



UNIVERSIDAD
DE LOS ANDES
VENEZUELA



Facultad de Ciencias Jurídicas, Políticas y Criminológicas.

Escuela de Derecho.

Departamento de Derecho Procesal

RECHTSSTAAT

ESTADO DE DERECHO

UNIVERSIDAD DE HEIDELBERG Y UNIVERSIDAD DE LOS ANDES PRIMERA
UNIVERSIDAD Y ESCUELA DE DERECHO

REVISTA DE INVESTIGACION CIENTIFICA
AÑO 5 • N° 10 JULIO - DICIEMBRE 2023
DEPOSITO LEGAL: ME2018000132 ISSN: 2739-0330



ula
Girovom
Grupo de Investigación
Robert Von Mühl

RECHTSSTAAT

ESTADO DE DERECHO

Editor en Jefe:

Abdón Sánchez N.

Editor Adjunto:

Jean-Denis Rosales Gutiérrez

Comité Editorial:

Jesús Morales Carrero (ULA-Ven)
Bartolomé Gil Osuna (PUCESI-Ecu)
Marina Méndez Cabrita (Uniandes-Ecu)
Sandra Ruíz Gros (PUCESI-Ecu)
Frank E. Rivas Torres (ULA-Ven)
Henrique Abraham Andara (ULA-Ven)

Comité de Arbitraje:

Ramsis Ghazzaoui (UCAB-Ven)
José Gregorio Silva Bocaney (UCV-Ven)
Jesús María Alvarado A. (UFM-Gua)
Serviliano Abache Carvajal (UCV-Ven)
Alex David Hernández (ULA-Ven)
Fabiola del Valle Tavares D. (LUZ-Ven)
Maryori Nahiry Molina Luna (PUCV-Chl)
Francisco Ferreira Abreu (ULA-Ven)
Paula Beatriz Bianchi Pérez (ULA-Ven)
Enrique Ruíz Gros (UIV-Esp)
Arellys Rondón de Guillén (ULA-Ven)
David Gómez Gamboa (LUZ)-Ven
Carlos Luís Carrillo Artilles (UCV-Ven)
Alex David Hernández D. (ULA-Ven)
Ronald Chacín Fuenmayor (LUZ-Ven)

Consejo de Redacción y/o Asesor:

Daniela Urosa M. (Boston College-USA)
Carlos García Soto (UMA-Ven)
Miguel A. Gómez O. (ULA-Ven)
Ninoska Rodríguez L. (UCAB-Ven)

Autoridades Administrativas.

Rector: Mario Bonucci Rossini.
Vicerrectora Académica: Patricia Rosenszweig Levy.
Vicerrector Administrativo: Manuel Aranguren Rincón.
Secretario: Manuel Joaquín Morocoima.
Decano: José Antonio Rivas Leone.

Depósito Legal: ME 2018000132

ISSN: 2739-0330 (en línea)

Portada:

Zandra K. Mora Trejo

Diagramación y Diseño:

Zandra K. Mora Trejo

Servicio de Traducción:

Nathaly del Valle Dávila L. (ULA-Ven)

Logo:

Logo University of Heidelberg
Uni Heidelberg

Sello de la Universidad de Heidelberg <http://erevistas.saber.ula.ve/Rechtsstaat>
rechtsstaat@gmail.com.

Dependencia de Adscripción:
Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas,
Escuela de Derecho,
Departamento de Derecho Procesal,
Grupo de Investigación Robert Von Möhl.



LA REVISTA RECHTSSTAAT: ESTADO DE DERECHO, POSEE ACREDITACIÓN DEL CONSEJO DE DESARROLLO CIENTÍFICO, HUMANÍSTICO, TECNOLÓGICO Y DE LAS ARTES, UNIVERSIDAD DE LOS ANDES (CDCHA-ULA). LA REVISTA 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.





