos grupos poblacionales, en especial a los indígenas.”

Ese amplio reconocimiento de derechos en las constituciones, hace que se hable incluso de un “Estado de derechos” como superación del Estado de derecho convencional. Es decir, un Estado de derecho “material” como superación de lo formal (Barrios-Suvelza: 2018, Pág. 43). Precisamente, en esta corriente tiene gran protagonismo el reconocimiento de derechos humanos y garantías jurídicas como “núcleo duro” del Estado constitucional latinoamericano (Belloso: 2015, Pág. 34).

Esta idea, además tiene que ver con algo propio del neoconstitucionalismo que es la intensa constitucionalización del ordenamiento jurídico. Incluso, tal constitucionalización en el caso latinoamericano sería un factor impulsor de la

transformación. Como señala Martínez (2018) “aunque los efectos de transformación del nuevo constitucionalismo han sido limitados -no podía ser otra forma desde la teoría de la Constitución democrática- es evidente que han iniciado procesos de transformación basados en la constitucionalización del ordenamiento jurídico.” Pág. 159.

Por consiguiente, para Gargarella y Courtis (2009) el fenómeno latinoamericano implica que ha sido un claro “abandono del modelo norteamericano” en este aspecto, al menos desde la Segunda Guerra Mundial, por cuanto las nuevas constituciones “dedican bastante más espacio a definir las metas y finalidades que el gobierno debería cumplir, y las cosas que el gobierno debería hacer -y no sólo las que debería dejar de hacer”. Así, los nuevos textos fundamentales de Latinoamérica “se alinean claramente dentro de este modelo sustantivo- por oposición a un modelo meramente procedimental de Constitución.” Pág. 16.

En números, según los datos de Comparative Constitution Project (2016) la Constitución de Colombia tiene 76 derechos constitucionales y la Constitución de Venezuela tiene 83. La Constitución de Ecuador tiene 99 derechos constitucionales y la Constitución de Bolivia tiene 88 derechos constitucionales. Se encuentran en el ranking de textos constitucionales que más derechos humanos reconocen en el mundo constitucional.

De esta manera, tales textos tienen un alto reconocimiento de derechos humanos que tomando lo hecho por el neoconstitucionalismo, lo mejoran en algunos casos. Tal es el supuesto de los derechos de los pueblos indígenas, anteriormente discriminados y alejados de la vida pública en la región latinoamericana. En el caso de los indígenas, estas constituciones están creadas bajo la idea de un “amplio catálogo de derechos de los indígenas y otros colectivos étnicos” (Gomes: 2016, Pág. 383). En dicho supuesto, como no se presentó en el neoconstitucionalismo -y esa es una de sus diferencias- ha tenido influencia de la Organización Internacional del Trabajo con el Convenio N° 169 y la Declaración de las Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

Se podría resaltar que el NCL en lo relativo a la parte dogmática de la Constitución, no se corresponde al modelo norteamericano meramente procedimental y, en cambio, sí se acoge al modelo sustantivo europeo del neoconstitucionalismo. Ahora bien, se hace insoslayable destacar que lo que





recoge del neoconstitucionalismo, lo amplía adaptándolo a sus propias necesidades sociales como se puede destacar en el caso de los pueblos indígenas.

2_. El Concepto de Crisis y la Teoría del Poder Constituyente.

El poder constituyente regularmente se manifiesta en épocas de crisis como una revolución, golpe de estado, posguerra, independencia o en momentos en que sobre un caos, desorden social e institucional se hace necesario crear o modificar el orden constitucional. Su aparición surge cuando el sistema político y jurídico no se corresponde con las necesidades de la sociedad y existe un malestar que no encontraría solución con las instituciones vigentes ante las demandas exigidas.

Ejemplos claros de este fenómeno se demuestra en las revoluciones norteamericana y francesa del siglo XVIII. En tales revoluciones, previo al ejercicio del poder constituyente por el pueblo o la nación, los países padecieron graves crisis que afectaron profundamente a la sociedad tanto desde el punto de vista económico como político, pero sobre todo social. Esos factores como lo demuestra la historia, desencadenaron las enigmáticas revoluciones, especialmente en el caso francés, que originaron el constitucionalismo moderno con las primeras constituciones escritas⁴.

Cuando el proyecto de una Constitución funciona como medio para cumplir las necesidades de la población y se encuentra en armonía con la realidad y un compromiso fuerte de las élites políticas, es un escenario muy poco probable para que se manifieste la fuerza del poder constituyente. Por el contrario, en un escenario en que exista un alto malestar en la sociedad y el marco constitucional con sus estructuras políticas y jurídicas no permite consonancia, se producen antinomias de la sociedad y la comunidad política con la formalidad, lo que configura un estadio propicio para el poder constituyente.

Es razonable pensar que el poder constituyente surge en tiempos de crisis. Negri (2015) desde una interpretación absoluta e iliberal del poder constituyente, por ejemplo, considera que implica “una fuerza que irrumpe, quiebra,

⁴ Ver Brewer-Carías, A. (1992) *“Reflexiones sobre la Revolución Americana (1776) y la Revolución Francesa (1789) y sus Aportes al Constitucionalismo Moderno.”* Editorial Jurídica Venezolana. Caracas D.F., Venezuela. Pág. 149.

interrumpe, desquicia todo equilibrio preexistente y toda continuidad posible.” Pág. 39. Esa fuerza que irrumpen como un “volcán” en el *status quo* político, no se manifestaría si las instituciones políticas vigentes cumplen con las necesidades de la población y garantizan los derechos humanos. Ackerman por su parte, es cónsono con la idea de crisis y reforma constitucional. Para este autor “la gran crisis” en los Estados Unidos provocó la Decimocuarta Enmienda en la Constitución Federal (2015, Pág. 66). En general, la idea de crisis y poder constituyente van ligadas entre sí y se entienden una a la otra como partícipes de un mismo escenario, como especie de causa una de la otra.

Otros pensadores como Ginsburg (2015, Pág. 20) señalan que “una crisis no es un prerequisite para el cambio constitucional”. Tomando como ejemplo Suecia, el autor se refiere a regímenes muy estables que cambian su Constitución que en ese caso “re-escribió completamente su Constitución en 1974, tanto para consolidar una gran cantidad de enmiendas que habían tenido lugar desde la adopción de la versión previa en 1809, como para implementar un parlamento unicameral en vez de uno bicameral.”

Consideramos que es más probable un cambio constitucional en un escenario de crisis que dé estabilidad de un régimen político. Evidentemente, también un régimen político muy estable puede ejecutar un cambio constitucional, pero la situación de cambio constitucional es más probable en escenarios de crisis. La idea de crisis que planteamos aquí parece ser indicada por Gargarella y Courtis (2009) quienes señalan que “las Constituciones nacen habitualmente en momentos de crisis, con el objeto de resolver algún drama político-social fundamental”, en estos casos, se considera que “en la Constitución no se encuentra la llave mágica capaz de resolver el problema en cuestión, pero al mismo tiempo se considera que allí reside parte de lo más importante que se puede hacer, colectivamente, en *pos* de un cambio.” Pág. 10. En efecto, el poder constituyente pareciera suscitarse en momentos de crisis como una especie de “vía de escape” o salida ante algún problema que afecta a la sociedad, en cuyo caso, si bien se entiende que la creación de una nueva Constitución no resuelve automáticamente el problema, o tal vez ni lo pueda resolver, sí que implica una forma de movilizar a la población que quiere cambiar lo que le afecta con ocasión de la crisis.





Ferguson y Lansberg-Rodríguez (2017) también se refieren al concepto de crisis implícito al poder constituyente. Estos autores interpretando los procesos de cambio constitucional en América Latina, señalan que “las nuevas constituciones a menudo han nacido a consecuencia de una crisis, como revoluciones o altibajos en los ciclos económicos.” Pág. 9. Ante un escenario de crisis, en efecto, es cuando se manifiesta el poder constituyente lo que incluye también crisis de índole económico que requieran hacer determinados cambios estructurales que busquen aliviar el fenómeno que invoca la fuerza constituyente.

A continuación, se realizará una descripción sobre el concepto de crisis ligado al ejercicio del poder constituyente en los procesos de cambio constitucional del NCL.

2.1_. Colombia.

Colombia se encontraba experimentando un clima grave de violencia y terrorismo en el periodo de 1980-1990 “por causa del narcotráfico y la influencia que ejercería dentro de instancias de poder como el Congreso” (Ramírez: 2005, Pág. 437). Era un escenario complejo a lo interno por la violencia política, la pobreza, la falta de acceso a servicios básicos, el miedo, la inestabilidad y la desconfianza en la capacidad del Estado para asegurar los derechos humanos; aunado a que externamente en los años 90 se produce la necesidad de aplicar una política estructural de ajustes al rol del Estado en la economía para adecuarse a las exigencias de las instituciones financieras como el Fondo Monetario Internacional de acuerdo a los lineamientos del Consenso de Washington (Herrera y Matheus: 2019, Pág. 10).

Fueron graves las circunstancias políticas y sociales que vivía Colombia las que ocasionaron la consulta plebiscitaria a través de la famosa “Séptima Papeleta” en las elecciones generales de 1990 y la expedición del Decreto N° 927 de 3 de mayo de 1990 por el que el Presidente Virgilio Barco utilizó los poderes extraordinarios para tratar de atenuar el grave escenario al que se enfrentaba (Álvarez: 1999, Pág. 90). Este caso se trató de un supuesto de “ruptura con la legalidad precedente” (Negretto: 2015, Pág. 207).

La situación de crisis de hecho fue reconocida por la Corte Suprema de Justicia de Colombia mediante Sentencia N° 59 del 24 de mayo de 1990 que señala:



El país ha asistido a múltiples hechos de violencia que lo han horrorizado; la toma del Palacio de Justicia y la inmolación de 11 magistrados de esta Corporación, la muerte de tres candidatos presidenciales, la explosión de un avión cargado de pasajeros, las masacres, las fosas comunes, los atentados a los periódicos, las bombas que indiscriminadamente cobran víctimas inocentes, son ejemplos de una situación ya no sólo atribuible a la guerrilla y al narcotráfico, sino a otras manifestaciones del crimen organizado (...) El país ha venido reclamando el cambio institucional, aunque dentro de los cauces del orden jurídico, y ante el fracaso de los órganos del Estado responsables del mismo, ha venido pidiendo la conformación de una Asamblea Constitucional que pueda realizarlo. En las últimas elecciones populares lo manifestó así masivamente en las urnas, a pesar de que no tuvo el apoyo de los grupos políticos, ni del Gobierno.

Se resalta un escenario de crisis marcado por la violencia y la ineffectividad de las instituciones vigentes para atender las necesidades, configurando un fracaso del diseño institucional que promovió el reconocimiento de la Corte Suprema de Justicia de una Asamblea Constituyente como posible salida de las crisis. Con posterioridad y bajo la voluntad de los ciudadanos se suscitó una Asamblea Constituyente que tuvo como resultado la Constitución de 1991.

2.2_. Venezuela.

En el cambio constitucional producido en 1999 en Venezuela también se puede interpretar un escenario de crisis previo al ejercicio del poder constituyente. En este país se suscitó una “crisis de la democracia” que “tuvo su punto de inflexión en febrero de 1989 con el llamado Caracazo” el cual se refiere a “levantamientos populares producidos en el país y especialmente en Caracas,



como reacción a la aplicación de medidas económicas concertadas con organismos multilaterales” (Andara: 2015. Pág. 7). El momento constituyente que dio cabida a la Constitución de 1999 fue producto de una “crisis terminal del sistema político-constitucional del Estado centralizado de partidos que se consolidó al amparo de la Constitución del 23 de enero de 1961”, en la que “la élite política del momento acordó hacer todos los esfuerzos por consolidar en el país un régimen democrático representativo” (Brewer-Carías: 2001, Pág. 15).

Ese escenario de crisis institucional, además se puede interpretar que fue relacionado con otros elementos como inflación, desempleo, corrupción, pobreza y falta de acceso a servicios públicos como consecuencia del colapso del Estado petrolero (Herrera y Matheus: 2019, Pág. 9). Se trató de un proceso de deslegitimación de las instituciones representativas y del marco político en general del Estado venezolano que se buscaba cambiar a través de la “maniobra” de la Asamblea Constituyente (Álvarez: 1999, Pág. 105). Asimismo, implicó un caso “no solo de ruptura legal radical, sino también de falta de acuerdo entre los actores políticos e institucionales acerca de la regulación de la asamblea” (Negretto: 2015, Pág. 207).

En este supuesto, la situación de crisis se reflejó también en la Corte Suprema de Justicia debido a que el diseño constitucional vigente para ese momento no contemplaba la figura de la Asamblea Constituyente, sino la enmienda y reforma constitucional que sólo se limitan a cambios parciales. Así, la Sala Político-Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia en fecha 19 de enero de 1999 decidió dos recursos de interpretación, tanto de la Constitución de 1961 como de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, en que se delinearían polémicos considerandos sobre el poder constituyente y el derecho a la participación política por la presión de la situación política que experimentó en ese momento.

Valga mención que la exposición de motivos de la convocatoria de la Asamblea Constituyente indicaba lo siguiente:

El sistema político venezolano está en crisis y las instituciones han sufrido un acelerado proceso de deslegitimación. A pesar de esta realidad, los beneficiarios del régimen, caracterizado por la exclusión de las grandes mayorías, han bloqueado, en



forma permanente, los cambios exigidos por el pueblo. Como consecuencia de esta conducta se han desatado las fuerzas populares que sólo encuentran su cauce democrático a través de la convocatoria del poder constituyente originario. Además, la consolidación del Estado de derecho exige una base jurídica que permita la práctica de una democracia social participativa. (Cursivas añadidas).

Se señala expresamente la situación de crisis ligada al poder constituyente, en ese caso una crisis institucional que promovió el auge de la alternativa constituyente. Asimismo, la tensión estuvo presente en todo el proceso constituyente ante un claro abuso de esta figura que se desnaturalizó no limitándose a crear una nueva Constitución, sino interviniendo inclusive el poder judicial y otros órganos del poder constituido⁵.

2.3_. Ecuador.

El proceso constituyente llevado a cabo en Ecuador fue liderado por el entonces presidente Rafael Correa, cuyo inicio fue en el año 2007. En los años previos este país se caracterizó por una gran inestabilidad política e institucional, que trajo como resultado la salida del poder de tres presidentes en los años 1997, 2000-2002 y 2005 ante causas como la desigualdad y la poca efectividad de la clase política para responder a las demandas sociales, pese a que su anterior cambio constitucional data del año 1998.

Cuando Correa asume el poder después de haber derrotado en la segunda vuelta de elecciones para presidente al candidato Álvaro Noboa, 57% frente a 42% (Peña y Lilo: 2009, Pág. 86), decide consultar a la ciudadanía sobre la conveniencia de adoptar una Asamblea Constituyente. Ese mecanismo, no estaba previsto en la Constitución de 1998 y el Poder Legislativo se negaba a apoyar esta

⁵ Ver Brewer-Carías, A. (2001) *“Golpe de Estado y Proceso Constituyente.”* Universidad Nacional Autónoma de México. México D.F., México. Págs. 212-228.



alternativa política, así que institucionalmente se produjeron serios desacuerdos sobre el poder constituyente.

No obstante, tras la intervención del Poder Judicial a través del Tribunal Supremo Electoral se logró una salida al desacuerdo institucional. De esta forma, con la participación judicial similar a la convocatoria constituyente de Venezuela, la convocatoria superó los obstáculos jurídicos y el referéndum se llevó a cabo en 2007. Los resultados fueron positivos para los promotores de la vía constituyente, con 81% de los votos a favor y con una participación de del 71% del padrón electoral. Este escenario se configuró como un proceso más “tranquilo” en comparación al caso de Bolivia por el control que tuvo el partido de Correa en el órgano constituyente.

De hecho, si bien existieron tensiones en determinados momentos del proceso, para De Sousa (2010) “fue posible manejarlas dentro de la ‘normalidad democrática’”. Las dos principales tensiones de este proceso según el mismo autor, fueron: “la intervención del presidente Correa en los trabajos de la Asamblea Constituyente, lo que contrariaba el carácter originario de la misma” y los sectores “conservadores -con la fuerte presencia de la alta jerarquía de la Iglesia católica ligada al Opus Dei y el acoso mediático- en la medida en que se dieron cuenta del rumbo que tomaba la orientación normativa de la Constitución.” Págs. 77-78. La Asamblea Constituyente, pese a estas dos tensiones, pudo elaborar un texto constitucional que fue finalmente ratificado mediante un referéndum en 2008.

2.4_. Bolivia.

El proceso constituyente de Bolivia se suscita ante un malestar mucho mayor que el caso de Ecuador, motivando un cambio profundo-estructural en las instituciones políticas. Las conocidas Guerra del Agua (2000) y Guerra del Gas (2003), fueron manifestaciones populares masivas e integradas por la población indígena y rural cuyas causas se resumen en la exclusión sistemática de los pueblos originarios, el empobrecimiento del país y el desprestigio de la clase política.

El Movimiento al Socialismo (MAS) cuyo líder para el momento fue Morales, se ubicó en el centro de la política de dicho país, por cuanto ganó las



elecciones presidenciales de 2005 con el doble de votos que su oponente más cercano. Según señalan Peña y Lillo (2009) sobre las elecciones, Morales y el MAS “lograron ratificar lo que venían concibiendo desde hace años al ganar democráticamente las elecciones” lo cual permitió por primera vez en la historia de Bolivia que “un indígena llegue al poder y se apreste a dirigir un país que hasta entonces sólo había sido conducido por generaciones de ‘blancos’.” Pág. 85.

En ese orden, para el inicio del desempeño en el poder una de sus primeras medidas fue impulsar políticamente la convocatoria a una Asamblea Constituyente. En este supuesto, sí estaba contemplado en la Constitución vigente para el momento constituyente. Ejemplifica según Negretto (2015) una salida “legalista” que inició formalmente con “una enmienda del año 2004 al procedimiento de reforma, con el fin de autorizar a la legislatura a convocar una constituyente y regular su funcionamiento y atribuciones en casos de reforma ‘total’.” Pág. 207. Sin embargo, las fuerzas políticas que apoyaron al presidente debieron llegar a arduos consensos políticos sobre la convocatoria del poder constituyente originario. En ese sentido, los grupos de poder en *pro* del partido de gobierno debieron pactar con los grupos opositores, por cuanto no tenían la mayoría requerida en el Congreso.

La Asamblea Constituyente fue elegida en el año 2006 y contó con el plazo de un año para su funcionamiento, sin embargo, el funcionamiento del órgano constituyente fue complejo porque existió una gran fragmentación lo que permitió una alta oposición y discrepancia entre las propuestas. Este proceso fue muy obstaculizado por la oposición. De Sousa (2010) señala gran parte de los problemas; refiriendo en primer lugar que “la Ley de Convocatoria a la Asamblea Constituyente no respetó la demanda de que la representación política debe expresar la plurinacionalidad, lo que implica que parte de los constituyentes debieran salir directamente de sus organizaciones”. Págs. 73-74. En segundo lugar, que “la Asamblea fue declarada originaria, pero raramente tuvo autonomía; fue desde luego bloqueada por la polémica sobre si los votos necesarios para las decisiones deberían ser mayoría absoluta o dos tercios, un bloqueo que duró siete meses”. Págs. 73-74.

En tercer lugar, “la ausencia de deliberaciones fue debilitando la Constituyente y los encuentros territoriales, si bien en parte ayudaron a relegitimar la Asamblea, al mismo tiempo profundizaron los clivajes,



especialmente regionales”. Finalmente, la constante práctica racista en contra de los constituyentes indígenas, a pesar de que era “un proceso orientado a la plurinacionalidad y la interculturalidad induce las más álgidas manifestaciones de racismo, dando prueba de la gran dificultad en pasar del viejo al nuevo orden constitucional.” Págs. 73-74.

Para finales del año 2007, se logró adoptar un proyecto de Constitución que fue enviado al Congreso para su aprobación. No obstante, el Congreso permaneció inerte por un plazo largo. Para ese momento, se suscita un hecho político importante ya que Morales es sometido a un referéndum revocatorio en agosto de 2008, resultando ratificado en el poder con 67% de los votos a su favor. Lo cual, tuvo como efecto que se consolidara el proceso constituyente llevado a cabo.

El gobierno de Morales, acudió al Congreso para pactar los cambios constitucionales exigidos por la oposición. Una vez establecido el texto final del órgano constituyente, con las modificaciones exigidas por las fuerzas políticas opositoras, se debía someter a referéndum popular. Para 2009 se realizaron las consultas populares en las que participaron al rededor del 90% del electorado. La Constitución fue aprobada por el 61% de los votos. Siendo, además, promulgada la norma suprema en febrero de 2009 y bajo su vigencia se celebraron nuevas elecciones presidenciales, en las cuales Morales obtuvo una aprobación del 64% de los votos (Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo: 2015, Págs. 31-32).

Fue arduo el recorrido que tuvo que transitar la nueva Constitución de Bolivia en un ambiente muy complejo. El preámbulo de la Constitución de Bolivia señala lo siguiente:

El pueblo boliviano, de composición plural, desde la profundidad de la historia, inspirado en las luchas del pasado, en la sublevación indígena anticolonial, en la independencia, en las luchas populares de liberación, en las marchas indígenas, sociales y sindicales, en las guerras del agua y de octubre, en las luchas por la tierra y territorio, y con la memoria de nuestros mártires, construimos un nuevo Estado (...) Dejamos en el pasado el Estado colonial, republicano y neoliberal. Asumimos el reto histórico de construir



colectivamente el Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, que integra y articula los propósitos de avanzar hacia una Bolivia democrática, productiva, portadora e inspiradora de la paz, comprometida con el desarrollo integral y con la libre determinación de los pueblos.

En este caso se puede observar el escenario de crisis que acompaña la nueva Constitución, tratándose de un texto multicultural que quiere empoderar a los indígenas, reconocer amplios derechos sociales y superar el viejo modelo individualista de diseño constitucional. Se hace mención a la guerra del agua que fue un hecho motivador del posterior proceso constituyente que se efectuó en ese país. Estas ideas son una aproximación al sustento ontológico de la corriente del NCL.

3_. Contexto sobre las Causas que Originaron la Implementación de un Proceso Constituyente en Chile.

El proceso constituyente en curso en Chile se suscita fundamentalmente ante un clima de crisis que se destaca en hechos como el famoso “estallido social” del 18 de octubre de 2019. Sin embargo, anteriormente existieron otras protestas relacionadas con los derechos sociales y económicos, aunque en menor escala. Por ejemplo, en 2006 miles de estudiantes de secundaria y universitarios participaron en manifestaciones, conocida como revolución Pingüina y entre el 2011 y 2013 se expresó un descontento por el acceso y la calidad de la educación pública. Más recientemente se suscitaron manifestaciones relacionadas con “los sistemas privados de pensiones y salud, el medioambiente y los derechos de las mujeres” según señala la Oficina Alto Comisionado de las Naciones Unidas (2019, Pág. 5).

La idea de un proceso constituyente estuvo latente en hechos anteriores como la propuesta presidencial de la candidata Michelle Bachelet en 2013 de que Chile necesitaba una nueva Constitución que ampliara los derechos individuales y colectivos, redujera el veto de minorías en procesos de decisión y establezca



mecanismos de democracia participativa; todo eso a través de un “procedimiento democrático, institucional y participativo” (Negretto: 2015, Pág. 212).

Más aún, Chile ha estado involucrado en un proceso largo de reformas constitucionales desde 1980 hasta el presente, moviéndose desde una versión “originalmente autoritaria a una democrática”. Desde 1989 en ese país se han suscitado reformas constitucionales que trataron de democratizar el diseño constitucional original y netamente afianzado hacia un lado del tablero, cuyo “punto culminante” se habría alcanzado en 2005 cuando estaba bajo mandato el presidente Lagos. Sin embargo, la “Constitución de Pinochet” todavía dividía a los chilenos y simboliza la fragmentación social en dos lados muy hostiles que ya desde 2017 se preveía como una “crisis de representación” por los enclaves autoritarios persistentes (Arato: 2017, Pág. 449).

El levantamiento popular del 18 de octubre de 2019 produjo según apunta la profesora Vergara una especie de “despertar colectivo” en el que la población toma conciencia de los problemas estructurales que promueve el diseño constitucional “pinochetista” como sus disposiciones contra-mayoritarias, el abuso de la fuerza del Estado y sobre todo la desigualdad por la jerarquía socioeconómica, que se puede destacar en la acumulación altamente desproporcionada de la riqueza en la oligarquía del poder económico que se nutre de la corrupción de las elites políticas (Vergara: 2021, Págs. 11-12).

Las causas del diseño constitucional de 1980 por la que se suscitó el momento constituyente que interesan analizar en este trabajo son las siguientes: Constitución no democrática, Constitución conservadora, Constitución que no cede corregir las fallas del libre mercado y Constitución que agrava la desigualdad.

3.1_. Constitución No Democrática.

Un primer punto para arrancar es que Chile desde 1980 cuenta con una Constitución cuyo origen no es democrático. Eso claramente choca con que un “principio central del constitucionalismo moderno es que la legitimidad y la validez de una Constitución deriva de haber sido creada con la autorización o el consentimiento de los gobernados” (Negretto: 2015, Pág. 201). Así lo expresó célebremente Thomas Paine en el siglo XVIII señalando que una Constitución



“no es un acto de su gobierno, sino del pueblo que constituye a su gobierno”. Sin embargo, en el mundo un gran porcentaje de las constituciones son autoritarias: 56% de las constituciones son categorizadas como autoritarias, mientras que el 44% son categorizadas como democráticas según los datos de Elkins et al (2013, Págs. 145-146). Son datos no menores que contradicen el principio democrático del constitucionalismo moderno y que refleja la situación de múltiples países alrededor del mundo.

Resulta importante entender que la Constitución chilena no goza de legitimidad en ese aspecto y sería un argumento de respaldo para el desacuerdo de la sociedad que es su destinatario y quien la hace una Constitución viva. Su percepción desde el punto de vista del procedimiento de creación constitucional, parte de una implementación que fue de “laboratorio” en aspectos como el económico a través de los aportes de los *Chicago boys* de la escuela Chicago de los Estados Unidos y sin participación de los múltiples grupos que conforman la soberanía popular (Salazar, 2019). Esa Constitución de hecho califica en una categoría muy interesante que indica Ginsburg (2014), refiriéndose que se corresponde con una “Constitución autoritaria transformadora” diseñada para “blindar a sus autores de cualquier ejercicio de justicia futura” que se denota en mecanismos de inmunidad como “las leyes que requieren una mayoría de 4/7 para su aprobación; el Tribunal Constitucional; el sistema electoral binominal y las garantías de impunidad.” Pág. 12.

Atria (2013) por ejemplo, señala que la Constitución tiene un “pecado de origen” por ser aprobada a través de un fraudulento plebiscito que la hizo nacer “machada” y que esa mancha “no desaparece con el tiempo” lo que la hace ilegítima e “implica la necesidad de una nueva Constitución.” Pág. 58. Esto a pesar de múltiples reformas constitucionales que se han suscitado para cambiar el contenido del texto constitucional, que en este caso son abundantes (Ginsburg: 2014, Pág. 16). Se han logrado reducir disposiciones autoritarias controvertidas de dicho documento y, por otro lado, varios ejemplos históricos de constituciones no nacidas en democracias han tenido experiencias interesantes, como los casos de Japón redactada durante la ocupación de los Estados Unidos, así como los casos de Países Bajos, Bélgica, México, Argentina o Noruega. Todas ellas fueron con posterioridad a su promulgación adaptadas a los requerimientos de un régimen democrático (Ferguson y Lansberg-Rodríguez: 2017, Pág. 2).



Sin embargo, los textos constituciones como apunta Ginsburg (2014) “le dan forma al entorno político, el cual da origen a actores particulares en posición de modificar de modo subsecuente las reglas del juego. Deben tratarse como biografías antes que como simples momentos estáticos”, piénsese “como los cuerpos humanos, son sistemas de instituciones que trabajan en conjunto y afectan los cursos de acción subsecuentes”, de allí que “cambiar cada pieza a lo largo de varios años mantendría de todas formas la continuidad de la identidad constitucional.” Pág. 19). Es decir, pese a que se reformara cada artículo de la Constitución, aún conservaría esa mancha no democrática de origen que es un primer argumento importante para el cambio constitucional.

3.2_. Constitución Conservadora.

Generalmente una Constitución se compone de dos partes, una parte correspondiente a la organización del poder (parte orgánica) y otra parte referida a los derechos fundamentales (parte dogmática). La Constitución de Chile a diferencia de la gran mayoría de constituciones de Latinoamérica, no contempla derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, sobre todo los sociales. Según los datos de Comparative Constitution Project (2016) la Constitución contempla 46 derechos humanos. Esto para Ginsburg (2014, Pág. 14) implica un aumento de derechos respecto de su predecesora, la Constitución de 1925, pero se sitúa en un ranking inferior que el promedio de todas las constituciones del mundo.

Se trata de un documento restringido en el aspecto de los derechos, que incluso lleva a que Gargarella (2020) la califique como “espartana”, “antigua” y “conservadora”. Espartana porque, en comparación a las cartas de derechos de otras constituciones de la región que se caracterizan por ser “generosas” con la constitucionalización de los derechos humanos, no indica lo suficiente. Antigua porque tiene una declaración de derechos de los siglos XVIII y XIX, es decir, netamente liberal y no contempla el componente del constitucionalismo social que en América Latina encuentra una de sus principales representaciones con la Constitución Política de 1917 en México. Conservadora porque contempla múltiples óbices para la implementación de derechos sociales como la huelga, prestaciones en materia de salud y negociación sindical.



Esto se debe a un diseño constitucional que según Vergara (2021) promueve “medidas económicas neoliberales para privatizar servicios básicos y disminuir el gasto social [que] se hizo en dictadura.” Págs. 9-10. Se trata la Constitución de 1980 de un documento alejado del “aire de familia” en cuanto a DESCAs se refiere de las del NCL. El Informe sobre la Misión a Chile 30 de octubre – 22 de noviembre de 2019 de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas (2019) señala que “el incumplimiento de los derechos económicos y sociales es un área central de preocupación” lo cual incluye “la falta de acceso a tribunales y órganos internacionales de derechos humanos para reparar violaciones a derechos económicos y sociales y la falta de reconocimiento constitucional de alguno de estos derechos”. El argumento de que es conservadora en cuanto al reconocimiento de los derechos humanos, especialmente los DESCAs es una poderosa causa para el cambio constitucional.

3.3_. Constitución que No Permite Corregir las Fallas del Mercado.

A pesar de la estabilidad política y económica que a nivel regional ha experimentado Chile desde su transición a la democracia, su sistema político y económico ha venido sumando en los últimos años varios cuestionamientos provenientes de la sociedad según apunta Negretto (2015) porque “tiene un origen autoritario y se funda en concepciones políticas y económicas excluyentes.” Pág. 211.

El diseño constitucional invita a dejar al libre mercado esferas importantes de la dignidad de la persona, sobre todo para los grupos vulnerables, como educación, salud, agua, transporte, comunicaciones, carreteras, bosques y salmoneras que permitieron gigantescos abusos de poder por parte del mercado, ante la ausencia de un Estado que pudiera corregir sus fallas (Salazar, 2019). La sociedad chilena se encuentra ante un diseño constitucional “que termina por entregar estos derechos [DESCA], en la práctica, al mercado. Eso termina por desmerecer a los derechos sociales, convirtiéndolos en algo que no son: bienes de consumo” aunado además en que el principio de subsidiaridad no se encuentra constitucionalizado y “termina por consagrar un Estado abstencionista, incapaz de dar respuestas” (Bofill: 2021, Págs. 138-140). No se encuentra un Estado necesario y con respaldo constitucional para actuar ante las injusticias que son posibles en el libre mercado.



En efecto, el diseño constitucional es *in extremis* muy protector de las libertades económicas, Vergara (2021) apunta que “la Constitución de 1980, [está] diseñada para proteger el nuevo orden neoliberal a través de reglas contramayoritarias para limitar la intervención del estado en la economía” así como eximir a los representantes políticos de “responsabilidad ante las demandas sociales.” Pág. 11. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU expresó su preocupación por “el acceso limitado al agua potable y a los servicios de saneamiento, en particular en las zonas rurales, y el uso desproporcionado e insostenible del agua por parte de la industria minera” y “por el hecho de que los servicios básicos de salud siguen siendo limitados, en particular para los grupos desfavorecidos y marginados de bajos ingresos” según señala la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas (2019). Se promueve un rol poco moderado del Estado frente al mercado, en el que no se permiten utilizar mecanismos institucionales de acción necesarios ante las injusticias de los más débiles económicamente.

3.4_. Constitución que Exacerba la Desigualdad.

La conclusión número 1 del Informe sobre la Misión a Chile 30 de octubre – 22 de noviembre de 2019 de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas (2019), señala que “[l]as manifestaciones que han tenido lugar en Chile desde mediados de octubre tienen sus raíces en una multiplicidad de causas, incluyendo la desigualdad social y económica”. En efecto, la desigualdad que promueve el diseño constitucional de 1980 constituye una de las grandes causas del estallido social.

Cardoso considera que es posible que “el nivel de desigualdad económica favorecido por el arreglo constitucional chileno y las formas de exclusión política de allí derivadas hayan desencadenado el estallido social en Chile”, el cual inclusive “está corroborado por la evidencia disponible”. La concentración de la riqueza y poder político en un pequeño grupo contrastado con la precariedad de grupos vulnerables y la clase media baja, señala Hilbink (2021) “ha llevado a una amplia percepción de que el sistema está hecho a la medida de los pocos privilegiados, que están fuera de contacto e insensibles a la realidad de las mayorías”. En efecto, Vergara señala que el diseño constitucional promueve “un sistema político corrupto, en el que las leyes y políticas públicas benefician



desproporcionalmente a la oligarquía -a los pocos poderosos que controlan el poder político- en desmedro del bienestar de la mayoría.” Pág. 11.

Se señala que la desigualdad no ha disminuido, sino que ha aumentado reflejándose en que “el 2% más rico de Chile tiene un ingreso igual de alto que el 2% más rico de Alemania y en 2016 el 1% más rico de Chile capturaba el 33% de los ingresos nacionales” (Matus: 2019, Pág. 63). Para CEPAL (2019) Chile es el país donde la percepción de la desigualdad más ha aumentado (88% a 95% de los encuestados entre 1997 y 2015) lo cual es alegado como uno de los fenómenos que originó el Estallido social en Chile. Históricamente la desigualdad la influido en procesos de convulsión en el mundo, y la percepción de incapacidad del sistema a superar este problema puede conllevar a la sensación de desaprobación contra las instituciones y se une a otros elementos estructurales como la corrupción.

Asimismo, otro factor relevante es que en promedio las mujeres ganan menos que los hombres y que las estadísticas muestran una clara feminización de la pobreza, su mayor integración al mercado laboral es otro indicador bastante cuestionable de la forma en que se estaba llevando a cabo el desempeño del gobierno (Polomer: 2019, Pág. 53). La desigualdad extrema y la falta de derechos de toda índole han hecho movilizarse a la población (Peñaloza: 2019, Pág. 70).

Esta posible causa del estallido social, precisamente se refuerza y relaciona con la ausencia de un diseño constitucional que haga posible la implementación de los derechos sociales como garantías de la dignidad de los más débiles económica y socialmente.

4_. El Mandato de los Derechos Sociales en la Nueva Constitución.

El estallido social ha terminado influyendo absolutamente sobre la situación de las instituciones que componen el Estado constitucional chileno. Las demandas sociales han resaltado problemas a los que debe enfrentarse el derecho constitucional. Precisamente, el contenido de la nueva Constitución que resulte del proceso constituyente debe referirse a los derechos sociales. La incorporación de los derechos sociales es un mandato de la sociedad como titular de la soberanía para con el poder constituyente que es su instrumento.



En esa relación entre soberanía y poder constituyente la indica Colón-Ríos “*poder constituyente es un elemento de la soberanía, pero no es la soberanía*. La soberanía siempre le pertenece al soberano (al pueblo soberano), pero como el pueblo no puede reunirse y ejercerla, lo hace a través de determinadas instituciones” (2021: Pág. 81). La institución de la soberanía para plasmar en derecho la idea que considere razonable, es el poder constituyente.

El poder constituyente a su vez puede expresarse en múltiples maneras⁶ como una Convención o Asamblea Constituyente, sin embargo, cualquiera que sea el modo que adopte no debe entenderse como un poder soberano, sino sujeto a límites. Inclusive a límites sustantivos como “un mandato imperativo del pueblo requiriendo la creación de determinado tipo de derecho constitucional” (Colón-Ríos: 2021, Pág. 96). Precisamente, pensamos que la incorporación de los derechos sociales en la nueva Constitución puede interpretarse como un mandato del pueblo soberano para el poder constituyente de cara a la nueva Constitución.

Esa idea del mandato imperativo que refiere Colón-Ríos puede observarse en el NCL en los casos de Colombia y Venezuela. En 1990 en Colombia a propósito de la séptima papeleta y la convocatoria de Asamblea Constituyente mediante Decreto N° 927 del 3 de mayo de 1990 se señaló: “Para fortalecer la democracia participativa, ¿vota por la convocatoria de una Asamblea Constitucional con representación de las fuerzas sociales, políticas y regionales de la nación, integrada democrática y popularmente para reformar la Constitución Política de Colombia?”. Aunque democracia participativa es un concepto muy amplio, esto puede constituir un mandato imperativo explícito para una Asamblea Constituyente que crea una Constitución cuyo contenido deba reflejar mecanismos de participación democrática de los ciudadanos.

En este caso, la posterior Constitución de 1991 se puede considerar que cumplió con ese mandato según señala el estudio realizado por Marcedo (2011, Págs. 148-157). Se señala en el artículo 1 que Colombia tiene un “Estado Social de Derecho” y en el artículo 2 que uno de los fines del Estado es “facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación”. También tiene reconocimiento

⁶ Ver Arato, A. (2017) “Democratic legitimacy and forms of constitutional change”. *Constellations*.

como derecho constitucional según el artículo 40 que refiere “Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político” y de aplicación inmediata y amparable mediante acción de tutela de acuerdo con los artículos 85 y 86 respectivamente.

El caso de Venezuela también es de interés pues en la convocatoria para la realización de una Asamblea Constituyente se refleja un mandato explícito. La primera pregunta del referendo del 25 de abril de 1999 señala lo siguiente: ¿Convoca usted una Asamblea Nacional Constituyente con el propósito de transformar el Estado y crear un nuevo ordenamiento jurídico que permita el funcionamiento efectivo de una democracia social y participativa? Esta pregunta que al final fue afirmada por los ciudadanos, implica un mandato expreso para con la Asamblea Constituyente de agregarle un derecho constitucional determinado a la nueva Constitución, en esencia, sobre “una democracia social y participativa”. La Constitución de 1999 en ese aspecto se correspondió con ese mandato, pues en su artículo 2 establece un “Estado democrático y social de Derecho y de Justicia” y constituye un gobierno “democrático, participativo, electivo, descentralizado, alternativo, responsable, pluralista y de mandatos revocables” de acuerdo con el artículo 6. Reconoce el “derecho de participar libremente en los asuntos públicos, directamente o por medio de sus representantes elegido” según en artículo 62, que dan cabida a una democracia participativa. Asimismo, conforme con el componente “social” también desarrolla amplios derechos sociales como se denota en los artículos 80, 82, 83, 86, 88, 92, 95 y 96 referidos a seguridad social, salud, vivienda, igualdad entre hombres y mujeres para el derecho al trabajo, prestaciones sociales, sindicalización, negociación colectiva, entre otros.

En el caso de Chile, pudiera considerarse que también existe un mandato del soberano para con el poder constituyente respecto de los derechos sociales. Tal interpretación parte de los siguientes hechos: el 25 de octubre de 2020 se realizó el plebiscito de entrada al proceso constituyente, en una jornada histórica marcada por la concurrencia electoral de 50,9% de participación, pese a la crisis sanitaria impuesta por la pandemia COVID-19. La pregunta fue: ¿Quiere usted una Nueva Constitución? La opción "apruebo" a una nueva Constitución obtuvo el 78,27% de las preferencias, mientras que la opción "convención





constitucional”⁷, como órgano encargado de redactarla, fue la vencedora con el 78,99% de los votos.

En un estudio posterior al plebiscito realizado por CADEM (2020), se determinó que la principal razón por la que se votó el apruebo del plebiscito fue la de garantizar derechos sociales como pensiones, educación y salud. Inclusive, esa razón fue superior que otras importantes como la de terminar con la Constitución de Pinochet que es de origen no democrático. Asimismo, las primeras líneas del documento denominado como “Acuerdo Por la Paz Social y la Nueva Constitución” de 15 de noviembre de 2019, indica que ante la grave crisis política y social y “atendiendo la movilización de la ciudadanía” los grupos de poder acuerdan “una salida institucional cuyo objetivo es buscar la paz y la *justicia social* a través de un procedimiento inobjetablemente democrático” (cursiva añadida). Justicia social claramente es una idea que se relaciona con los derechos sociales.

En ese orden, por ejemplo Dixon y Verdugo (2021) interpretan que “hoy en día una gran mayoría de los chilenos conecta la demanda por una nueva Constitución con la necesidad de fortalecer derechos sociales” y que “parecen estar demandando la protección constitucional explícita de derechos sociales.” Págs. 37-42. Otros interpretan también que el momento constituyente en Chile es una invitación a “pensar en la conveniencia de aplicar un constitucionalismo transformador, que amplíe el concepto de ciudadanía y avance en derechos sociales” (Bofill: 2021, Pág. 135).

Chile tiene la oportunidad de adoptar una Constitución generosa en derechos como las del nuevo constitucionalismo latinoamericano. Pero destáquese que tiene la oportunidad de mejorar y corregir las fallas del nuevo constitucionalismo latinoamericano en materia de derechos sociales, inclusive con la posibilidad hacer algo único que le permita destacarse por la imaginación constitucional, en eso puede ser discrecional. Ahora bien, la incorporación de los derechos sociales es un mandato imperativo en el proceso constituyente y la futura Constitución, que se encuentra respaldado por la movilización de los ciudadanos.