EDITORIAL

TABLA DE CONTENIDO

Presentación al Decimo Número de la Revista

Profesor Abdón E. Sánchez Noguera 5-12

ARTICULOS ORIGINALES

Políticas Públicas para el Derecho a una Agenda del Cambio Educativo en el Ecuador (2008-2018)

Public Policies for the Right to an Agenda for Educational Change in Ecuador (2008-2018)

Betty Salazar y Vladimir Aguilar Castro 12-26

Reflexiones en Torno al Neo-Constitucionalismo y el Interculturalismo

Reflections around the Neo-Constitutionalism and the Interculturalism

Aaron Vinicio Huerta Fernández 27-45

Los Tributos en el Sector Económico de las Telecomunicaciones de Venezuela

Taxes in the Economic Sector of Telecommunications in Venezuela

Dolis Marina Sánchez Ramírez 46-68

Procedimiento Especial de Admisión de los Hechos Desde la Perspectiva de la Tutela Efectiva

Special Procedure for Admission of Facts From the Perspective of Effective Guardianship

Leonardo Antonio Rodríguez Pérez 69-84

Análisis Jurídico Respecto a la Gobernanza Participativa de las Comunidades Aledañas a Zonas de Extracción de Minera en el Ecuador

Legal Analysis Regarding the Participatory Governance of the Communities Surrounding Mining Extraction Zones in Ecuador

Segundo Méndez Criollo y Pablo Gabriel Recalde Castillo 85 - 102



ula
Girovom
Grupo de Investigación
Robert Von Mohl



TABLA DE CONTENIDO

Semillero Académico
Estados de Excepción en Venezuela
States of Exception in Venezuela

Maribel Santiago Santiago 103-121

Addendum Jurisprudencial
¿Allanamiento del Velo Societario o Grupo de Empresas?
Caso de estudio: Sentencia de la Sala Constitucional Número 903 de fecha 14 de mayo de 2004, caso Transporte SAET S.A.

Luis Alberto Martínez Chacón 122-127

Reseñas de libro

Obra Colectiva (2022) "Curso de Derechos Humanos" Ana María Ibarra Olguín
(Coordinadora) Centro de Estudios Constitucionales SCJN. México D.F.

Por: Jean-Denis Rosales Gutiérrez 128-132



ula
Girovom
Grupo de Investigación
Robert Von Möhl



PRESENTACIÓN

Me contenta llevar a cabo la introducción del Décimo Número de la **Revista “Rechtsstaat: Estado de Derecho”**. En esta ocasión, se muestran nuevamente unos trabajos de especial importe académico de varios Profesores, que proceden de dos grandes Universidades de la República de Venezuela. Es preciso indicar que, en estas producciones intelectuales se aprecia el compromiso con el avance de la ciencia jurídica, pues su energía intelectual se erige como transmisora del sentido acucioso y reflexivo, al demostrar su estrecha afinidad con la invaluable tarea de impulsar la investigación en sus referidas casas de estudio. Así como mantener activa la chispa de inquietud científica en el alumnado y en los investigadores de la activa Escuela de Derecho de la Universidad de Los Andes, quienes al leer trabajos procedentes de muy diferentes orígenes, procurarán consumir el objetivo final del servicio público prestado por nuestra Universidad a la colectividad, el cual gira en torno al acercamiento de aportes intelectuales que garanticen el cumplimiento de los fines de la producción de conocimiento para el alcance de la calidad de vida y el bienestar integral de humanidad.

Con el tránsito del Número 10 de nuestra todavía novel Revista Científica, la Facultad de Ciencias Jurídicas, Políticas y Criminológicas de la Universidad de Los Andes (ULA) por medio de su Dirección de la Escuela Derecho, y, a su vez, de su Departamento de Derecho Procesal con su novel, pero laborioso y prestigioso Grupo de Investigación Robert Von Möhl (GIROVOM), continúan con sus amplias labores académicas; continúan investigando; escribiendo; tutorando; diseñando diversos Proyectos académicos de diversa índole; pero sin que quede la más mínima duda, que el personal investigativo sigue estudiando para enseñar a los nuevos estudiantes que ingresan a nuestro recinto universitario con la finalidad de formarse como los futuros abogados que requiere la República para consolidar un Estado de Derecho.

Cabe decir, que hace poco, las diferentes Escuelas de las disciplinas sociales de la Universidad de Los Andes (ULA) han venido desarrollando conversatorios, charlas, talleres, y conferencias de todo tipo en lo unido con la interdisciplinariedad, en vista de que, los científicos sociales han visto la necesidad de abordar todas sus investigaciones desde una visión sistémica a su objeto de estudio, para que permita su pleno entendimiento, desde cada uno de sus ángulos.