⁷ Los lineamientos de la convención constitucional se establecieron primero en el Acuerdo por la Paz y la Nueva Constitución, celebrado el 15 de noviembre de 2019. Este Acuerdo se vio plasmado en una reforma constitucional al capítulo XV de la Constitución (artículo 127 al 143), aprobada en el Congreso en diciembre 2019.



CONCLUSIONES

Al igual que los casos de Colombia, Venezuela, Ecuador y Bolivia, el proceso constituyente en curso en Chile se originó ante un escenario de crisis. Eso es un rasgo común de los procesos constituyentes del NCL. Entre las causas que producen dicho escenario, se encuentra en primer lugar, una Constitución cuyo origen no es democrático y no se borra ese rasgo de identidad constitucional pese a las múltiples reformas que han tratado de transitar hacia una Constitución de contenido democrático. En segundo lugar, se trata de una Constitución conservadora que dice poco sobre los DESCAs, especialmente los derechos de índole social que han movilizado a una gran mayoría de la población para su reconocimiento constitucional. En tercer lugar, es una Constitución que no corrige las fallas del libre mercado y exagera la desigualdad, las cuales están claramente vinculadas al problema de los derechos sociales.

El reconocimiento constitucional de los derechos sociales es un mandato de los ciudadanos para la convención constitucional que es la forma de ejercer el poder constituyente en este caso. El contenido de la futura Constitución debe incorporar los derechos sociales y reformas en el aspecto económico, tratando de ser más moderada en la relación entre Estado y mercado. De lo contrario, si la Constitución no se corresponde con las demandas que ocasionaron el estallido social, no se habrá prestado atención a las exigencias de los ciudadanos.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Ackerman, B. (2015) *“We the people I, Fundamentos de la Historia Constitucional Estadounidense.”* Ecuador: Instituto de Altos Estudios Nacionales.

Acuerdo Por la Paz Social y la Nueva Constitución. Disponible en: https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=documentos/10221.1/76280/1/Acuerdo_por_la_Paz.pdf

Álvarez, T. (1999) *“La constituyente. Todo lo que usted necesita saber.”* El Nacional, Caracas D.F., Venezuela.



Andara, L. (2015) Democracia Participativa en la Constitución Bolivariana, En “*Cadernos de Pós-Graduação em Direito, Comissão de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da USP, São Paulo, N° 33.*” Sao Paulo, Brazil.

Arato, A. (2017) “Democratic legitimacy and forms of constitutional change”. *Constellations*, 24.

Atria, F. (2013) “*La Constitución Tramposa.*” LOM ediciones. Chile.

Barrios-Suvelza, F. (2018) El Control Contramayoritario como Marco de Análisis de la Influencia del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano sobre la Democracia, En “*Revista Española de Ciencia Política, N° 47.*”

Belloso, N. (2015) El neoconstitucionalismo y el ‘nuevo’ constitucionalismo latinoamericano: ¿Dos corrientes llamadas a entenderse?, En “*Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho, N° 32.*”

Bernal, C. (2016) “Prefacio. Cambio constitucional informal: una introducción crítica.” *Cambio Constitucional Informal*, Albert, R. y Bernal C. editores. Traducción de Camarena, R. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, Colombia.

Bofill, E. (2021) El estallido social como poder constituyente en búsqueda de dignidad material, En “*Procesos constituyentes latinoamericanos Vol. 12 N° Especial.*”

Brewer-Carías, A. (1992) “*Reflexiones sobre la Revolución Americana (1776) y la Revolución Francesa (1789) y sus Aportes al Constitucionalismo Moderno.*” Editorial Jurídica Venezolana. Caracas D.F., Venezuela.

Brewer-Carías, A. (2001) “*Golpe de Estado y Proceso Constituyente.*” Universidad Nacional Autónoma de México. México D.F., México.

CADEM. (2020) “*Estudio Monitoreo Post Plebiscito 2020.*” Disponible en: <http://docplayer.es/199664229-Estudio-monitoreo-post-plebiscito-octubre-2020.html>

Cardoso, J. (2020) Cambios Socio-Económicos y Legitimación Constitucional: Camino Hacia una Nueva Constitución en Chile. En “*Derecho y Crítica Social* 6 (1).”

Colón-Ríos, J. (2021) El Poder de una Asamblea Constituyente: Reflexiones Acerca de la Constitución de 1991 y su Artículo 376, En “*Revista Derecho del Estado, N° 50.*”

Comparative Constitution Project. (2016). “*Rankings.*” Disponible en: <http://comparativeconstitutionsproject.org/ccp-rankings/>



Corte Suprema de Justicia. Sentencia N° 59 del 24 de mayo 1990. Gaceta Especial.

De Sousa, B. (2010) *“Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una Epistemología del Sur.”* Instituto Internacional de Derecho y Sociedad. Lima, Perú.

Dixon, R. y Verdugo, S. (2021) Los Derechos Sociales y la Reforma Constitucional en Chile: Hacia una Implementación Híbrida, Legislativa y Judicial, En *“Estudios Públicos, 162.”*

Elkins, Z., Ginsburg, T. y Melton, J. (2013) The Content of Authoritarian Constitutions. En “Ginsburg, T. y Simpser A. (eds.), *Constitutions in Authoritarian Regimes.*” New York: Cambridge University Press.

Ferguson, N. y Lansberg-Rodríguez, D. (2017) “Constituciones Desechables.” Fundación para el Progreso. Disponible en: <https://fppchile.org/wp-content/uploads/2017/11/Constituciones-desechables-niall-ferguson-2017-fpp-fundacion-para-el-progreso.pdf>

Gargarella, R. (2020) “Diez Puntos Sobre el Cambio Constitucional en Chile”. NUSO N° 285. Disponible: <https://nuso.org/articulo/diez-puntos-sobre-el-cambio-constitucional-en-chile/>

Gargarella, R. y Courtis, C. (2009) El Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano: Promesas e Interrogantes, En “CEPAL, políticas sociales, series 153, Chile.”

Ginsburg, T. (2014) “¿Fruto de la parra envenenada? Algunas observaciones comparadas sobre la Constitución chilena, En *“Estudios Públicos, N° 133.”*

Gomez, G. (2016) Nuevo constitucionalismo latinoamericano: el Estado moderno en contextos pluralistas, En *“Panor, Braz, Law - Year 4 – Numbers 5 and 6, Brasil.”*

Herrera, L. y Matheus, L. (2019) Experiencias constituyentes en América Latina: los casos de Colombia y Venezuela, En *“Serie Informe Sociedad y Política, N° 172.”*

Hilbink, L. (2020) “¡Nueva Constitución o Nada! Promesas y Trampas del Momento Constitucional Chileno, En *“Derecho y Crítica Social 6 (1).”*

Macedo, M. (2011) La Participación Ciudadana en la Constitución del 91, En *“Pensamiento Jurídico, N° 30. Bogotá, Colombia.”*

Martínez, R. (2018) ¿Han Funcionado las Constituciones del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano?, En *“Cultura Latinoamericana, N° 28 (2).”*

Matus, M. (2019) “Desigualdad: la Grieta que Fractura la Sociedad Chilena”. *Chile Despertó. Lecturas Desde la Historia del Estallido Social de Octubre.* Santiago: Universidad de Chile.



Negretto, G. (2015) Procesos Constituyentes y Refundación Democrática. El Caso de Chile en Perspectiva Comparada, En *“Revista de Ciencia Política, Vol. 35, N° 1, Santiago.”*

Negri, A. (2015) *“El Poder Constituyente, Ensayo Sobre las Alternativas a la Modernidad.”* Traficantes de sueños, Madrid.

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas (2019) *“Informe sobre la Misión a Chile 30 de octubre – 22 de noviembre de 2019.”* Disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/Countries/CL/Report_Chile_2019_SP.pdf

Peña, J. y Lillo, E. (2009) *“Procesos constituyentes en el mundo andino. Bolivia y Ecuador en perspectiva comparada”*. OSAL, CLACSO Año X, N° 25, abril. Buenos Aires.

Peñaloza, C. (2019) *“Derechos humanos: el pasado que no pasa”*. Chile despertó. Lecturas desde la historia del estallido social de octubre. Santiago: Universidad de Chile.

Polomer, A. (2019) *“La clase media que no era: ira social y pobreza en Chile.”* Chile despertó. Lecturas desde la historia del estallido social de octubre. Santiago: Universidad de Chile.

Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. (2015) *“Mecanismos de cambio constitucional en el mundo. Análisis desde la experiencia comparada.”* Naciones Unidas, Chile.

Ramírez, G. (2005) *“Límites de la reforma constitucional en Colombia. El concepto de Constitución como fundamento de la restricción.”* Universidad Externado de Colombia, Colombia.

Salazar, G. (2019) El ‘reventón social’ en Chile, En *“Nueva sociedad.”* Disponible en: <https://nuso.org/articulo/protestas-Chile-estudiantes-neoliberalismo/>

Uprimny, R. (2011) *“Las Transformaciones Constitucionales Recientes en América Latina: Tendencias y Desafíos”*. *El Derecho en América Latina, Siglo Veintiuno Editores.* Buenos Aires, Argentina.

Vergara, C. (2021) *“República Plebeya. Guía práctica para construir poder popular.”* Editor autor, Chile.

Viciano, R. y Martínez R. (2013) La Constitución democrática, entre el neoconstitucionalismo y el nuevo constitucionalismo, En *“El Otro Derecho, N° 48.”* Bogotá, Colombia.

**Participación Ciudadana y Sociedad Civil:
Enclave Jurídico de la Autonomía del Estado.
The State and Citizen Participation:
Affinity for wellness or everything remains the same**

Jim Douglas Morantes Monzón¹
<https://doi.org/10.53766/ESDER/2021.01.06.05>



Fecha de Recepción: 30 de Septiembre de 2021 **Fecha de Aprobación:** 05 de Noviembre de 2021

Resumen

El dilema entre la primacía o sumisión, autonomía o dependencia, libertad o esclavitud, moralidad o capital, normativa o libertinaje, toma vigencia y predomina la contraposición del deber ser y el ser; regido por el Derecho, en ese caso el Estado, es autónomo por naturaleza o depende de vertientes para garantizar la institucionalidad e imparcialidad. Es prudente valorar, si la participación ciudadana lo impulsa o por naturaleza, función y razón de ser, el Estado, es justo e imparcial; acaso su acción aplicada a la sociedad civil, es por intermedio de la sociedad política. El presente análisis, es descriptivo, de diseño documental crítico, interconecta la visión occidental con alguna referencia religiosa y la estructura griega con dogmas jurídicos, base del ejercicio y disfrute ciudadano, su ejercicio evita el colapso del raciocinio lineal conocido como bueno, ecuaníme e idóneo, al frenar el neo populismo y el dominio del capital en la esfera institucional.

Palabras Clave: Derecho, Estado, Participación Ciudadana, Democracia e Institucionalidad.

Abstract

The dilemma between primacy or submission, autonomy or dependence, freedom or slavery, morality or capital, normative or debauchery, takes effect and the opposition of ought to be and to be predominates; governed by law, in that case the state, is autonomous by nature or depends on aspects to guarantee institutionalism and impartiality. It is prudent to assess whether citizen participation encourages it or by nature, function and reason for being, the State is fair and impartial; perhaps its action applied to civil society is through political society. The present analysis is descriptive, with a critical documentary design, it interconnects the Western vision with some religious reference and the Greek structure with legal dogmas, the basis of exercise and citizen enjoyment, its exercise avoids the collapse of the linear reasoning known as good, fair and suitable, by stopping neo-populism and the domination of capital in the institutional sphere.

Key Words: Law, State, Citizen Participation, Democracy and Institutionalality.

¹ Abogado (ULA). Politólogo (ULA). Licenciado en Comunicación Social (UNICA). Especialista en Derecho Procesal Civil (Universidad Santa María). Especialista en Derecho Mercantil (ULA). Magíster en Ciencias Políticas (ULA). Representante de los Egresados en el Consejo Universitario de la Universidad de Los Andes. **Correo Electrónico:** jimmorantes@hotmail.com. **Orcid:** 0000-0003-3919-5709.

INTRODUCCIÓN



Comprender la dinámica de vida social conlleva a indagar, sobre el funcionamiento de la estructura estatal, dominada por el derecho como eje motor que impulsa toda acción en pro de la consecución institucional, y por supuesto, desde esa sinergia, se debe percibir los diversos grados de interacción ciudadana con reciprocidad actoral, supeditados al rango de acción histórico, delimitado hasta ahora por el territorio, la soberanía y la normativa imperante, lo cual permite dar anclaje al Estado tradicional; punto de partida en la construcción del orden republicano.

La democracia, es la forma organizativa, prevista, aceptada y catalogada como vinculante por la generalidad, se ha convertido en tendencia de la vida justa, buena, adecuada, respetada y saludable, lógicamente la separación y autonomía de los poderes, permiten desempeñar la actividad habitual con equidad, transparencia y sin discriminación, acorde al engranaje administrativo funcional, con fundamento colectivo, representado por directrices políticas y sociales bien delimitadas, en algunos casos, se consideran visionarias y en otros son vistas como retrogradadas, de acuerdo a la dimensión sobre la que se desea actuar.

Caracterizada en principio de la autonomía requerida para combatir el absolutismo, mediante el fuero de la institucionalidad, blindado en la soberanía del independiente accionar que brinda la clásica y clara separación de los poderes legal y legítimamente constituidos, la carta magna venezolana los divide en Ejecutivo, Legislativo, Judicial, Electoral y Ciudadano o Consejo Moral Republicano (Art. 273 - Fiscalía, Contraloría y Defensoría).

Delimitación que la distingue de otros sistemas políticos, además su esencia, tiene la responsabilidad de buscar respuestas en pro de la humanidad y el norte democrático, procura mediante sus diversos dispositivos legales, aplicar políticas públicas pertinentes, coherentes y eficientes para que los desposeídos, tengan diversas oportunidades, a objeto de aumentar el nivel y la calidad de vida; con respecto a los demás miembros o participantes, llámense clases o actores sociales, el progreso debe ser acorde al esfuerzo realizado por los detentadores de esa fuerza laboral, productiva, artesanal, tecnocrática, militar, religiosa,

artística e intelectual, entre otras tantas, insertas en el sector público, privado o mixto.

Esta investigación, no pretende ser inducida a la repetición de patrones conceptuales lineales que por su naturaleza se manejan con rigurosidad, ni ceñida a enfoques históricos ortodoxos a modo de narración asociada, incluye posibles hilos conductuales para dar una direccionalidad muy sucinta sobre la influencia de las figuras objeto de estudio en algunas latitudes, caso específico, el de la República Bolivariana de Venezuela, cuyo efecto particular, genera deformación de la conceptualización democrática originaria y por ende, trae consigo la bifurcación de información.

La vulnerabilidad institucional en la patria de Bolívar, establece la metamorfosis consumativa de hecho y más grave aún, se asegura en basamentos incipientes de derecho que a pesar de contradecir el Acuerdo Social de obligatorio cumplimiento, mantiene vigente la aberración procesal, al ser convalidada consecutivamente por las actuaciones de los “representantes” institucionales.

Parece absurdo y contradictorio el hecho que en pleno siglo XXI, después de la lucha milenaria por las reivindicaciones sociales, aún hay lugar para la eliminación progresiva de la sana participación ciudadana, sustentada en la desorientación sistemática de la población, mediante la deformación histórica ancestral, la incorporación de elementos supersticiosos y la entrega de dinero a cambio de no hacer nada, sólo por tener X o Y condición, contemplada en las misiones gubernamentales o mero subsidios discrecionales.

DESARROLLO

1_. El Surgimiento y la Adaptación de la Civilización.

1.1_. Razón de Ser y la Guía Jurídica.

Lo extenso del tema, permite delimitarlo muy sucintamente, por tanto partir de la concepción religiosa originaria de textos sacros pertenecientes a varias culturas ancestrales como “Las escrituras Zoroastristas”, a las Epopeyas de “Gilgamesh”, “Mahabharata y el Ramayana”, al “Libro de los muertos”





egipcio, o tal vez “Al Taoísmo” evita entrar en conflictos con relación al fundamento y razón de ser, sin embargo, la coincidencia, se concreta a elementos plasmados y recogidos por los Libros Sagrados del Judaísmo y Cristianismo, sin indagar en la extensa profundidad teológica.

Algunos autores, afirman que los mencionados escritos, tienen alrededor de 9000 o más años de antigüedad, mientras otros tan solo alcanzan a los 300 años antes de Cristo; lo cierto del caso, es que se tomara como antecedente manuscrito inmediato al principio humano, lo plasmado en la Sagrada Biblia, específicamente en el primer libro del Viejo Testamento, denominado “Génesis” cuya traducción griega, es el “origen”.

Al principio de los tiempos después de la creación, se establecieron las bases para el funcionamiento, la formación de los Patriarcas y la dispersión poblacional, Génesis 11-9 afirma: “Por esto fue llamado el nombre de ella Badel, porque allí confundió Jehová el lenguaje de toda la tierra, y desde allí los esparció sobre la faz de toda la tierra”, así se originaron las diversas civilizaciones, fundamento, ratificado en Jeremías 27 (4 al 7):

4. Y les mandarás que digan a sus señores: Así ha dicho Jehová de los ejércitos, Dios de Israel; Así habéis de decir a vuestros señores:
5. Yo hice la tierra, con mi gran poder y con mi brazo extendido, y la di a quien yo quise.
6. Y ahora yo he puesto todas estas tierras en mano de Nabucodonosor rey de Babilonia, mi siervo, y aun las bestias del campo le he dado para que le sirvan.
7. Todas las naciones le servirán a él, a su hijo y al hijo de su hijo, hasta que venga también el tiempo de su misma tierra, y la reduzcan a servidumbre muchas naciones y grandes reyes.

Posteriormente, se transformarían en Estados, en su seno los habitantes fueron doblegados por la clase dominante. A partir del siglo XIX, los ciudadanos tuvieron la posibilidad de elegir a sus autoridades e interactuar en pro de reivindicaciones sociales, sometidos a la solemnidad de la ley, Francesco Carnelutti en su obra *Cómo Nace el Derecho* (1997), señala:

Hemos visto que la transformación de la guerra en delito y la conversión de la propiedad y el contrato en institutos de derecho,



depende, lógicamente, de un mandato, y el mandato supone un jefe que lo pronuncia. Pero este es un esquema demasiado vago para quien quiera comprender, así sea en forma rudimentaria y sumaria, cómo nace el derecho. Hemos visto también que el mandato se forma con el precepto y con la sanción; pero queda por saber cuándo y cómo se forma. El mandato debe obrar en el momento en que dos hombres, en vez de ir de acuerdo, de respetar el dominio ajeno, de observar el contrato, están a punto de hacerse la guerra: entonces es necesario que sientan que se les prescribe una conducta y les amenaza la sanción. Pero es claro que si debe obrar en ese momento, el mandato debe estar formado antes de ese momento; de lo contrario, llegaría demasiado tarde. Pág. 49.

Desde el comienzo, la sociedad ha estado sujeta a múltiples discrepancias entre el Bien y el Mal, lo Divino y lo Profano, lo Adecuado y lo Oculto, el Deber Ser y el Ser, se han presentado inconformidades estructurales de acuerdo al sistema imperante en la dualidad tiempo-espacio, arraigadas profunda, subjetiva y materialmente, en enfoques personalísimos que buscan satisfacer a toda costa el ego (o deificación) de la “razón”, mediante la difusión, ejecución consumativa y superioridad del criterio oficial, gobernado por el derecho por ser la manifestación que ordena el trama humano, al respecto Mauricio Rodríguez (2006), en su obra *Comprendiendo el Derecho*, indica:

El derecho, de esta forma, es un instrumento o mecanismo, creado por el ser humano- en cuanto tiene el poder político-, para ordenar de alguna manera la vida de relación entre los sujetos que viven en una comunidad determinada y en un territorio determinado con unos fines determinados. Este mecanismo que llamamos Derecho puede ser justo o injusto, puede ser un instrumento de dominación o puede ser un instrumento de cooperación, puede generar bienestar o puede contribuir a los mayores estragos, pero no es más que un instrumento, en última instancia. Pág. 31.

Según los detentadores del poder, las consecuencias familiares, políticas, sociales, económicas, religiosas, militares, geográficas, ambientales, etnográficas, científicas y tecnológicas, no son sólo idóneas sino válidas e irrestrictas, por aquello de la supremacía, inserta en la intencionalidad de cumplir, el fin planteado a título individual, transformándolo en anhelo colectivo, sostenido



principalmente en razones religiosas desde la creación para dar paso a las reivindicaciones sociológicas y últimamente, el fuero institucional, se somete al peso del capital.

A pesar de los innumerables esfuerzos históricos por hacer prevalecer el ordenamiento jurídico igualitario, como punto de partida en la humanización del derecho, destaca el criterio de Leonardo Maravi y Arnaldo González (1971), plasmado en el Primer Congreso Continental de Derecho Cooperativo, específicamente en la ponencia: las Cooperativas y las fuentes de financiación, aspectos jurídicos:

Todo movimiento cooperativo como comunidad cooperativa, trata de solucionar los problemas de sus asociados hasta el límite donde alcanzan sus fuerzas económicas y financieras, pero de la práctica se comprueba que la comunidad cooperativa como ente individual, tiene un horizonte limitado y fuera de ello no le es posible dar solución inmediata a las necesidades cada vez mayores de sus socios cooperarios, por ello es necesario ir a la integración de estas unidades cooperativas y conformar la uniones, los círculos, las centrales y las federaciones. Es decir, buscar primero la integración local, con las uniones y círculos con el fin de buscar en conjunto la solución de los problemas comunes. Pág. 21.

En pocas palabras, la consciencia manifiesta de dirigir el mundo, se ha basado en la imposición del criterio, si este, no es asumido voluntaria y pacíficamente por la mayoría, se procede a la segunda etapa más dolorosa, referida a la conquista mediante la guerra simétrica o asimétrica, opresión para los que piensan de manera distinta y en la postmodernidad, se preconice la realidad a objeto de disuadir a la colectividad.

Al respecto José Francisco Rivera y María Luisa Cárdenas Rodolfo (2009), en el artículo “Estado, Globalización y Educación” delimitan:

La nueva cuestión social en el nuevo Estado: Hasta mediados del siglo XX, la globalización operó en un mercado que era más internacional que planetario, y al que la ley del valor dio un contenido nacional, dentro de las contradicciones impuestas en la competencia internacional por el embrión de una ley del valor capitalista mundial. En este estadio, las clases sociales eran esencialmente clases

nacionales, definidas por las relaciones sociales establecidas dentro de los límites del Estado. Existía, por tanto, una conjunción entre la lucha de clases y el juego político, que era regulado precisamente en el marco de los Estados. (Amin, 1999). Pág. 175.



Razonamiento lineal que se alteró en su totalidad, motivado a la unificación estructural de la cultura global y al fuerte valor del capital como premisa indispensable para avanzar de allí que la forma de concebir, pensar y ejercer el derecho cambia significativa y drásticamente de acuerdo a ese panorama sesgado derivado de la manipulación colectiva con desenlace negativo, es decir, escenario producido por la preprogramación que afecta el desenvolvimiento de la humanidad.

Por ende quien decidió escribir la historia e imponer su cosmovisión por cualquier vía, orienta, construye, practica, concluye y vincula, sin ser “errante”, desde el poder, regulado por el derecho y ejercido con determinación, gracias al medio escogido.

1.2_. El Estado y su Funcionamiento.

Platón, influenciado por su maestro Sócrates, estableció en el tratado de “*La República*”, un conjunto de consideraciones éticas, morales, sociológicas y políticas para que la democracia se nutra, perfeccione, depure, consolide y prevalezca, por ende debe ser vista con otro sentido y razón de ser, al tomar en consideración el contexto epocal.

Las decisiones tomadas en Atenas, dependían del criterio establecido en la Asamblea, pocos eran escogidos por ser eruditos, hombres selectos, poderosos e insignes ciudadanos, sólo la élite pertenecía a ese órgano y no todos los habitantes contaban, pretendían, detentaban, actuaban ni accedían a la ciudadanía.

Los derechos de las mujeres, extranjeros y esclavos, eran distintos, es decir, poco relevantes, no deliberantes, insignificantes, accesorios e irrelevantes, los últimos, se circunscribían al sentido utilitarista en la satisfacción de necesidades por ser meros ejecutores de labores encomendadas, se encontraban a nivel de la fauna exótica, pues en ocasiones, tenían mayor valor sentimental, social, cultural, familiar y económico las bestias que los esclavos.



Es conveniente, retomar la utilidad de los preceptos enunciados por Platón, algunos continúan vigentes, en especial cuando se resalta la gran importancia de la Justicia a modo de paradigma, en el Libro Tercero de La República, el autor señala:

Mientras, que el juez, que tiene que gobernar por la suya el alma de otro, no hace falta que haya tratado desde muy pronto a hombres corrompidos y perversos, ni que él mismo haya cometido todo género de crímenes, para que pueda conocer al primer golpe de vista la injusticia de los demás por la suya propia, como el médico juzgaría por sus enfermedades las ajenas. Preciso es, por el contrario, que su alma permanezca pura, exenta de vicio, para que su bondad le haga distinguir con más seguridad lo que es justo. Pág. 140.

Al tener claridad en la premisa de la Justicia como fin esencial de la existencia, sobresale el elemento superior del proceder, se reafirma el paradigma único del Deber y se nutre la razón que vincula el Ser; compatible con ambos preceptos en continuo dilema, en cuanto a la concreción y el adecuado acoplamiento, para no irrumpir en la utopía, ni en el conformismo, por tanto, debe constituirse en la guía existencial de los demás axiomas, necesarios para la convivencia ciudadana, mediante la inclusión, modificación, exploración, apertura, desarrollo y clausura de elementos, gracias al predominio de la equidad y cuando la colectividad se sienta agraviada, confiará ciegamente en la administración normativa y procedimental de cada país.

Al existir alta credibilidad institucional, es viable someterse de forma voluntaria y a la brevedad posible con los ojos cerrados y los brazos abiertos a la autoridad por tener absoluta confianza en esa estructura fuerte, invisible y saludable denominada Estado, ahí proviene el quiebre que da inicio a la civilidad contemporánea en pro de la libertad individual y del orden social, por tanto se procede a renunciar al pasado compuesto por la venganza privada de “tomar la justicia por su propia mano”; al respecto Carlos Portillo Almerón (2000) en el *“Manual de Casación Civil”*, afirma:

El momento culminante o fin último de la jurisdicción es la sentencia, ella deviene como consecuencia de la controversia suscitada entre las



parte. En los albores de la civilización el ser humano dirimía sus conflictos empleando la justicia privada, pero con el correr del tiempo, el hombre se va adaptando al grupo social y paulatinamente comienza a surgir un nuevo tipo de justicia, impartida por árbitros. En esta etapa el Estado se comporta como un mero espectador; pero al irse organizando y teniendo entre sus postulados el de lograr la convivencia social, toma para sí, la atribución de resolver conflictos, surgiendo en esta forma la jurisdicción. Para Chiovenda la jurisdicción es la actuación de la voluntad concreta de la ley. Pág. 1 y 2.

La jurisdicción evita hacerle juego a la letal anarquía que tanto daño hace en la reivindicación de la verdad, empleada comúnmente cuando la acción inequívoca u omisión trascendental, es ejecutada con solemnidad por la fuerza emanada en principio del poder judicial, instaurado para tal fin, se desemboca ese mal criterio en ajustamientos de cuentas, corrupción, impunidad e intromisión en los asuntos oficiales por parte de entes privados, llámense personas naturales o jurídicas.

De ahí, que lo fundamental de constituir la legalidad como norte cardinal del sistema judicial de un Estado fuerte e independiente; sin injerencia de ningún tipo, sea esta de orientación político partidista, religiosa o de intromisión empresarial mediante el avance del capital, porque en el mismo momento que se vulnera esa imparcialidad y se mancha del provecho que proviene del interés, se da inicio a la cuenta regresiva del reacomodo que culmina en la falla institucional por vía transicional, electoral o de facto.

En ese mismo orden de ideas Aristóteles, discípulo de Platón en constante formación, se dejó mover por la gran inquietud, enorme devoción, inquebrantable vocación y eminente posición; ese cúmulo intangible le permitió tener la visión de transitar el camino iluminado e ilustrado de establecer su propia escuela filosófica, denominada "El Liceo". Allí previó, estableció, organizó y redireccionó con pasión de modo sistemático la descripción y cosmovisión del mundo, integrantes, perspectivas, incidencias, posibilidades, operaciones, cambios y actores.

Acumuló testimonios verbales, lineamientos mentales y fomentó la reconstrucción de sucesos, registros gráficos, cuestionó los estados materiales,



efectuó proyecciones, desvirtuó escenarios y elaboró documentos con mucho detenimiento, así lo reafirma Báez (2000) en *“Los Fragmentos de Aristóteles”*, al alegar que:

Si no fue el primer bibliófilo, fue uno de los más renombrados. En la época de estudiante en la Academia ya era conocido como “El Lector”. Además de gastar una fortuna en ropa y anillos, compró obras en distintos lugares. A la muerte del filósofo Espeusipo, por ejemplo, obtuvo la biblioteca personal de este, tras el pago de sus tres talentos, que era una cantidad escandalosa. Su colección de libros fue finalmente colocada en la biblioteca del Liceo, un gimnasio donde comenzó a formar estudiantes hacia el año 335 a.C. Pág. 20.

Se piensa, que esos miles de pergaminos e incluso papiros, que tenía en su poder, le facilitó ver, observar, palpar, conocer, entender, interactuar, concatenar, inferir y concluir líneas investigativas de la época, estableció criterios divergentes, de muchos, considerados válidos. y en otras complementó, direccionó, modificó o perfeccionó los ya existentes, entre algunos de sus aportes, se puede afirmar que vislumbró con amplitud a la Sociedad Civil, criterio que instituyó de cierta manera en el libro primero de la Política y en el Capítulo I, cuando define al Estado como:

Una asociación, y toda asociación no se forman sino en vista de algún bien, puesto que los hombres, cualquiera que ellos sean, nunca hacen nada sino en vista de los que les parece ser bueno. Es claro, por tanto, que todas las asociaciones tienden a un bien de cierta especie, y que el más importante de todos los bienes debe ser el objeto de las más importantes de las asociaciones, de aquella que encierra todas las demás, y a la cual se llama precisamente Estado y asociación política. Pág. 21.

Por supuesto, esa agrupación debe ser legitimada con el consenso actoral pasivo y activo, además de servir en la organización de la polis y constituirse en punto de referencia conclusivo por ser el anclaje de las costumbres instituidas y consideradas como auténticamente válidas.

Su función consiste en resguardar el *status quo*, sometido a las desavenencias interminables (de acuerdo al momento histórico), aunque con la constante permanente de la igualdad, inspirada en la eterna lucha entre el Bien y el Mal, teoría reforzada siglos después por Le Bret y Suavet (1964) en la obra “*El Combate del Mundo*”:



Una vez introducido dentro de la acción, el militante quiere triunfar. No comete la tontería de actuar por actuar, o para consolarse de los fracasos, de los cuales es, en suma, responsable, por una mística de fácil abandono, epilogando una preparación insuficiente. No es tan inocente como para suponer que está ya en el mundo con que sueña, para comportarse como si todos los hombres estuviesen deseosos del bien, como si bastara exponer una doctrina para que todo el mundo se adhiera a ella y como para declarar que la revolución está ya en marcha para que se efectúe acto seguido. Pág. 44.

Desde ese entonces, se tenía meridianamente clara la función estatal en el ámbito de acción hegemónico con espectro geográfico, en el entendido que dentro de ese escenario funcionan e interconectan múltiples participaciones que en lugar de ser aisladas u opuestas, se corresponden, asisten, retroalimentan y vinculan entre sí, todas actúan apegadas a derecho por pertenecer al territorio soberano, plenamente determinado con personalidad jurídica propia, independiente y autónoma, es decir, su estructura organizativa, asume no sólo la tarea sino la responsabilidad de garantizar el eficiente movimiento que se suscita constante y recurrentemente en los diversos poderes autónomos, legal y legítimamente constituidos.

La administración pública tiene la competencia y la obligación de resolver a la brevedad, asuntos solicitados por los administrados, interesados, afectados, terceros e inclusive por el mismo funcionariado, incluye cuestiones de su interés, de mero trámite o casos especiales, canalizados por medio de la solicitud de oficio como ente rector, sus límites, regulación, excepciones y capacidades, están claramente delimitados en la jurisdicción territorial de cada Estado. Ramos Alfredo (1999) en la obra “*Comprender el Estado*”, afirma:



En efecto, el estudio del Estado comprende, primero, un esfuerzo de conceptualización politológica, básica para el análisis de sus formas concretas históricas, y segundo, la validación empírica de la misma con los datos que aporta la realidad específica de una u otra sociedad. Esto último podría hacerse sin lo primero y tanto el teoricismo como el empirismo deben ser descartados de la investigación científica de Estado. En tal sentido, la tarea inicial de un estudio politológico del Estado latinoamericano consiste fundamentalmente en la elaboración de conceptos y categorías de análisis que nos conduzcan hacia la explicación del fenómeno en su realidad histórica específica. Pág. 167.

En este particular, la realidad, se circunscribe a múltiples vertientes con resultados diferentes, entonces se plantea, cierto grado de dificultad de acuerdo a la mayor o menor interacción, incidencia e intromisión de la religión, el género, la política, el capital, la vinculación, el ideal o tal vez de la frecuencia existencial. Por tanto, la construcción de esa gran estructura, se debe a la inserción espiritual del ser humano, quien participa acorde a las potencialidades o dones terrenales, para lograr trascender más allá de la subsistencia física, es decir, a lo largo del tiempo, ha habido presencia activa de la sociedad civil y política, encargadas de velar por el idóneo funcionamiento de su entorno de acuerdo al contexto donde se encuentre inserto, legal, legítima y reconocido por sus integrantes como auténtico.

2_. Avance de la Participación Ciudadana.

Antes de desplegar con efectividad dicha figura, se necesitó de la progresiva consumación de etapas, en primer lugar, debió asimilar el significado del término ciudadano, basado en el rol cumplido por este desde finales del siglo XIX hasta nuestros días, en segundo lugar, comprendió su interacción activa o pasiva en escenarios públicos y en la toma de decisiones, y por último, para cerrar el ciclo previo a la postmodernidad, aceptó su determinación humanitaria en la modernidad; por ende ha estado sometida al avance paulatino y al ensayo metódico que genera racionamiento, posicionamiento y cuestionamiento.



Rafael Martínez Puón, en el “Gobierno abierto (*open government*) como medio para la construcción de una nueva relación entre administración y ciudadanía” (2012), afirma:

Es importante aclarar que hablar de ciudadanía no implica únicamente situarnos o imaginar al ciudadano de a pie, sino también se incluye, entre otros, a las empresas, organizaciones, o sectores sociales que se los ha denominado como ciudadanía organizada o sociedad civil.

Desde una perspectiva de Gobierno Abierto, lo deseable es que se pueda contar con una ciudadanía con las siguientes características: *Pasar de la crítica *per se* a implicarse en el rediseño de políticas públicas y en los servicios públicos y como evaluadores permanentes. *A ser participativos y no simples espectadores. *A pasar de ser dependientes de las acciones de los gobiernos y de las administraciones a ser autogestores. *A contribuir a la construcción de una cultura de la prevención y la colaboración. *A generar valor público. Pág. 28 y 29.

Avance obtenido progresiva, consensual y acumulativamente, en principio su influencia derivó de los *Partidos Políticos*, dadas las circunstancias de exclusividad, acaparamiento, segregación y hegemonía protagónica por los integrantes de dichas organizaciones, tal monopolio no cubría todos los escenarios populares y esto generaba debilidades de desasistencia, incumplimiento e inobservancia, esa fisura permitió el surgimiento de éste fenómeno que cambiaría la historia, principalmente en los países subdesarrollados o en vías de desarrollo.

El afectado, desplazado, desatinado y neutralizado en esta ecuación, es el común denominador, marcado, segregado, capacitado y manipulado, en muchos países, aún persiste: la censura y la autocensura, el hostigamiento, la persecución, la abstención participativa, la corrupción, el tráfico de influencias, la impunidad, la apatía y el silencio del soberano, factores fundamentales en la determinación de cualquier Estado.

Inquietud jurídica presente a lo largo de la historia, al respecto Milagro Terán Pimentel en el artículo “*Humanitas, Libertas, Aequitas: Esencia del Debido Proceso*” (2002) concluye:



El Derecho debe oír, escuchar el clamor que viene de lo profundo del hombre y exteriorizarlo. “Pura monstruosidad es un Derecho abstracto, dirigido a hombres también abstractos. Desdibujados quedan también el Derecho, el hombre y su vida en las hinchadas y coloristas formulaciones del laboratorio” (Iglesias, 1994)...

Hay que volver a la raíz de todo Derecho, que precisamente es el Derecho Romano, ordenamiento que destaca, por su abundancia jurídica (pese a la escasez de leyes), por la maravillosa sencillez de las soluciones en los casos litigados, la autonomía del individuo con poderes y facultades concebidas en la mayor libertad posible, pero a la vez la sabia sujeción de la libertad individual al bien comunitario, la plena aceptación del tradicionalismo jurídico, el valor que se le atribuye a las *auctoritas*, con un fino sentido de política trascendente y muy alto significado que se le concedió a conceptos como: *humanitas*, para resumir todo en la búsqueda del *Bonum et Aequum*. Pág. 87 y 88.

La regulación debe basarse en los cambios existenciales del correcto proceder, sin obviar, omitir o vejar los sólidos valores éticos y morales que han marcado pauta a lo largo de la historia y no deben ni pueden obviarse bajo ninguna circunstancia porque de lo contrario se da paso al libertinaje, a la anarquía y a la malformación social que comienza con la degradación individual y la erradicación de la familia como pilar de la humanidad.

El autor **Bobbio Norberto** (1986) sostiene que la *Participación Política*, abarca a la ciudadana y ésta viene a ser una ramificación de la primera debido al rol cumplido, es decir, actividades como “El acto de la votación, la militancia en un partido político, la participación en manifestaciones, la contribución dada a cierta agrupación política, la discusión de sucesos políticos, la participación en un comicio o en una reunión sectorial”. Pág. 1180.

Son actos eminentemente ligados a las democracias occidentales y catalogados de mecanismos participativos, no obstante, tal afirmación representa cierta ambigüedad que en efecto hay que subsanar.

Si bien es cierto, que dichas actividades son formas de Participación Política. Algunas de ellas por su esencia traspasan la barrera política e ideológica para abarcar el todo existencial, influyen directamente en la humanidad, sus protagonistas, no tienen prerrogativas, sino por el contrario intervienen activamente en el quehacer cultural, académico, social, científico, político,



económico, religioso, tecnológico y hasta militar, por una sencilla razón la Participación Ciudadana, da cabida a todos los ciudadanos del mundo a actuar con claridad en los proyectos que se proponen concretar, es decir, aquí no importa la inclinación doctrinaria o afiliación partidista, tampoco interviene el género, culto o condición del participante, para que opinen, actúen, influyan y asuman su función en pro o en contra de la colectividad. Por ende, no necesitan pertenecer a ese limitado segmento de la política que por su naturaleza, es absolutista, soberbio, amañado, viciado y dependiente de lineamientos verticales, propios de la disciplina partidista, cuyo actuar vela por el fin de la organización y sus dirigentes y no por la reivindicación de la población o de sus militantes.

Hasta el siglo XX, la participación política definía el panorama mundial, el hecho que se haya empoderado circunstancialmente, no implica que sea superior a la participación la ciudadana, aunque si ha sido más efectiva, sin embargo, está siendo desplazada por una nueva forma de intervención que superó con creces a la participación económica, la cual denomino: *Participación del Capital*, su inmenso dominio pulveriza todo acto racional y lo somete al antojo residual del poder temporal que brinda el dinero.

La **Participación Política**, excluye por naturaleza y está condicionada a influjos estatistas de un pequeño cumulo dedicado a tal labor, por tal motivo no abarca a la **Participación Ciudadana** como tal.

Si se parte de la premisa que la influencia política, es vinculante, en efecto si lo es, sin embargo, no es más amplia que la ciudadana sino más bien determinante por ahora, pues la **Participación del Capital y la Participación Tecnológica**, en la preconfiguración postmoderna va a desplazar a la política y a dominar el escenario mundial como ya lo está haciendo con la plataforma global tangible e intangible.

Es inviable obviar, ni olvidar que en el pasado la Participación Religiosa y la Participación Militar, tenían mayor importancia, relevancia e independencia que la política hasta el punto de subsumir su direccionalidad e influenciar a la ciudadana por el rol protagónico de cada una de ellas en la arista de lo principal y accesorio, a lo largo del tiempo.



No hay que confundir, el grado de importancia del genero con la especie, por ende el género, es la Participación Ciudadana y las especies, son las demás participaciones insertas dentro de ese filigrana que interactúa de manera constante, permanente y de acuerdo al periodo que le corresponde vivir, asume en menor o mayor proporción el protagonismo principal que a lo mejor después se convierta en residual.

Queda claro que la Participación Política y del Capital, son parte integrantes de la Ciudadana, es decir, la Participación Ciudadana, supedita en género a ambas en su actuación, por ende la cualidad del poder está en la acción vinculante, es innovador y en toda su extensión, proporciona estabilidad paradigmática en el ámbito de la interrelación social.

2.1_. Sociedad Civil.

Es la confluencia activa que encuentra, define, organiza, planifica, construye, ordena, desarticula, modifica, altera, cambia, reajusta y reacomoda el ambiente societario, dominado por el Derecho, acción que implica entrelazar elementos favorables en la consolidación programática de esta novísima estructura.

La diversidad crítica, hace necesario regirla en la interrelación cotidiana que se da entre los diversos miembros de cierto grupo o ambiente social, aglutinados por el incentivo doctrinario y la compatibilidad empírica, alrededor de un fin común, labor que se traslada en la ejercitación de actividades que pudieran ser efectivas o no, propiciadoras del anhelado desarrollo sustentable e integral que pretende tomar decisiones públicas, sin encontrarse insertos dentro de la distribución u organigrama funcionarial estatal o gubernamental. Rodríguez Lino en el libro *“Comunitarismo y Marxismo”* (1982), plantea la siguiente crítica:

Aparece el sucedáneo de la participación directa de la persona humana en las decisiones públicas, que es la representación ostentada por otros, con lo que se mata la vida comunitaria. Pues una comunidad que no se edifique en base a una vida comunitaria de grupos mayores o menores, que vivan y trabajen

juntos, y con base en sus relaciones recíprocas, es totalmente engañosa y ficticia. Pág. 35.

Este tipo de grupos constituidos, pretenden satisfacer las necesidades colectivas e individuales en teoría sin perjudicar a nadie. En principio esa labor asociativa, se concreta en resolver metas a corto y mediano plazo, garantiza el crecimiento planificado, capaz de unificar el progreso existencial, su correcta aplicación experimental ha llegado a superar expectativas hasta el punto de proporcionar a sus miembros mejor calidad de vida.

Gracias a la interrelación de las organizaciones sociales o populares con entes públicos y/o privados, se ha elevado y mejorado de manera considerable la calidad del sistema educativo, la salud pública, vivienda, vialidad, seguridad y los servicios básicos, entre otras ramas vitales; es preciso, el aporte mancomunado de la sociedad civil organizada en la toma de decisiones.

Peter Molina Hurtado en *“Paradigmas y Teorías: el Inicio de los debates Teóricos de las Relaciones Internacionales”* (2009), afirma:

Sin embargo, a raíz de los cambios operados en la estructura y los procesos políticos de la sociedad internacional tras las grandes guerras mundiales calientes y frías del siglo XX, por la proliferación de nuevos actores estatales, de actores internacionales interestatales, no estatales y de sus agendas propias en la política internacional y, principalmente, por la interrelación de los niveles de análisis que provoca, converge en el seno de la disciplina otros paradigmas o mapas mentales sobre la realidad mundial y que van a incidir decisivamente en las suposiciones personales sobre la política mundial y en la forma como el teórico ve y construye sus teorías (Cfr. Keohane y Nye, 1988:23). Pág. 98.

La sociedad civil, es cambiante, decidida e indecisa. Su acción depende de circunstancias específicas y tiempo históricas. De llegar a ser procedente su metamorfosis, es capaz de mutar previa las demandadas de la postmodernidad, es decir, es factible que le hagan el juego al nuevo orden mundial a favor de unos pocos en menoscabo de muchos por no decir de la mayoría, algo contrario a su razón de ser, visión, misión, objetivos y función social.





Los actores son los autorizados para el otorgamiento protagónico de la ciudadanía constituida. En pocas palabras, son los responsables de interrelacionar coherente, lógica, estructural y pertinentemente con la verdad o de manipular con ambivalencia, mentira, interés, desidia y verosimilitud a unos y a los otros. Por tanto, hacen del campo activo un escenario de acuerdo a la libertad que le otorga el ordenamiento jurídico en cada suceso. Rodríguez en su obra *“Comunitarismo y Marxismo”* (1982) establece:

En la sociedad individualista, sobre esta base contractual, se admite el modelo competencia-colaboración dentro de la teoría de la asociación política, pues si la perspectiva de una mayor ganancia aconseja la colaboración de varios individuos en una tarea, más allá de esta existe un elemento competitivo en la asociación, por cuanto cada uno de sus integrantes buscará maximizar sus ganancias a expensa de los demás. Pág. 24.

Esto significa, que en algunos casos, las decisiones tomadas pueden ser de mero egoísmo transitorio con repercusión individual o de tal grado, complejidad, magnitud o trascendencia que alteren y cambien el curso de la historia; también es viable, que el impacto obligue a la sociedad, e incluso, se dan casos donde las medidas inferidas afectan a significativos sectores sociales con ciertas repercusiones materiales, así es, la versatilidad y pertinencia de la sociedad civil.

La participación, es la confluencia de todas esas fuerzas e impacto causado, inducido, generado, prefabricado o procesado en la vida del ser humano, a pesar de la exclusión o inclusión de actores protagónicos, razón por la cual, las manifestaciones interactivas, representan particularidades o exigencias colectivas.

La Sociedad Civil, se rige por el Derecho, ciencia que le otorga la cualidad de autónoma, principal y determinante. Éste tipo de organización estructurada, brinda a los ciudadanos la posibilidad de incluirse consciente, voluntaria, motivacional y responsablemente. Aquí sobresale la actividad comunitaria, la cooperación y la autorregulación mediante la claridad participativa, el respeto mutuo, la solidaridad, el sentido de pertenencia, la tolerancia, el arraigo ancestral, la inclusión ciudadana, el apoyo societario y la corresponsabilidad.

Factores directamente proporcionales a los resultados, provenientes de los distintos procesos participativos, Rodríguez (2006) en “*Entidades Descentralizadas Indirectas*,” ilustra:

Los tipos, se puede asumir, son el resultado de un trabajo racional de identificación de elementos comunes y esenciales a diversas especies que en virtud de ellos pueden reconocerse como parte de un género determinado. Así, por ejemplo, la participación estatal exclusiva es un elemento esencial a los establecimientos públicos, pero no específico de estos, pues se le encuentra, también como elemento característico de las empresas industriales y comerciales del Estado, o de las empresas de servicios públicos domiciliarios. Se infiere, entonces, que en este caso en particular, no es ese el elemento esencial determinante para definir a unos o a otras. Pág. 53.

De no ocurrir lo establecido en la referida hipótesis, se activa la premisa de la ausencia institucional, la cual ha regido a Latinoamérica durante las últimas décadas, sumergiéndola en la decadencia desenfrenada, vacíos procedimentales, apatía generalizada, corrupción, tráfico de influencia, anarquía, impunidad y autoexclusión de esta figura en el control, fiscalización y efectividad decisiva.

CONCLUSIÓN

La función del Estado debe ser fuerte, autónoma, inquebrantable, solidaria, eficaz y eficiente en esencia, y fin. No obstante, la participación ciudadana está tutelada por el Estado de Derecho, que prevé una serie de mecanismos recurrentes que pueden alterar el curso político, social, económico y legal, aunado a los acontecimientos pragmáticos que provocan desconocimiento y malformación educativa, arma esencial de quienes manejan las instituciones a su antojo de esa manera asumen el control, la manipulación, el seguimiento, la traición, el escándalo y la opresión coercitiva, sustentada en algunos mandatos impregnados de excesos y caprichos para socavar la plena libertad actoral que por naturaleza debe ser espontánea, sin censura, ni mucho menos castigada.

La ciudadanía, tiene una tarea muy importante y en ocasiones dadas las circunstancias, realmente difícil, siendo distinta a la subsistencia física convertida en prioridad o al cumplimiento de la jornada laboral como objetivo central; el





punto de partida para la humanidad, se ajusta, al disfrute pleno de los derechos humanos y al ejercicio incondicional de los políticos, traducido entre otras facultades a la libertad con la posibilidad real de ejercer el sufragio, sin estar supeditado a la manipulación e inclinación ideológica o militar, para seleccionar mediante la elección de primer o segundo grado a sus autoridades o representantes, procedimiento que debe cumplir con la legalidad y legitimidad de origen.

En principio este es el enfoque global, salvo excepciones, no se aplica a regímenes totalitarios, causantes de desgracias, muerte, opresión, inequidad y miseria para la mayoría de sus habitantes, sometidos a ese yugo, praxis aberrante y común en países oprimidos o territorios balcanizados.

La praxiología venezolana esta matizada por el autoritarismo y la discrecionalidad funcional, los dirigentes oficialistas profesan socialismo y dicha figura no la prevé la Carta Magna, hablan de federación descentralizada, pero se defiende al centralismo y se aplica la desconcentración. En pocas palabras, Venezuela se halla sumergida en la deformación conceptual, que se circunscribe a la democracia de la verosimilitud.

No hay que olvidar, que todo se debe al esfuerzo y a la consecución de luchas pasadas, lograr la optimización de vida en la modernidad y evitar que la postmodernidad, arrebate esas batallas sociales, que se han dado a lo largo de la historia, resulta primordial.

La adaptación natural, religiosa, social, militar y del capital, es un mecanismo que siempre ha existido por ende la concepción de estado en Europa cambia a lo mejor no para bien, en EE.UU. por los momentos se arraiga más, y en Latinoamérica, se desarticula hasta segmentarse, los pueblos critican y ponen de ejemplo negativo a Venezuela, aunque, sin saberlo todos siguen sus pasos; Venezuela es “pionera” en los acontecimientos de envergadura global, primeros en la independencia, y ahora el supuesto socialismo, que es la ruina del país.

La democracia representativa o participativa retrocede, a regímenes totalitarios bajo la excusa de la izquierda reivindicadora o renovadora, la cual progresivamente con la liga socialista y el foro de Sao Paulo, penetran países conservadores y en vías de desarrollo como Chile y Colombia. Allí se valen de la enorme brecha social, principalmente en el ámbito educativo, dado lo costoso que

resulta estudiar para las nuevas generaciones, y ya han tocado a otras naciones como Bolivia, Argentina, Nicaragua, Perú y Ecuador, donde la retórica ha servido para proyectar el progreso y retroceder en sucesos.

La participación ciudadana, es sinónimo de bienestar común. Por tanto, la eficacia se traduce en una descentralización y no en una desconcentración, para ser garantizada el progreso sectorial y el fortalecimiento productivo de la nación.

El desenvolvimiento mundial da apertura a brechas sociales que aumentan cada día en proporción, y la expectativa, es mayor; los ricos son más ricos, al igual que los pobres crecen en número y en simetría, la clase media que en definitiva, es el motor de la sociedad lucha por quedarse donde está, depende de las circunstancias y las oportunidades que tambalean de uno u otro extremo; las transnacionales, los oligopolios, los monopolios y el dominio hegemónico global mediante el capital va a desplazar irremediamente a este tipo de orden conocido como democrático, porque si las cosas continúan como van, el Estado quedará al servicio del capital y no de la colectividad, paradójica afirmación cargada de realismo postmodernista, que se puede suscitar, salvo que la participación ciudadana, se refuerce de estrategia, planificación, coherencia, determinación, decisión y eficacia para revocar este tipo de latente omisión, impuesta por la unificación de la globalización.



REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Aristóteles (1983) *“La Política.”* Decimosexta Edición. Colección Astral N° 239. Editorial Espasa – Calpe, S.A. Madrid – España.

Báez, F. (2000) *“Los Fragmentos de Aristóteles.”* Primera Edición. Ediciones del Vicerrectorado Académico de la Universidad de Los Andes. Mérida – Venezuela.

Bobbio, N. y Matteucci, N. (1986) *“Diccionario de Política L - Z. Volumen II.”* Siglo Veintiuno Editores. México.

Carnelutti, F. (1997) *“Cómo Nace el Derecho. Monografías Jurídicas 54.”* Editorial Nomos y TEMIS S.A. Santa Fe de Bogotá – Colombia.

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Texto Oficial (1999). Primera Edición. Caracas – Venezuela.



Lebret, L. y Suavet Th, (1964) *“En el Combate del Mundo.”* Segunda Edición. Editorial Estela, S.A. Barcelona – España.

Maravi O, L. y González B, A. (1971) *“Primer Congreso Continental de Derecho Cooperativo.”* Ponencia: Las Cooperativas y las Fuentes de Financiación, Aspectos jurídicos. Universidad de Los Andes (ULA). Talleres Gráficos Universitarios. Mérida – Venezuela.

Martínez P, R. (2012) *“Revista Venezolana de Gestión Pública. Año 3 N° 3. Enero – Diciembre 2012.”* Gobierno Abierto (open government) como medio para la Construcción de una nueva Relación entre Administración y Ciudadanía. Grupo de Investigación de Gestión y Políticas Públicas (GIGEP). Escuela de Educación. Facultad de Humanidades y Educación Universidad de Los Andes. Editorial Venezolana C.A. Mérida – Venezuela.

Molina H, P. (2009) *“Revista Venezolana de Ciencias Política. Número 36. Julio – Diciembre 2009.”* Paradigmas y Teorías: el Inicio de los Debates Teóricos de las Relaciones Internacionales. Centro de Estudios Políticos y Sociales de América Latina (CEPSAL). Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Universidad de Los Andes. Talleres Gráficos Universitarios, ULA. Mérida – Venezuela.

Morantes, J. (2002) *“Formas de Hacer Política.”* Trabajo Inédito. Teoría Política. Maestría en Ciencias Políticas. Universidad de Los Andes. Mérida – Venezuela

Morantes, J. (2002) *“Innovación Social en la Post-Modernidad Latinoamericana.”* Trabajo Inédito. Teoría del Estado. Maestría en Ciencias Políticas. Universidad de Los Andes. Mérida – Venezuela.

Morantes, J. (2002) *“La Revolución Permanente y la V República Bolivariana.”* Trabajo Inédito. Fundamentos del Pensamiento Político. Maestría en Ciencias Políticas. Universidad de Los Andes. Mérida – Venezuela.

Morantes, J. (2004) *“Participación Ciudadana en Venezuela.”* Trabajo Inédito. Participación ciudadana en la nueva Constitución y el Ordenamiento Legal Venezolano. Maestría en Ciencias Políticas. Universidad de Los Andes. Mérida – Venezuela.

Morantes, J. (2015) *“Estado, Sociedad Política y Sociedad Civil: La Construcción del Orden Democrático. Una Indagación sobre la Relación Individuo/Sociedad/Estado.”* Trabajo Inédito. Teoría y Ciencia Política. Doctorado en Estudios Políticos. Universidad de Los Andes. Mérida – Venezuela.

Portillo A, C. (2000) *“Manual de Casación Civil.”* Vadell Hermanos Editores C.A. Caracas – Venezuela.



Ramos, A. (1997) *“Las Formas Modernas de la Política.”* Editado por: Centro de Investigaciones de Política Comparada (CIPCOM). Universidad de los Andes. Mérida – Venezuela.

Ramos, A. (1999) *“Comprender el Estado. Introducción a la Politología.”* Editado por: Centro de Investigaciones de Política Comparada (CIPCOM). Universidad de Los Andes. Mérida – Venezuela.

Rivera, J. y Cárdenas, M. (2009) *“Revista de Teoría y Didáctica de las Ciencias Sociales. Enero – Junio. N° 14-2009.”* Estado, Globalización y Educación. Grupo de Investigación Teoría y Didáctica de las Ciencias Sociales. Escuela de Educación. Facultad de Humanidades y Educación. Universidad de Los Andes. Talleres Gráficos Universitarios ULA. Mérida – Venezuela.

Rodríguez, J. (2006) *“Entidades Descentralizadas Indirectas.”* Ediciones doctrina y Ley LTDA. Bogotá – Colombia.

Rodríguez, L. y Arias, B. (1982) *“Comunitarismo y Marxismo.”* Editorial Temis S.C.A. Bogotá – Colombia.

Rodríguez, M. (2006) *“Comprendiendo el Derecho.”* Consejo de Publicaciones de la Universidad de Los Andes (ULA). Impreso en Editorial Venezolana C.A. Mérida – Venezuela.

Platón (1983) *“La República.”* Primera Edición. Editores Mexicanos unidos, S.A. D.F.- México.

Terán, M. (2002) *“Anuario de Derecho. Año 24. Número 24. Publicación Anual 2002.”* Humanitas, Libertas, Aequitas: Esencia del Debido Proceso. Centro de Investigaciones Jurídicas. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Universidad de Los Andes (ULA). Talleres Gráficos de la Universidad de Los Andes. Mérida – Venezuela.

Sociedades Bíblicas Unidas (1960) *“Santa Biblia.”* Versión Reina – Valera. Broadway – New York.



Fiscalización en la Ley de Timbre Fiscal del Estado Bolivariano de Mérida Fiscalization of the Stamp's Tax Law of the Bolivarian State of Mérida

Sandra Paola Parra Rivas¹

<https://doi.org/10.53766/ESDER/2021.01.06.06>

Fecha de Recepción: 30 de Octubre de 2021

Fecha de Aprobación: 01 de Diciembre de 2021

Resumen

La presente investigación pretende exponer meridianamente el régimen jurídico fiscalizador de la tasa del Timbre Fiscal del Estado Bolivariano de Mérida, a los puros fines de describir pormenorizadamente su régimen jurídico estatal, y, de igual manera, el régimen jurídico fiscalizador del mencionado tributo por parte de la Administración Tributaria del Estado Mérida. El método empleado fue el dogmático *lege ferenda*. La investigación concluyó, que dicho tributo del indicado Estado Mérida, como miembro de la singular federación venezolana posee un régimen jurídico sustantivo sencillo, claro y raso, aunque normativamente transparente desde el enfoque de la seguridad jurídica. No obstante, el Estado Mérida no posee su propio régimen jurídico fiscalizador, pues el Estado Mérida requiere del Código Orgánico Tributario nacional. De tal manera, que la autonomía tributaria del Estado no existe, pues la Gobernación debe acudir a la legislación nacional para cumplir con su inmanente función fiscalizadora, determinadora y recaudadora tributaria estatal.

Palabras Clave: Tasa, Timbre Fiscal, Administración Tributaria, Fiscalización

Abstract

The present investigation intends to clearly expose the legal regime that supervises the Tax Stamp rate of the Bolivarian State of Mérida, for the sole purpose of describing in detail its state legal regime, and, in the same way, the legal regime that supervises the aforementioned tax by the Tax Administration of the State of Merida. The method used was the dogmatic *lege ferenda*. The investigation concluded that said tribute from the indicated State of Mérida, as a member of the singular Venezuelan federation, has a simple, clear and shallow substantive legal regime, although normatively transparent from the point of view of legal security. However, the State of Mérida does not have its own legal supervisory regime, since the State of Mérida requires the National Organic Tax Code. In such a way, that the tax autonomy of the State does not exist, since the Government must resort to national legislation in order to fulfill its immanent state tax audit, determining and collecting function.

Key Word: Service, Stamp's Tax, Tax's Administration, Tax Fiscalization.

INTRODUCCIÓN

Aunque, Venezuela es definida normativamente como un Estado Federal según el artículo 4 de la Constitución Nacional. Cabe decir, que también, el

¹ Estudiante del Cuarto Año de la Carrera de Derecho de la Universidad de Los Andes (ULA-Venezuela). Investigador Novel del Grupo de Investigación Robert Von Möhl (GIROVOM).



mismo artículo 4 señala, que Venezuela será un Estado Federal, Descentralizado”, en los términos de la Constitución y las Leyes. De tal manera, que Venezuela posee una cierta estructura federal, conforme ese artículo 4 constitucional de 1999. Sin embargo, muchas otras normas constitucionales del todavía vigente texto constitucional del año 1999 vacían de sustantividad el mencionado término jurídico organizativo del poder venezolano, pues el federalismo como corriente política, tradicional, y liberal-burguesa, no posee los contornos normativos que delineen de manera complementaria, esa racional forma de organizar el poder.

La mejor evidencia es el sistema tributario, puesto que descansa en el sistema tributario de un Estado Federal, en un sentido formal. Pero, en un sentido material, los Estados miembros de la Federación, ni tienen autonomía suficiente para crear, ni modificar, o extinguir sus propios tributos, ni tienen autonomía a nivel legislativo para organizar un sistema recaudatorio propio, frente al sistema nacional, pues el Código Orgánico Tributario –*ley nacional*- aplica de una manera directa para Estados y Municipios de la geografía nacional. No importa, que el artículo 1 del vigente Código Orgánico Tributario actual disponga, que sus disposiciones se apliquen de una forma supletoria a los Estados y Municipios para denotar implícitamente con ese término, que los Estados y Municipios poseen autonomía suficiente para desarrollar sus propios contenidos legales en materia tributaria, porque esto es una falacia en cualquier sentido, que denota en el fondo, la necesidad de acudir a normas nacionales para resolver asuntos regionales propios de los Estados.

Los Estados –y los municipios también, por vía de la *Ley Orgánica del Poder Público Municipal LOPPM*- no poseen competencia para regular sus propios tributos de manera independiente, o bien, porque las normas constitucionales no permiten crear en gran parte tributos estatales propios –*el timbre fiscal es una excepción constitucional*-, o bien, por la ausencia de normas de creación de cada tributo nada dicen al respecto; o bien, porque, luego, las leyes tributarias de creación tributarias estatales establecen normas de remisión interpretativas hacia el Código Orgánico Tributario Nacional.

Lo descrito en el párrafo anterior es una situación comúnmente descrita en los actos normativos de instauración de tributos estatales y municipales en Venezuela, ya que la Constitución no permite el desarrollo de un sistema



tributario estatal propio de un Estado Federal, en vista del marcado toque de excesivo centralismo disfrazado en una arquitectura constitucional federal. Es un completo contrasentido constitucional, y luego, legal, lo existente en Venezuela. No obstante, es la realidad actual. Y de lo dicho anteriormente surge la necesidad de estudiar las normas tributarias referentes al caso del timbre fiscal, que por supuesto, cabe decir, no es un tributo objeto de mucho interés por la academia. Incluso en un estado con una fuerte cultura tributaria como Mérida, donde el sistema tributario estatal posee tributos, impuestos, que muchos Estados no conocen, ni son capaces, dada su poca cultura tributaria, de desarrollar. Las presentes páginas se dedicarán a estudiar un tema muy cotidiano, no sólo en la vida de los abogados en general, sino del mundo político-constitucional del Estado Mérida. Como dice el alemán **Otto Bachof**: la norma constitucional consagratória del Federalismo es una endonorma constitucional, esto es, una norma constitucional de otras normas constitucionales; norma que funge como canon interpretativo del resto de las normas constitucionales, y, que ayuda a controlar la juridicidad de cualquier norma constitucional posterior, y también legal, que contravenga el espíritu jurídico federal de los venezolanos.

DESARROLLO

1_. Fundamentos Constitucional de los Tributos del Estado Mérida.

El artículo 4 de la actual Constitución define a la República Bolivariana de Venezuela como un estado Federal Descentralizado, regido por principios de integridad territorial, solidaridad, cooperación y corresponsabilidad, mediante un sistema de distribución de Poderes Públicos en tres niveles: Nacional, Estatal y Municipal.

Al respecto, Rondón de Sansó (2000) afirma que "...todo Estado Federal es descentralizado. La forma federal del estado, se da cuando en el mismo existen entidades territoriales periféricas, que poseen su propia autonomía, e incluso una soberanía que parcialmente delegan en la unión o poder central...". Pág. 236.

Bajo este contexto, es oportuno evaluar el concepto de "estado federal", pero desde un punto de vista financiero y tributario, por cuanto es necesario aclarar como los diversos entes políticos territoriales, asumen sus diversas



fuentes de ingresos. En efecto, Padrón Amaré citado por Carmona (2005), afirma que el federalismo fiscal "... apunta al carácter originario de los poderes que cada nivel territorial puede ejercer para la obtención de recursos financieros en forma autónoma...". Pág. 96.

Teniendo claro que cada nivel político territorial tiene "*autonomía*" para gestionar la obtención de recursos en forma autónoma, es preciso mencionar que es a partir de 1925, cuando la Constitución Nacional reconoce como competencia de los "Estados" la ordenación de sus rentas, dentro de las cuales se hallaban, el impuesto al papel sellado, el impuesto al consumo y las demás contribuciones que establecieron las otrora Asambleas Legislativas hoy Consejos Legislativos estatales. No obstante a ello, en 1953 desaparecen dichas competencias, otorgándolas de manera exclusiva al Poder Público Nacional.

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999), establece en su Título IV del Poder Público, Capítulo III del Poder Público Estatal, artículo 167, como ingresos de los Estados "...3.- *El producto recaudado por concepto de venta de especies fiscales*", y es precisamente sobre este último que recae nuestra atención, bajo el análisis que hoy nos ocupa, la Ley de Timbre Fiscal del estado Bolivariano de Mérida, publicada en la Gaceta Oficial del estado Bolivariano de Mérida Nro. Extraordinaria de Fecha 09 de Mayo de 2017.

Al respecto, según el glosario de términos aprobado por el Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT), una especie fiscal son "*medios impresos representativos de un valor monetario. Son instrumentos o medios de pago de obligaciones de carácter tributario. Se incluyen dentro de este género: timbres móviles o fiscales, estampillas, papel sellado, tarjetas postales, bandas de licores, entre otros*". Los términos timbre, sello y estampilla, son utilizados sin distinción, para señalar a un trozo de papel, que se adhiere a un documento y valida el pago.

Históricamente, el origen del timbre fiscal como impuesto, es uno de los más antiguos en el mundo. Se suele mencionar su origen al tributo aplicado en Roma durante la época de Justiniano, sin embargo, la versión moderna del mismo se remonta a la Europa del siglo XVIII.

En Venezuela el primer reporte de un instrumento que regule de alguna forma lo atinente a especies fiscales como papel sellado y estampillas, data del 30



de Septiembre de 1862, cuando el General José Antonio Páez, decreta las normas sobre las cuales se deberán emitir y utilizar el papel sellado en lo sucesivo.

Con la entrada en vigencia de la Constitución de 1999 y las competencias definidas claramente para los Estados en su artículo 164, se establece con exclusividad que corresponde a los Estados como ente político territorial, todo lo atinente a la creación, organización, recaudación, control y administración de los ramos de papel sellado, timbres y estampillas.

Con base en lo anterior, es preciso mencionar la Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia, específicamente de la Sala Constitucional, Magistrado Ponente Antonio J. García, caso BRITISH AIRWAYS, P.L.C, (2003) relativo a un recurso de colisión entre las disposiciones contenidas en el artículo 29 del Decreto con Fuerza de Ley de Timbre Fiscal, publicado en **Gaceta Oficial de la República N° 5.146**, del 22 de Diciembre de 1999, y el artículo 44 de la Ley de Timbre Fiscal del Estado Vargas.

Entre otros aspectos estudiados en la sentencia, resultó relevante como se determina con base en las normas constitucionales, la titularidad de la competencia tributaria en materia de timbre fiscal. En tal sentido, la referida sentencia señala:

...observa la Sala que no se incluyó en el artículo 156 de la vigente Constitución, que enuncia las competencias del Poder Nacional, ninguna norma que permita considerar que el poder para crear y recaudar tributos en materia de timbre fiscal sigue siendo, como lo fue durante la vigencia de la Constitución de 1961, exclusiva de la República. Al contrario, el numeral 7 del artículo 164 *eiusdem*, dispone que es una competencia exclusiva de los estados “la creación, organización, recaudación, control y administración de los ramos de papel sellado, timbres y estampillas”. Por su parte, el numeral 3 del artículo 167 insiste sobre el particular al prever entre los ingresos estatales “el producto de lo recaudado por concepto de venta de especies fiscales”.



El Constitucionalista patrio, dispuso de manera transitoria que “hasta tanto los Estados asuman por ley estatal las competencias referidas en el numeral 7 del artículo 164 (...), se mantendrá el régimen vigente”. De esta manera, se le atribuye de manera directa y exclusiva la competencia a los estados, la potestad para crear, organizar, recaudar, controlar y administrar los ramos de papel sellado, timbres y estampillas.

Cónsono con los principios Constitucionales y la Jurisprudencia Nacional, la Constitución del estado Bolivariano de Mérida, Publicada en la Gaceta Oficial del Estado Nro. Extraordinaria de fecha 05 de julio de 2014, señala en su artículo 52 de las Competencias del Estado:

...6. La Organización, recaudación, control y administración de los ramos tributarios propios, según las disposiciones de las leyes nacionales y estatales. 9. La creación, organización, recaudación, control y administración del ramo de timbre fiscal, papel sellado y lo que determine la legislación en la materia estatal...

Ahora bien, es necesario acentuar que la Ley de Timbre Fiscal del estado Bolivariano de Mérida, originalmente fue creada el 5 de Noviembre del 2009, con algunas modificaciones de fecha 05 de Junio del 2012 y el 23 de Diciembre del 2016. Sin embargo, las modificaciones de fondo realizadas a comienzos del año 2017, hacen que este instrumento legal sea considera como una nueva Ley.

El Consejo Legislativo del Estado Bolivariano de Mérida, en la última sesión del año 2017 aprobó la Ley de Timbre Fiscal de la entidad, según información dada a los medios de comunicación por la Presidenta del Consejo Legislativo Bolivariano del estado Mérida (CLEBM), quien destacó la necesidad de revisar la ley por los momentos en que está pasando el país debido a la baja del petróleo, entre otras razones dijo:

La exposición de motivos de la Ley de Timbre Fiscal reza que en ejercicio de la competencia otorgada a los estados y su potestad tributaria, contemplada en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en su artículo 164, numeral 7, disposición



transitoria décimo tercera, se procuró dotar de mayores recursos para el financiamiento de sus actividades y la optimización de los servicios públicos, con la creación de mecanismos para incorporar tributos causados por actuaciones realizadas o servicios prestados por órganos y entes de la administración pública nacional radicados en el estado Mérida.

En esta Ley, se incluye como hecho imponible, en estampillas o sus planillas sustitutivas, todo documento que sirva de fundamento al otorgamiento de instrumentos crediticios de cualquier naturaleza o denominación, que sean emitidos a favor de personas naturales o jurídicas por parte de los bancos y demás instituciones financieras. De la misma manera, se actualizó el valor de los tributos pagaderos en timbres fiscales y se crearon nuevos hechos imponibles, siempre dentro de la esfera de la competencia estatal.

Entre las modificaciones que se hicieron a esta ley:

contempla una revisión a todos los aranceles que pagan las personas en los distintos niveles cuando se gradúan, cuando realizan cualquier trámite académico de carácter legal cuidando de no generar un gran impacto en el bolsillo de todos los merideños, pero las leyes se deben adecuar a los momentos que se viven, y por el otro lado se busca que el estado pueda recaudar un poco más de ingresos para que los destine a programas y proyectos que sirvan para el desarrollo de la propia entidad, (Noticias de Mérida, Actualidad y gente, 13 de febrero de 2017).

La Ley de Timbre Fiscal del Estado Bolivariano de Mérida fue publicada finalmente en la Gaceta Oficial del Estado Bolivariano de Mérida bajo el Nro. Extraordinaria de Fecha 09 de Mayo de 2017, consta de cincuenta y siete (57) artículos, distribuidos en ocho (08) Títulos, incluyendo las disposiciones finales y derogatorias. Y tiene como objeto fundamental "...regular la creación, organización, recaudación, control, fiscalización, inspección, verificación, resguardo y administración de los ramos de Tributos de Timbre Fiscal, cuya competencia constitucional corresponde al estado Bolivariano de Mérida".



2_. El Timbre Fiscal como Tributo.

Antes de avanzar, es preciso conocer la naturaleza jurídica del Timbre Fiscal. Así las cosas, Sainz de Bujanda (1962), define el tributo como “la obligación de realizar una prestación pecuniaria en favor de un ente público para subvenir a las necesidades de éste, que la ley hace nacer directamente por la realización de ciertos hechos que la misma establece”. Pág. 154.

Una de las características del tributo, es que constituye un instrumento de financiación del gasto público y tiene ciertas notas que lo distinguen como son: sólo pueden ser exigidos por un ente público, con base a la competencia que la ley le acuerda; tienen un carácter coactivo, esto es, son obligaciones que surgen independientemente de la voluntad del sujeto pasivo, sólo puede ser creado por ley, es decir; es la ley la que fija que realizados los hechos que ella contempla de forma abstracta, surja la obligación tributaria; consisten en una prestación pecuniaria y el fin primordial del tributo es allegar recursos al ente público a cuyo favor nace la obligación pecuniaria.

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en el artículo 133 al establecer “Toda persona tiene el deber de coadyuvar a los gastos públicos mediante el pago de impuestos, tasas y contribuciones que establezca la ley”. En este sentido, el legislador patrio clasifica los tributos en tres grupos: impuestos, tasas y contribuciones.

El primero, los Impuestos son exigidos sobre un acto económico o jurídico sin que implique una retribución directa, tienen como características fundamentales que son unilaterales; es decir exigidos por el estado para con lo recaudado invertir en obras que satisfagan necesidades de carácter público. Entre tanto las Tasas, son los pagos exigidos legalmente al contribuyente para contribuir en la prestación de un servicio público, es decir, se caracteriza, porque en esta, existe una relación de vinculación entre el contribuyente o usuario del servicio público y el Estado. Finalmente, las Contribuciones Especiales son pagos obligatorios atribuidos sobre beneficios individuales o grupales por la realización de obras o actividades específicas del estado.

Como se observa, existen claras diferencias en esta triada, así Cortés Domínguez (1985), sostiene:



...en el impuesto, el aspecto material del elemento objetivo no supone en ningún caso, una actividad administrativa, es un hecho que se realiza con independencia de la voluntad administrativa que, en modo alguno, colabora a la ejecución del hecho imponible; en la tasa, por el contrario, aquél se concreta en una actividad de la Administración, promovida por el contribuyente; en la contribución especial, en fin, existe también una actividad administrativa, surgida no como consecuencia de una petición del contribuyente, sino como corolario de una decisión libérrima de la misma...". Pág. 85.

Ahora bien, como ya se hizo mención, los timbres fiscales constituyen una especie fiscal, y, son instrumentos, o medios de pago de obligaciones de carácter tributario. La doctrina, reiteradamente los clasifica dentro del grupo de los impuestos y no son más que ingresos del Estado producto de la venta de sellos, timbres, papel sellado, que le imprimen legalidad a la emisión de un documento.

Aclarando, que los Timbres Fiscales son un tipo de impuesto, que coadyuva al gasto público, se puede afirmar que constituye una vía quizás hoy "precaria" para la obtención de recursos para sufragar el gasto público de los Estados, cuya fuente de financiación directa y principal la constituye el Situado Constitucional.

En efecto, en la Ley de Presupuesto de Ingresos y Gastos del año 2019 del Estado Bolivariano de Mérida, en el aparte correspondiente a las Políticas de Financiamiento, se incluyen como ingresos propios la cantidad de Trece Millones Cuatrocientos Setenta y Tres Mil Ochocientos Setenta y Seis Bolívares con Cuarenta y Seis Céntimos (BS.S. 13.473.876,46), los cuales estiman ser recaudados por la Dirección del Poder Popular de Tesorería, señalando:

...las proyecciones sobre este renglón están fundamentadas en las normas establecidas en la Ley de Minas del Estado Bolivariano de Mérida, instrumento que viene a regular todo lo concerniente a esta materia y su respectiva recaudación, proveniente de la extracción de minerales no metálicos y la Ley de Timbre Fiscal del estado Bolivariano de Mérida que constituye otra fuente importante dirigida a la captación de ingresos propios

para la entidad federal, materializado a través de la venta de estampillas y papel sellado...

Con claras competencias constitucionales, para los estados sobre la materia de creación, organización, recaudación, control y administración de los ramos de papel sellado, timbres y estampillas, según la Ley de Timbre Fiscal del estado Bolivariano de Mérida, la misma corresponde al Poder Ejecutivo estatal a través de la figura de la Dirección Estatal del Poder Popular de Tesorería, la cual en términos generales podrá elaborar planillas para recaudar las tasas o impuestos y ordenar el enteramiento respectivo, implementar el uso de medios de alta tecnología en el proceso de recaudación, pudiendo sustituir el timbre fiscal, por timbres fiscales electrónicos de avanzada tecnología.

Precisamente sobre este último punto, desde hace ya tiempo se está utilizando este sistema en formato digital para la emisión de documentos de interés fiscal. Es así, que se ha implementado en varios países, entre ellos México, el timbre fiscal digital, así como su regulación en algunas leyes de timbres fiscales de otros Estados del país. Siendo una herramienta del Servicio de Administración Tributaria (SAT), entidad encargada de la validación de documentos fiscales electrónicos, con el fin de agilizar los procesos de emisión de documentos, que trabaja conjuntamente con los Proveedores Autorizados de Certificación (PAC). Para mayor entendimiento se trae a colación el artículo publicado por Reachcore en su propia página, que a continuación se cita.

El timbre fiscal digital es una herramienta que el SAT creó para que los PAC puedan validar facturas electrónicas. Este código de autenticidad es emitido por **Reachcore** en las facturas electrónicas y se compone de cinco puntos importantes. Sin ellos el timbre fiscal no tiene ese valor ante el SAT y por tanto nuestra factura no servirá. El primero es el propio **folio** que se caracteriza por el **UUID** (*Universallyuniqueidentifier* o Identificador Universalmente Único). Es el PAC quien lo genera. El segundo dato que todo timbre fiscal digital debe de llevar es la **fecha** del proceso de intercambio. La tercera información, que nunca puede faltar, es el sello del Comprobante Fiscal Digital (**CFD**). El **Certificado del SAT** es una obligación en todo timbre fiscal digital, sin él carece de validez por lo que tendremos





que comprobar a la hora de que nos den una factura electrónica de que sí está. Recuerda en mirarlo en el momento porque luego se puede olvidar y nos puede dar problema si vamos a reclamar al emisor. El quinto requisito del timbre fiscal es el **sello del SAT**. (www.reachcore.com).

En otro orden de ideas, y relacionados con el hecho generador del impuesto, la normativa estatal sujeta al presente estudio, establece claramente los presupuestos que dan origen al nacimiento de la Obligación Tributaria. En este sentido, se define notoriamente cuáles son los elementos configuradores del hecho imponible, tales como la ejecución de actos que impliquen la prestación de servicios, solicitud y emisión de licencias, permisos, certificados, registros, entre otros; la realización de actos, contratos, operaciones realizadas por parte de los órganos del poder público en cualquiera de sus niveles político territoriales; otorgamiento de instrumentos crediticios por parte de instituciones bancarias, con las excepciones de ley.

En desarrollo de sus competencias constitucionales, el Poder Ejecutivo del Estado Mérida a través de la Dirección Estatal del Poder Popular de Tesorería, regula todo lo concerniente al proceso de elaboración y administración de los Timbres Fiscales. Así las cosas, la Dirección anteriormente señalada es la encargada de todo el proceso de recaudación del tributo, como los procesos de impresión, emisión, custodia, depósito, traslado, expendio, control, inspección y fiscalización.

3_. Las Especies Fiscales.

Como ya se ha mencionado, las especies fiscales son el medio físico para hacer efectivo el pago de las obligaciones tributarias previstas en la ley. En este sentido, la Ley de Timbre Fiscal del estado Bolivariano de Mérida, desarrolla tanto el ramo del Papel Sellado como las Estampillas. El primero, es un instrumento impreso que se utiliza para el otorgamiento de documentos, el trámite de causas judiciales y administrativas. Entre tanto, las Estampillas o Timbres Fiscales Móviles, son instrumentos destinados a hacer efectivo los tributos.



El Título III de la ley estatal objeto a estudio, correspondiente a los tributos, describe de manera detallada el tipo de solicitud, trámite, expedición, otorgamiento de diversas actuaciones, entre otros, así se tiene:

*Solicitudes y Trámites dentro del territorio del estado Bolivariano de Mérida. Actuaciones de la Administración Pública. * Actuaciones en materia sanitaria. Actuaciones Bomberiles. * Actuaciones realizadas por ante Bancos o Instituciones Financieras y órdenes de pago provenientes de la Administración Pública. * Documentos emitidos por Instituciones Académicas. * Documentos emitidos por la Dirección Estatal del Ministerio del Poder Popular con competencia de Ambiente. * Actos y documentos otorgados ante los Registros y Notarías Públicas con sede en el Estado.

En cada una de ellas, se fijan distintas actuaciones por parte del sujeto pasivo, que generan el pago a través de estampillas, o en planillas sustitutivas, de los tributos especificados en rangos de Unidades Tributarias según corresponda. Como se observa, el legislador estatal, al desarrollar la Ley de Timbre Fiscal del Estado Bolivariano de Mérida, consideró algunos tributos que pudieran constituir fuente generadora de ingresos para el estado.

No obstante a ello, es necesario precisar el criterio que ha mantenido la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, respecto a los hechos generadores de obligaciones tributarias en materia de timbre fiscal. Así las cosas, en la ya mencionada Sentencia del caso BRITISH AIRWAYS, P.L.C, donde se señala que:

...Sostener que los Estados sólo pueden crear tributos en materia de timbre fiscal mediante la fijación de tasas por el aprovechamiento de los servicios y bienes que le son propios, de acuerdo con lo previsto en el artículo 167, numerales 2 y 3, de la vigente Constitución, implicaría aceptar que existe una antinomia intraconstitucional entre dichas disposiciones y la norma atributiva de competencias, contenida en el artículo 164, numeral 7, de la Constitución. Una interpretación semejante implicaría afirmar que en realidad la norma



fundamental no presenta avance alguno en materia de descentralización fiscal, y que poco progreso implica en relación con el ordenamiento jurídico preconstitucional...

En efecto, la ya citada Sala fijó ciertas las reglas que deben seguirse “mientras es dictado el régimen jurídico nacional a que se refiere el artículo 164, numeral 4, de la Constitución, que incluye tanto a la Ley de Hacienda Pública Estadal como a la Ley de Coordinación Tributaria”.

En otro orden de ideas, es relevante señalar que en virtud de la importancia que reviste la emisión de las especies fiscales, recientemente a través del Decreto N° 3.548, mediante el cual se establece que a partir del 20 de Agosto de 2018, se reexpresa la unidad del sistema monetario en el país, en el Marco del Estado de Excepción y de Emergencia Económica, mediante el cual se decreta la reconversión monetaria, en donde entre varias aspectos se reexpresa la unidad del sistema monetario de la República Bolivariana de Venezuela, en el equivalente a mil bolívares (Bs. 1.000), de ese entonces.

Así mismo, en su parte Tercera señala:

Las expresiones en moneda nacional contenidas en leyes, reglamentos, decretos, resoluciones, providencias, circulares, instrumentos o actos administrativos de efectos generales y/o particulares, así como en decisiones judiciales, instrumentos negociables u otros documentos que produzcan efectos legales que hayan sido dictados y/o entrado en vigor, según el caso, antes del 4 de junio de 2018, deberán ser convertidas conforme a la equivalencia prevista en el artículo I o del presente Decreto. Considerando en materia de especies fiscales que el papel sellado, los timbres fiscales, estampillas y/o sellos postales, así como cualquier otra especie valorada en bolívares actuales deberán ser utilizados hasta su agotamiento, entendiéndose su valor a partir del 4 de junio de 2018 conforme a la equivalencia establecida en el precitado Decreto.



4_. Inspección y Fiscalización.

Cuando se habla de Inspección y Fiscalización, se puede afirmar, que son las actuaciones de investigación y comprobación realizadas por la Administración Tributaria, consistentes en la verificación del cumplimiento de las obligaciones tributarias del contribuyente con el fin principal del descubrimiento de actividades ocultas, la obtención de las pruebas necesarias para la regularización y la elaboración de una liquidación.

En tal sentido, la Ley de Timbre Fiscal del Estado Bolivariano de Mérida en su Título IV, de los Medios de Recaudación y de la Administración de los Ingresos Generados por el Tributo de Timbre Fiscal, el artículo 46 insta en términos generales que:

a los fines de ejercer las funciones de inspección, verificación, control y fiscalización del Tributo de Timbre Fiscal, los funcionarios que a tales efectos designe la Dirección del PP de Tesorería, o, aquellos funcionarios, que de conformidad con el ordenamiento jurídico ejerzan tales funciones, y sin perjuicio de las facultades establecidas en el Código Orgánico Tributario, tienen y gozan de las más amplias facultades de verificación, fiscalización y determinación de las obligaciones tributaria en materia de Timbre Fiscal en el estado Mérida.

En efecto, el precitado artículo comprende dieciséis (16) numerales en los cuales en términos generales señala:

1. Inspeccionar, verificar y fiscalizar las sedes o establecimientos de organismos públicos, personas naturales o jurídicas, a fin de constatar información requerida a los representantes y responsables de los mismos, pudiendo incluso acceder a los lugares donde se presume que existen especies fiscales, previo cumplimiento de los requisitos legales pertinentes.
2. Realizar el comiso preventivo, con apoyo de cualquier fuerza pública, de las especies que sean expandidas de forma ilegal o fraudulenta e iniciar las averiguaciones administrativas respectivas.
3. Verificar los datos declarados por los obligados u obligadas al



cumplimiento de esta Ley, con los que hubieran obtenido directamente en sus visitas de verificación o fiscalización, en caso de inconsistencia de los mismos, proceder de acuerdo con lo establecido en esta Ley y en otras que resulte aplicable.4. Comprobar que los lugares donde se expendan papel sellado o timbres móviles fiscales a favor de los contribuyentes cumplen las pautas y lineamientos que en materia de distribución y comercialización fueran dictados por la Dirección Estadal del PP de Tesorería.5. Requerir a los contribuyentes, responsables o terceros la comparecencia ante la Dirección Estadal del PP de Tesorería a fin de informar acerca del cumplimiento de sus funciones. 6. Practicar avalúos o verificación física de toda clase de bienes, incluso durante su transporte en cualquier lugar del estado.7. Solicitar a los trabajadores y trabajadoras, funcionarios o funcionarias los informes y datos que posean en razón de sus funciones. 8. Retener y asegurar los documentos revisados durante la fiscalización, mediante registros en medios magnéticos o similares y tomar las medidas necesarias para su conservación.9. Requerir copia de la totalidad o parte de los soportes magnéticos, así como información relativa a los equipos y aplicaciones utilizadas, características técnicas del hardware y el software, sin importar la propiedad o titularidad de los medios de procesamiento de datos. 10. Utilizar programas de aplicación de auditoría fiscal que faciliten la obtención de datos en los equipos informáticos de los contribuyentes o responsables y que resulten necesarios en los procedimientos de fiscalización. 11. Adoptar las medidas administrativas necesarias para impedir la destrucción, desaparición o alteración de la documentación que se exija conforme a las disposiciones de esta Ley y demás leyes supletorias, así como cualquier otro documento de prueba relevante para la determinación por parte



de la funcionaria o funcionario de fiscalización u otro designado por el Ejecutivo Estadal, cuando se encuentre este en poder del contribuyente, responsable o tercero. 12. Requerir información de terceros relacionados con los hechos objeto de fiscalización, que en ejercicio de sus actividades hayan contribuido a realizar o hayan debido conocer, así como exhibir documentación relativa a tales situaciones que se vinculen con la tributación. 13. Practicar inspecciones y fiscalizaciones en los locales y medios de transporte utilizados a cualquier título por los contribuyentes, responsables o terceros expendedores de especies fiscales. Para realizarlas fuera de horas hábiles en que opere el contribuyente o en los domicilios particulares, será necesaria orden judicial, de conformidad con la normativa legal que rige la materia. 14. Requerir el auxilio de cualquier fuerza pública, cuando hubiere impedimento en el desempeño de sus funciones. 15. Incautar los bienes con los que se presume se ha cometido ilícito tributario, previo el levantamiento del acta en la cual se especifiquen dichos bienes, los cuales serán puestos a la disposición judicial. 16. Solicitar las medidas cautelares necesarias conforme a lo previsto en esta ley y demás leyes supletorias.

Como se observa de la transcripción textual del artículo 46 de la Ley de Timbre Fiscal del Estado Bolivariano de Mérida, las mismas se corresponden en gran medida y similitud a las disposiciones contempladas en el artículo 137 del Código Orgánico Tributario, correspondiente al proceso de fiscalización y determinación.

No obstante a ello, merece especial atención, que *nada se menciona en lo atinente a un aspecto importantísimo que es garantía de seguridad jurídica para los contribuyentes, responsables, terceros y expendedores de especies fiscales, como sería el inicio de dicho procedimiento.* Recuérdese, que según lo dispuesto en el Código Orgánico Tributario, todo proceso de fiscalización debe ser autorizado mediante



providencia administrativa. En tal sentido, carece la norma estatal de disposiciones vinculadas al inicio de los procesos de fiscalización y determinación por parte de la Dirección Estatal del PP de la Tesorería de la Gobernación del Estado Bolivariano de Mérida.

Así las cosas, resulta oportuno citar jurisprudencia de Poder Judicial de Venezuela, específicamente del Tribunal Superior Contencioso Tributario Región los Andes, Caso “*Fondo de Comercio CORALITO;*” contra el Servicio Autónomo Municipal de Administración Tributaria (SAMAT). En este sentido, resalta el juzgador en lo referente a la norma que regula los procedimientos de investigación fiscal, llevados a cabo por la Alcaldía del Municipio Barinas del Estado Barinas, que:

Es claro que sus carencias o vacíos deben suplirse con la norma general o ley marco, que este caso sería la contenida en el Código Orgánico Tributario vigente. Se encuentra entonces que la Ordenanza en cuestión no hace mención alguna sobre la forma de iniciar el procedimiento, así, la redacción del artículo 90 pareciese entrar de lleno a la sustanciación del procedimiento señalando que de toda actuación fiscal ha de levantarse un acta por la persona actuante en nombre del municipio, sin embargo, el artículo 172 del Código Orgánico Tributario vigente, el cual constituye la base legal de la actuación del funcionario municipal, según lo señalado en las actas levantadas durante el procedimiento, establece expresamente que en los casos en que la administración proceda a realizar el procedimiento de verificación en el domicilio del contribuyente, el funcionario actuante deberá contar con autorización expresa emanada de la Administración Tributaria respectiva.

Considerando, que el inicio del acto supone la autorización del Superior Jerárquico, que para efectos de la ley estatal en estudio lo constituye el Director estatal del PP de Tesorería de la Gobernación del Estado, el cual debe expedir un acto administrativo en donde se señale expresamente quien es el funcionario actuante y hasta donde se extienden sus facultades de investigación, con ello se garantiza que el funcionario no incurra en arbitrariedades, ni excesos de poder que lesionen o disminuyan las garantías constitucionales del contribuyente, caso

contrario se constituiría en una violación flagrante del derecho a la defensa del administrado.

Al respecto, es propicio recordar jurisprudencia de la Sala Político Administrativa del TSJ (17/03/1999), **Caso Seguros Horizonte C.A.**, en donde se reitera lo siguiente:

La jurisprudencia ha sostenido que la indefensión que vicia el procedimiento administrativo con la nulidad absoluta del acto administrativo decisorio, es aquella calificada como grave, entendiéndose por tal "la negativa o la imposibilidad total de que un administrado se defienda, o porque no se le notificó del procedimiento en ninguna forma, o porque se le impidió ejercer el derecho a defenderse en el procedimiento, negándosele las pruebas o el acceso al expediente.

En efecto, la ausencia de autorización expresa emanada de la Administración Tributaria (Dirección Estatal del PP de Tesorería de la Gobernación del Estado Bolivariano de Mérida) para iniciar la investigación, debe ser entendida como una merma injustificada de sus derechos constitucionales. Por lo cual, debe entenderse que cualquier acto que inicie la Dirección estatal del PP de Tesorería de la Gobernación del Estado Bolivariano de Mérida, tendente a procesos de inspección y fiscalización, deberán cumplir con las formalidades requeridas en la requerida Providencia Administrativa que hace mención el Código Orgánico Tributario.

5_. **Infracciones y Sanciones.**

En el Título V de la Ley en estudio, se dispone todo lo referente a las infracciones y sanciones por la no utilización del Papel Sellado, irregularidades en la comercialización de los Timbres Fiscales, retardo u omisiones en el pago, multas, entre otras.

Es importante destacar, que se señalan diversas conductas generadoras de responsabilidades y sanciones las cuales en su gran mayoría comprenden pago de montos expresados en Unidades Tributarias. No obstante a ello, dispone de igual manera que para la aplicación de otras sanciones o multas en materia de Timbre Fiscal relativo al incumplimiento de deberes formales y materiales





distintos a los mencionados en la Ley de Timbre Fiscal del Estado Bolivariano de Mérida, serán aplicadas las disposiciones contenidas en el Código Orgánico Tributario.

6_. Procedimientos Administrativos y Judiciales.

En lo referente a los procedimientos administrativos y judiciales la ley estatal hace remisión preferente a las disposiciones contenidas en el Código Orgánico Tributario (COT), tanto en sede administrativa como en sede judicial. En efecto, los recursos que sea necesario ejercer relacionados con las sanciones pecuniarias previstas en la ley en comento, corresponde sustanciarlos de acuerdo a lo dispuesto en el Código Orgánico Tributario, y en otras leyes especiales que regule la materia. De igual manera, el artículo 158 *ejusdem*, señala "...En caso de situaciones que no puedan resolverse conforme a las disposiciones de esta sección se aplicarán supletoriamente las normas que rigen los procedimientos administrativos y judiciales que más se avengan a su naturaleza y fines".

De lo que se desprende que pueden utilizarse de manera supletoria la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativo, Ley Orgánica de la Administración Pública entre otras leyes especiales y en materia de pruebas el Código de Procedimiento Civil. Una vez que se ha producido un acto administrativo de contenido tributario, el contribuyente tiene dos opciones: ejercer una impugnación administrativa o un recurso judicial. Estos vienen a ser los medios de defensa que tiene el contribuyente para enfrentar los actos emanados de la administración tributaria. En sede administrativa el contribuyente puede ejercer el Recurso Jerárquico y en sede judicial el Recurso Contencioso Tributario.

En este sentido, para Moya (2014):

El Recurso Jerárquico, es un acto emanado de la Administración Tributaria que se aparta de lo establecido en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, en cuanto al agotamiento de la vía administrativa, que es obligatorio en todo acto administrativo que se desee impugnar. En el Recurso Jerárquico no es necesario el agotamiento de la vía administrativa, es una opción que tiene el recurrente. Pág. 513.



Según Ruan Santos citado por Moya (2014) “...el Recurso Jerárquico Tributario es una opción que le da el legislador al contribuyente (o responsable), quien tiene la facultad de ejercerla positiva o negativamente, y en este segundo supuesto puede acudir directamente a la vía jurisdiccional.” Pág. 513.

En fin, el Recurso Jerárquico se interpone para reclamar ante el Superior de quien dictó una resolución contraria a sus derechos. Está contemplado en el Código Orgánico Tributario vigente a partir del artículo 252.

Mientras que, el Recurso Contencioso Tributario es un medio de impugnación destinado a obtener la anulación o eliminación del acto administrativo que afecta al administrado. El Contencioso Tributario se manifiesta como un proceso de revisión de la actuación previa de la administración. Tiene por objeto, la anulación del acto administrativo de efectos particulares que afecte derechos e intereses directos.

El Recurso Contencioso Tributario, es un medio de impugnación en vía jurisdiccional de los Actos de la Administración Tributaria de efectos particulares que lesionen derechos personales y directos. Es un Recurso ordinario y autónomo, procede contra aquellos actos de efectos particulares y de naturaleza tributaria que pueden ser recurridos jerárquicamente pero sin necesidad del previo ejercicio del recurso jerárquico, pues para Moya (2014) “Es un proceso contencioso de anulación y de plena jurisdicción, ya que el Juzgador no solo se limita a anular el acto recurrido si es procedente, también conoce del fondo del asunto, el cual puede anular, modificar o reformar”. Pág. 523.

En conclusión, se ejerce para demandar ante los tribunales alguna decisión de la Administración Tributaria que se considere injusta. Está contemplado en el Código Orgánico Tributario vigente a partir del artículo 266.

7_. Prescripción.

Las Acciones derivadas del cumplimiento de las obligaciones tributarias en materia de timbres fiscales, prescriben de conformidad con las disposiciones contenidas en el Código Orgánico Tributario, que remite a las disposiciones del artículo 55, el cual reza:



Prescribe a los seis (6) años los siguientes derechos y acciones: 1. La acción para verificar, fiscalizar y determinar la obligación tributaria con sus accesorios; 2. La acción para interponer sanciones tributarias, distintas a las penas restrictivas de la libertad...” El artículo 56 señala: “En los casos de los numerales 1 y 2 del artículo anterior, el término de la prescripción será de diez (10) años, cuando ocurra alguna de las circunstancias siguientes...

Ahora bien, el cómputo del término se contará según lo establecido en el artículo 59 para estos dos casos señalados, a partir del 1° de enero del año calendario siguiente a aquel en que se produjo el hecho imponible.

CONCLUSIONES

El presente estudio demuestra la enorme simpleza regulativa de la Ley de Timbres Fiscales del Estado Mérida. Como la Ley contribuye de modo complementario a reforzar las menguadas finanzas del Estado Mérida, tras los ingresos del situado constitucional, que son igual de constitucionales, valga la redundancia. Los aspectos regulativos de la Ley no ofrecen dificultades a nivel sustantivos, mucho menos a nivel adjetivo, pues las normas administrativo-procedimentales de la Ley del Timbre Fiscal del Estado Mérida son bastante directas, claras, al respecto. De hecho, las normas de tipo procedimental de la Ley del Timbre Fiscal pueden clasificarse de la siguiente forma: las normas administrativas fiscalizadoras propias, y, las normas administrativas fiscalizadoras del Código Orgánico Tributario. Pareciere, una clasificación baladí, pero la simpleza del instrumento legal, da para llevar a cabo esa clasificación, pues la ley no regula con suma exactitud, ni exhaustividad la Fiscalización Tributaria estatal.

Al contrario, la Ley remite el Código Orgánico Tributario –Ley Nacional– para poder instaurar con un fin sistemático, los poderes inquisitivos del SAT, requirió establecer normas de remisión al Código Orgánico Tributario nacional. Pudiera considerarse como una decisión claramente de desidia regulativa, más que una crítica al exacerbado centralismo que adolece el sistema gubernativo de Venezuela, de los Estados y los Municipios, pues la dependencia a nivel

financiero, no es la única, sino también, a nivel de decisiones, y con ello, desde el plano legislativo, que es el primer acto soberano que toma la sociedad emeritense, a través del Consejo Legislativo del Estado Mérida (CLEM).



REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Andara, L. (2013) *“Derecho Tributario.”* Publicaciones de la Universidad de Los Andes (ULA). Mérida, Estado Mérida, Venezuela.

Carmona, J.C. (2005) *“Descentralización Fiscal Estatal en Venezuela.”* Paredes Libros Jurídicos. Caracas D.F., Venezuela.

Rondón de Sanso, H. (2000) *“Lecciones de Derecho Constitucional: Ad Imis Fundamentis.”* Ediciones Liber. Caracas D.F., Venezuela.

Moya, E. J. (2014) *“Elementos de Finanzas Públicas y Derecho Tributario.”* Octava edición. Ediciones Dabosan, C.A. Caracas D.F., Venezuela.

Gaceta Oficial Extraordinaria 5.453 del 24 de Marzo de 2000. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Gaceta Oficial N°6.152 Extraordinario de la República Bolivariana de Venezuela del 18 de Noviembre de 2014. Código Orgánico Tributario.

Gaceta Oficial N° 060714 Extraordinaria del 05 de Julio de 2014. Constitución del Estado Bolivariano de Mérida.

Gaceta Oficial del Estado Mérida Extraordinaria de Fecha 09 de Mayo de 2017. Ley de Timbre Fiscal del Estado Bolivariano de Mérida.

REFERENCIAS ELECTRÓNICAS

<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/abril/610-220405-03-0767>. (consultado el 03/01/2019)

<http://táchira.tsj.gob.ve/DECISIONES/2008/ABRIL/1324-14-1419-116-.2008.html> (consultado el 04/01/2019)

<https://gerenciaytributos.blogspot.com/2010/06/la-fiscalizacion-de-tributos.html> (consultado el 04/01/2019)

file:///C:/Users/Gabriel/Downloads/DESCENTRALIZACION%20FISCAL%20ES TADAL%20EN%20VENEZUELA(1).pdf (consultado el 04/01/2019)



www.serranocid.com/.../TSJ%20CasoBritish%20Airways%20Ley%20de%20Timbre%20... (consultado el 05/01/2019)

<http://histórico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/abril/610-220405-03-0767.htm>
(consultado el 05/01/2019)

*Análisis de la Sentencia N° 097 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 14 de mayo de 2019
Magistrada Carmen Zuleta de Merchán*



Francisco Alfredo de Jongh Sarmiento¹

Fecha de Recepción: 22 de Septiembre de 2021

Fecha de Aprobación: 30 de Octubre de 2021

En fecha 15 de marzo de 2018 fue presentado escrito contentivo de acción de amparo constitucional contra las actuaciones realizadas por el Tribunal Superior Segundo del Circuito Judicial de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas y Nacional de Adopción Internacional, por parte del abogado Felipe Hernández Trespalacios.

En dicho escrito se alega:

Que “(...) por todo lo anterior, ejerzo la presente **ACCIÓN DE AMPARO CONSTITUCIONAL**, contra las actuaciones realizadas por la abogada **YAQUELINE LANDAETA VILERA** en su condición de Juez del Tribunal Superior Segundo del Circuito Judicial de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas y Nacional de Adopción Internacional, en la tramitación del amparo constitucional signado con el Nro. AP51-O-2017-018845, en tal sentido requiero de este órgano jurisdiccional en sede constitucional conforme a derecho lo siguiente:

PRIMERO: Se **ADMITA** acción de amparo contra decisiones judiciales por cuanto ha lugar en derecho, por no ser contraria al orden público, a la moral pública o alguna disposición expresa del ordenamiento jurídico.

¹ Abogado distinción Cum Laude de la Universidad de Los Andes (ULA-Venezuela). Especialista en Justicia Constitucional de la Universidad de Castilla-La Mancha, Toledo – España. Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad de Los Andes (ULA-Venezuela). Individuo de Número de la Academia de Ciencias Jurídicas del Estado Mérida. Profesor Invitado de Pre-Grado y Post-Grado de la Universidad de Los Andes. Abogado Jefe en la Consultoría Jurídica de dicha casa de estudios. **Correo Electrónico:** frandejongh85@gmail.com. **Orcid:** 0000-0003-3449-5673



SEGUNDO: Solicito que, como producto de la admisión en sede jurisdiccional de la presente acción, se notifique a la agraviante abogada **YAQUELINE LANDAETA VILERA**, Juez del Tribunal Superior Segundo del Circuito Judicial de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes del Área Metropolitana de Caracas y Nacional de Adopción Internacional; así como al Fiscal del Ministerio Público.

TERCERO: Se declare conforme a derecho **CON LUGAR** la presente **ACCIÓN DE AMPARO CONSTITUCIONAL**, y se anule la audiencia constitucional celebrada en fecha 07 de marzo de 2018, y los actos subsiguientes, como lo son el auto de fecha 09 de marzo de 2018, con sus correspondientes oficios y se garantice a la niña la protección constitucional a través de la presencia de todas las personas que están llamadas a intervenir en el proceso de amparo, como lo es el defensor público (sic) y el defensor del pueblo (sic), asimismo, en el caso de requerir la opinión de la niña se efectuó siguiendo las Orientaciones (sic) sobre la garantía del derecho humano de los niños, niñas y adolescentes a opinar y a ser oídos en los procedimientos judiciales ante los Tribunales de Protección, dictadas por la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, en fecha 25 de abril de 2007, evitando la revictimización (sic) de la niña mediante la grabación audiovisual de su opinión de forma tal que pueda ser utilizada por el resto de los jueces cuyo conocimiento corresponde a los distintos procedimientos, en las distintas fases, dado la afectación emocional que implica el contacto frecuente con los órganos de administración de justicia para los niños, niñas y adolescentes.

CUARTO: De considerarse prudente por razones de economía procesal, tenga a bien considerar por tratarse de puntos de mero derecho, resolver la acción de amparo constitucional incoada, contra la actuación realizada por la Juez del Tribunal 27° de Mediación, Sustanciación y Ejecución, relacionado con el auto de fecha 13 de octubre de 2017, y el correspondiente oficio de esa misma fecha signado con el Nro. 1640-2017, dirigido a la Dirección de la Organización Internacional de Policía Criminal (INTERPOL) Venezuela, asimismo, se suspenda la ejecución de la decisión dictada en fecha 18 de octubre de 2017, en la cual se acuerda la custodia provisional de la niña (...), con la ciudadana **ISABEL RINALDO ANDAZORA**, hasta tanto el Ministerio Público se pronuncie con relación a la investigación signada con el identificador MP-80838-2017, que conoce la Fiscalía Centésima Novena del Área



Metropolitana de Caracas, y emita el correspondiente pronunciamiento y acto conclusivo contra la ciudadana **ISABEL RINALDO ANDAZORA**, y en el caso de tratarse de una acusación, hasta tanto los órganos de justicia penal resuelvan hasta sentencia definitiva; por lo cual la citada infante deberá permanecer bajo la custodia del padre ciudadano **PEDRO ALBA LINARES**. Y a los fines de garantizar las relaciones materno-filiales, disponga de un Régimen de Convivencia Familiar Supervisado, en las instalaciones del Equipo Multidisciplinario entre la niña (...), y la ciudadana **ISABEL RINALDO ANDAZORA**".

Que "como quiera que debe garantizarse el desagravio de la situación jurídica infringida, tomando en cuenta los graves señalamientos plasmados en el presente escrito, como lo es el hecho que se pretenda revictimizar (sic) a la niña (...), además que a la misma figura como afectada en un proceso penal, con generan una presunción para quien ha de conocer la presente acción, en cuanto a dictar las providencias cautelares necesarias para tutelar los derechos de la niña de marras".

La Sala, por su parte, establece que:

Ahora bien, como punto previo, debe esta Sala advertir, que al momento de celebrarse la audiencia constitucional, se dejó constancia de que la parte accionante del amparo no compareció, ni sus apoderados judiciales, sin embargo, la Sala estimó necesario continuar con la celebración de la audiencia constitucional, en razón de que lo debatido afecta el orden público. En efecto, es necesario indicar la incidencia que sobre el orden público tienen los conflictos relativos al ejercicio de Derechos Constitucionales en los que se encuentran involucrados el interés y la protección de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes, carácter este contenido en las disposiciones de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescente (...) Así entonces, considerando que la naturaleza de los Derechos y Garantías de los Niños, Niñas y Adolescentes son de orden público, lo cual ha sido suficientemente destacado por la jurisprudencia de esta Sala Constitucional, (véase sentencias números 879/2001 y 1064/2003, 321/2005, 1158/2013, 42/2019, entre otras), y que ha permitido que ante ciertas circunstancias procesales, como la falta de asistencia del accionante y de la niña, a la audiencia constitucional, cuya identidad se omite de conformidad con lo señalado en el artículo 65 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes; la Sala de oficio, decida abstenerse de aplicar determinadas consecuencias jurídicas que de ordinario serían aplicables, como sería la terminación del proceso y continuar con la celebración de la



audiencia oral, que había sido previamente fijada mediante auto. En efecto, como antes se indicó la naturaleza del presente asunto es de estricto orden público porque involucra la vulneración de los derechos y garantías de la niña de autos, toda vez que se ha denunciado en reiteradas oportunidades su desaparición y retención indebida, por parte del ciudadano Pedro Alba Linares, siendo tramitadas dichas denuncias por los tribunales de instancia que se han conocido de los procedimientos sobre los diferentes aspectos del Régimen de Convivencia, así como los que han actuado en sede constitucional; evidenciándose, de las actas que integran el presente expediente, y de los expedientes que fueron remitidos del Circuito Judicial de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, que se encuentra comprometida su integridad física y psíquica, pues hasta la fecha de publicación del presente fallo se desconoce el paradero de la niña, cuya identidad se omite de conformidad con lo señalado en el artículo 65 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes; aunado a ello, al haber quedado evidenciada la contumacia en la que ha incurrido el ciudadano Pedro Alba Linares, ante el incumplimiento del llamado de comparecencia que le han hecho diversos Tribunales de Primera Instancia del Circuito Judicial de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas y Nacional de Adopción Internacional, así como el Tribunal Superior Segundo del Circuito Judicial de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas y Nacional de Adopción Internacional y este Alto Tribunal, actuando en Sede Constitucional.

La sala sentenció declarando: **SIN LUGAR** acción de amparo constitucional, se ordenó al Ministerio Público que dé inicio inmediatamente, a una investigación por la desaparición de la niña cuya custodia es discutida judicialmente, se acordó medida de prohibición de salida del país al ciudadano Pedro Alba Linares, y se ordenó Alerta de Difusión Roja, en razón de tener juicios pendientes en la Jurisdicción de la República Bolivariana de Venezuela, ante los Tribunales con competencia en Niños, Niñas y Adolescentes, así como el Penal Ordinario y Violencia contra la Mujer.

De acuerdo con lo sentenciado, el efecto inmediato de la no comparecencia a la celebración de la audiencia de amparo constitucional, es la terminación del proceso, entendiéndose el desistimiento. No obstante, la Sala Constitucional, conforme a criterio pacífico y reiterado, ha establecido que, con motivo de que la

materia controvertida es de orden público, por tratarse de derechos y garantías relativas a la protección de los niños, niñas y adolescentes, se hace necesario continuar con la celebración de la audiencia y decidir en atención al bien jurídico tutelado, que en este caso es la protección de la niña cuya custodia se encuentra bajo conocimiento de otros tribunales.

Todo ello conforme a lo establecido en el artículo 78 del texto constitucional, en concordancia con el artículo 8 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, que prevé la garantía del Interés Superior del Niño, Niña y Adolescente.

Así las cosas, toda institución familiar, como es el caso de la custodia y la responsabilidad de crianza, ventilada en el caso analizado, debe ser establecida en un todo conforme con el principio del Interés Superior del Niño y Adolescente, siendo que el mismo es de imperativo cumplimiento por parte del Estado, y tradicionalmente aplicado para la solución de conflictos en los que se encuentren involucrados intereses de niños y otros sujetos, tanto en los ámbitos judiciales, como administrativos o judiciales.





RESEÑA BIBLIOGRÁFICA

Universidad Católica Andrés Bello (UCAB). (2021) *“Crisis y Desencanto con la Democracia en América Latina.”* UCAB-Fundación Konrad Adenauer-AUSJAL. Caracas, Venezuela. Págs. 482.

Por: Jean-Denis Rosales Gutiérrez¹

Fecha de Recepción: 04 de Septiembre de 2021

Fecha de Aceptación: 24 de Septiembre de 2021

Episodios convulsos, como el que actualmente se experimentan a causa de la expansión global del virus **SARS-CoV-2**, llevan a cuestionar lo que se dice, de que se ha normalizado. Esta crisis sanitaria, la mayor en un siglo, pone ante la mirada mundial, el deterioro de los sistemas públicos de salud, así como la incapacidad de los sistemas privados para garantizar derechos sociales. Basta esto para darse cuenta de las transformaciones y de los límites de instituciones concebidas para garantizar el bienestar o satisfacer las necesidades y deseos de las personas. Estados, mercados y otras instancias de regulación de la vida social no explican –*si se les toma por separado*– las complejas dinámicas globales, ni las especificidades locales. Hay entre todas estas instancias vasos comunicantes y sus límites son difusos. De manera, que toda propuesta de política pública, para ser eficiente, debe contar con un análisis profundo de las fuerzas y de los intereses implicados, de su impacto diverso en función de la estratificación social, tan acentuada en **América Latina y el Caribe** a causa de la alta desigualdad. Además, se constata una caracterización de las instituciones políticas marcadas por trayectorias no lineales donde convergen intereses de familia y aspiraciones de ingreso a las bondades del desarrollo.

El periodo que va de 2002 a 2014, junto al crecimiento económico, fue escenario de avances en la reducción de la pobreza y la desigualdad. Este momento notable, sin embargo, parece haberse sostenido sobre pies de barro. Numerosos países de la región aumentaron sus ingresos a partir de la reprimarización de sus economías. Apostaron al crecimiento aprovechando el

¹ Abogado Egresado de la Universidad de Los Andes (ULA). Mención *Cum Laude*: (2004). Segundo de la Promoción. Profesor de Derecho Constitucional, Derecho Administrativo I y II (ULA). Especialista en Derecho Tributario (ENAHPIUT). Especialista en Derecho Administrativo (UCV). Profesor en la Especialización de Derecho Administrativo y Derecho Tributario (ULA). Aspirante a Doctor en Ciencias Jurídicas (LUZ). **Coordinador del Grupo de Investigación Robert Von Möhl (GIROVOM)**. Correo Electrónico: jeanrosales1984@gmail.com. Orcid: <http://orcid.org/0000-0003-1744-3281>.

incremento de precios de las materias primas. De manera que el continente pareció volcarse de nuevo hacia su pasado, aunque esta vez con una mayor voracidad en la extracción de minerales, hidrocarburos, agua y biodiversidad.

Por otra parte, acaso con buena intención, hay voces que proclaman que más que combatir la pobreza y la desigualdad se debe propiciar el crecimiento. De esto, ya se tiene una experiencia suficiente debido a la aplicación de medidas de ajuste estructural, que propiciaron la retirada de los Estados para dejar que los mercados se regularan por sí mismos. El lento crecimiento previo a los efectos de la pandemia volvió a poner ante los ojos del público, el debate sobre las bases del crecimiento. Para algunos sectores esto debe basarse en la atracción de inversión extranjera, la preponderancia del capital financiero, el ingreso a la revolución digital y la apuesta por la innovación y la competitividad.

Pero otras voces emergen. El estancamiento económico a partir de 2014, implicó un nuevo aumento de la pobreza y de la pobreza extrema, así como una disminución del ritmo de reducción de la desigualdad. Sin crecimiento económico y sin un compromiso sostenido de los Estados para garantizar los derechos sociales, se atestigua a partir de 2019 el incremento del malestar y de la insatisfacción de la población hacia ese conjunto difuso de instancias que condicionan el bienestar. Aun cuando los actores políticos pueden ser identificados, es cada vez **mayor el descontento** hacia todo ese conjunto difuso de agentes que intervienen en la adopción de medidas políticas, económicas, culturales, territoriales o ambientales. Se percibe que las instituciones no actúan en función de la vigencia de los derechos de las personas, ni en razón del cuidado del ambiente, sino como garantes de intereses particulares.

En este contexto hay que situar la crisis de la democracia en América Latina, que no implica rupturas catastróficas, pero sí debilidades estructurales y riesgos de caudillismo, corporativismo, clientelismo, autoritarismo o cooptación de las instituciones. Situaciones, que adoptan formas específicas en lo local. Sin embargo, hay signos, que muestran posibilidades para salir de lo que parece un destino arraigado en nuestras sociedades. Muchas constituciones recientes –o reformas constitucionales– dan testimonio de la **voluntad de cambio** y de la conciencia de la necesidad de reconocer y garantizar los derechos de ciudadanía. Cientos de instituciones participativas se han creado en las tres últimas décadas en un notable proceso de experimentación democrática. Miles de movilizaciones





populares tienen lugar cada año, mostrando la capacidad de resistencia de poblaciones y la disposición de ciudadanos a hacer oír su voz.

Aun cuando estos esfuerzos son estigmatizados, y, quienes participan en ellos continúan siendo víctimas de agresiones. Este libro da cuenta de una parte de esta realidad crítica. Se centra en el estudio de las percepciones cambiantes que la ciudadanía tiene de la democracia en América Latina y analiza los factores estructurales que, en combinación con la agencia de actores políticos y sociales, determinan la evolución de la democracia en la región.

Como todo estudio sobre un proceso en marcha, este libro está obligado a ir a la zaga de los acontecimientos, que se desarrollan a una velocidad extraordinaria, con el fin de obtener una suficiente distancia analítica. La enorme cantidad de movimientos sociales, que han emergido en la región en los años recientes, y la movilización notable, que se está produciendo en 2021, hablan de una ciudadanía que no está dispuesta a **dejar en manos de los políticos su destino**, y que busca formas de incidencia en los asuntos públicos.

En América Latina conviven a un mismo tiempo varias crisis con orígenes y consecuencias diferentes que se superponen unas a otras generando un clima general de malestar social y político. La llegada de la tercera década del siglo XXI se encuentra con graves déficits económicos, crecimiento de los índices de pobreza, tensiones entre los Estados y crisis de representación política.

Esta situación de malestar ha evolucionado negativamente en toda la región. Hacia el año 2014 las tendencias recogidas en numerosos análisis indicaban que después de los avances alcanzados en la última década en materia de fortalecimiento de la democracia en América Latina, así como en la reducción significativa del índice de pobreza de ingresos registrado hasta esa fecha, muchos países de la región se enfrentaron a un aumento potencial de este índice, a fuertes críticas sobre la capacidad y calidad de sus Estados para suministrar los bienes y servicios públicos, y a amplias denuncias sobre casos de corrupción. Estos fenómenos, sumados al impacto económico causado por la caída de los precios de las materias primas en los mercados internacionales, conformaron un contexto de amenazas para el bienestar social y las oportunidades de crecimiento.

En este contexto, entre 2017 y 2019 América Latina atraviesa un “súperciclo” electoral que abarca elecciones legislativas y/o presidenciales en catorce países de la región. En ese gran ciclo electoral se evidenciaron cambios



profundos en las preferencias de los electores que transformaron el mapa político de la región. Esta nueva representación, es expresión de procesos sociales y políticos más de fondo cuya raíz está en la profunda crisis que vive la región y que denota la búsqueda por parte de los electores de nuevas respuestas. Quizás los casos más emblemáticos de esos cambios se pueden evidenciar en el triunfo de Andrés Manuel López Obrador en las elecciones federales de México, en julio de 2018, lo que implica una ruptura en el tradicional sistema de partidos dominantes en este país; y en Brasil, el triunfo de Jair Bolsonaro en las elecciones de octubre de 2018, que irrumpe en la política regional representando una extrema derecha nacionalista y contraria en sus banderas políticas a toda la historia reciente de Brasil. Este ciclo electoral continúa en 2019 con elecciones legislativas y/o presidenciales, por orden cronológico, en El Salvador (febrero), Panamá (mayo), Guatemala (junio), y Argentina y Bolivia (octubre), cuyos resultados son significativos de las tensiones propias de esas sociedades. En el año 2020 se fue testigo también, de importantes cambios por la vía electoral. Y en el 2021 también, han ocurrido procesos que dan cuenta de los cambios en las preferencias electorales.

Junto a este movimiento electoral se desataron las olas de protestas de 2019 en Chile, Colombia y Ecuador, seguidas luego de las confrontaciones en Bolivia, que terminaron con el derrocamiento del presidente Evo Morales. Se sumaron también los estragos del extremismo autoritario de Venezuela y Nicaragua (2018-2021). En el caso venezolano, el efecto expansivo hacia sus países vecinos se ha manifestado por la huida en estampida de la población en grandes oleadas migratorias, amén de los conflictos con los Estados vecinos, especialmente con Colombia.

En el año 2020, el impacto de la pandemia del COVID-19 agravó la crisis de la región. Además de sus terribles efectos sanitarios, según los datos de la Comisión Económica para América Latina (Cepal), para este año se calcula que la recesión económica, que la pandemia ha traído consigo podría arrastrar a la pobreza a más de 28 millones de personas, superando los 200 millones en la región, equivalente a un 35 % de la población. La pandemia también ha fortalecido el ejercicio autoritario del poder, a través de las fórmulas de los "estados de excepción". El COVID-19, solo ha hecho más visibles, los problemas, que en la última década han agobiado a la región, las fragilidades de sus



democracias, la incapacidad de los Estados para responder a las demandas sociales y las tendencias autoritarias de la institucionalidad política de los países.

Paralelamente, también durante la última década América Latina ha evidenciado un sostenido aumento de las protestas como forma de participación política, en comparación a la participación electoral. Un estudio realizado por el Banco Interamericano de Desarrollo evidenció, que desde el año 2000 a la fecha, la participación electoral en América Latina es relativamente estática, en comparación a un sostenido aumento de la protesta como forma de participación política. Al reciente ciclo de protestas ya referido en Chile, Colombia, Ecuador, a finales de 2019, se sumaron luego, con características diferentes, Bolivia, Costa Rica y Guatemala. Al momento de escribirse estas líneas las protestas volvieron a la calle en varias regiones de Colombia.

Rechtsstaat

Estado de Derecho



PUBLICACIONES

ARTÍCULOS

Aproximación Elemental al Derecho Administrativo Global

Héctor Turuhpial Cariello

Smart Contracts y el consumidor 2.0: Comprendiendo como la blockchain ha propiciado una nueva forma de contratación transnacional

Maryori Molina Luna

Admisión de los Hechos, Rebaja de Pena y Castigo en el Homicidio

Francisco Ferreira D'Abreu

Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano y Cambio Constitucional en Chile: El Mandato de los Derechos Sociales

Angello Javier Peña Barrios

Participación Ciudadana y Sociedad Civil: Enclave Jurídico de la Autonomía del Estado

Jim Douglas Morantes Monzón

Fiscalización en la Ley de Timbre Fiscal del Estado Bolivariano de Mérida

Sandra Paola Parra Rivas

Análisis de la Sentencia N° 097 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 14 de mayo de 2019. Magistrada Carmen Zuleta de Merchán

Francisco Alfredo de Jongh Sarmiento

RESEÑA BIBLIOGRÁFICA. Universidad Católica Andrés Bello (UCAB). (2021) "Crisis y Desencanto con la Democracia en América Latina" UCAB – Fundación Konrad Adenauer- AUSJAL. Caracas, Venezuela. Págs. 482.

Jean-Denis Rosales Gutiérrez

Rechtsstaat Estado de Derecho



• Año 3 • Nº 6 • julio - diciembre, 2021

Editor en Jefe:

Abdón Sánchez N.

Editores Adjuntos:

Jean-Denis Rosales Gutiérrez y
María V. Marcano D.

Comité Editorial:

Aura M. Morillo P. (ULA)
Edualis Navas (ULA)
Alex David Hernández (ULA)
Frank Rivas Torres (ULA)
Enrique Abraham Andara (ULA)

Comité de Arbitraje:

Carlos García Soto (UMA)
Ramsis Ghazzaoui (UCAB)
José Gregorio Silva Bocaney (UCV)
Carlos Luis Carrillo Artilles (UCV)
Jesús María Alvarado Andrade (UCV)
Servillano Abache Carvajal (UCV)
Alberto Blanco Uribe-Quintero (UCV)
Ronald Chacín Fuenmayor (LUZ)
David Gómez Gamboa (LUZ)

Consejo de Redacción y/o Asesor:

Daniela Urosa Maggi (UMA)
Ninoska Rodríguez Laverde (UCAB)
Paula Bianchi Pérez (ULA)
Francisco Ferreira Abreu (ULA)

Autoridades Administrativas:

Rector: Mario Bonucci Rossini
Vicerrectora Académica: Patricia Rosenszweig Levy
Vicerrector Administrativo: Manuel Aranguren Rincón
Secretario: Jose María Andérez
Decano: José Antonio Rivas Leone

Depósito Legal: ME 2018000132

ISSN: 2739-0330

Portada:

José R. Huggins Vera

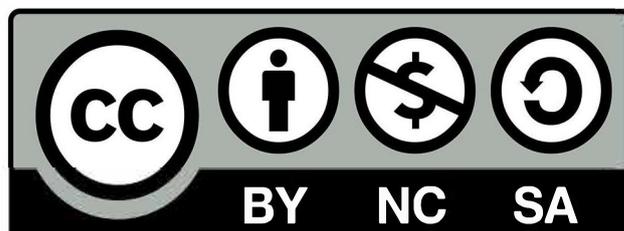
Diagramación:

José R. Huggins Vera

Logo:

Logo University of Heidelberg
Uni Heidelberg
Sello de la Universidad de Heidelberg

<http://erevistas.saber.ula.ve/Rechtsstaat>
rechtsstaat@gmail.com



LA REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO, POSEE ACREDITACIÓN DEL CONSEJO DE DESARROLLO CIENTÍFICO, HUMANÍSTICO, TECNOLÓGICO Y DE LAS ARTES. UNIVERSIDAD DE LOS ANDES (CDCHTA-ULA).

LA RESVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO, ASEGURA QUE LOS EDITORES, AUTORES Y ÁRBITROS CUMPLEN CON LAS NORMAS ÉTICAS INTERNACIONALES DURANTE EL PROCESO DE ARBITRAJE Y PUBLICACIÓN, DEL MISMO MODO APLICA LOS PRINCIPIOS ESTABLECIDOS POR EL COMITÉ DE ÉTICA EN PUBLICACIONES CIENTÍFICAS (COPE), IGUALMENTE TODOS LOS TRABAJOS ESTÁN SOMETIDOS A UN PROCESO DE ARBITRAJE Y DE VERIFICACIÓN DE PLAGIO.

LAS OPINIONES EXPRESADAS EN ESTA PUBLICACIÓN NO REPRESENTAN NECESARIAMENTE EL PENSAMIENTO DE LA REVISTA Y SON DE EXCLUSIVA RESPONSABILIDAD DE SUS AUTORES.