En cierta manera, nosotros los juristas si somos interdisciplinarios, pero lo somos, en mayor o menor medida: unos más que otros. Algunos, han combinado la filosofía con el derecho. Y entonces, acaban convirtiéndose en filósofos jurídicos; otros, los publicistas, por ejemplo, abordan al derecho constitucional y al derecho administrativo desde una visión particular, de lo que fue algún tiempo atrás, allá en el siglo XIX, y buena parte del siglo XX, el **Derecho Político**. Sin olvidar, a los internacionalistas, que combinan su objeto de estudio como muy bien diría **Marcel Merle**, a la *sociología de las relaciones internacionales con el Derecho*

(*internacional*), en una comunidad o sociedad sumamente vasta, como la sociedad homónima.

Asimismo, se observa, que los politólogos y los criminólogos, cada uno desde su punto de vista particular, estudian a la *Constitución y la legislación* con un enfoque particular, y que resulta completamente diferente al propiamente dogmático de los juristas; lo que algunos autores no dudan en llamar como el estudio sociológico del Derecho, a través de las diferentes relaciones sociales que pueden verse inmersas en las normas. Todos, de alguna manera, tenemos un poco de jurista; todos de alguna manera, tenemos un poco de sociólogo.

Lo sociológico y lo dogmático, es una cuestión de estilo o personalidad en el investigador, que puede hallarse en mayor o en menor medida en nuestra mente. Y así sucesivamente, puede verse con otros estilos como el **AED**, por ejemplo, que es el **Análisis Económico del Derecho**, que para mayores detalles recomendamos el trabajo del **Prof. Gabriel Doménech Pascual**, quien es Profesor de la Universidad de Valencia en España, y explica en un famoso artículo científico publicado en el mismo reino español, **¿cómo y para qué hacer Análisis Económico del Derecho?**

En general, los juristas que se dedican a la investigación interdisciplinaria tienden a no ser tan dogmáticos, ya que ven al derecho como una experiencia viva y vivida, inmersa en contextos históricos, sociales, políticos, culturales y económicos. Se plantean preguntas diferentes a los investigadores meramente dogmáticos, para quienes las preguntas y respuestas centrales deben venir estrictamente del sistema jurídico hermenéuticamente cerrado. Los primeros en abogar por una disciplina jurídica más abierta, fueron los realistas jurídicos estadounidenses y escandinavos, que creían al derecho como una institución empíricamente observable y sujeta a continuos cambios.

Del mismo modo, la **Jurisprudencia Sociológica** de Roscoe Pound, Eugen Ehrlich y Max Weber reconoció la posibilidad *-e incluso la necesidad-* de un estudio sistemático de sociedad y el valor de los efectos sociales del derecho y de su creación.

En consonancia con estas tradiciones, han surgido diversos enfoques de la investigación jurídica que integran el derecho en su contexto más amplio. Las diferentes ramas de los *Estudios Jurídicos Empíricos* tratan de movilizar los estándares metodológicos de la investigación empírica para investigar de dónde viene el derecho *-qué actores e instituciones sociales producen el derecho-* y qué efectos tiene en su entorno social más amplio. El movimiento **Derecho y Sociedad** busca una integración más profunda de la investigación jurídica tradicional con los métodos y teorías de la sociología, la ciencia política, la estadística, la matemática, la psicología, y la antropología para exponer las discrepancias entre el “*derecho en los libros*” y el “*derecho en acción*”.

El **Análisis Económico del Derecho** aplica modelos de actuación racional y el parámetro de eficiencia al estudio del derecho. Recientemente, con el aumento de la codificación y la categorización, el derecho y la tecnología no sólo analiza la toma de decisiones algorítmica, sino que también invita a realizar análisis más “*mecánicos*” y causalistas del derecho.

Este número especial presenta enfoques interdisciplinarios del derecho y del análisis jurídico

que no sólo plantean preguntas diferentes a las de la investigación dogmática, sino que también van más allá de los enfoques ya clásicos de **“Derecho y ...”**. La primera y la última contribución, de Wilson y Wilenmann, Feddersen, Gambardella y Cavieres, respectivamente, enmarcan el número especial indagando por el valor de la investigación interdisciplinar como campo de actividad académica. Las contribuciones de Rengifo y Gamonal, a su vez, son ejemplos del uso de otras disciplinas en la investigación jurídica. Todas las contribuciones aclaran cuestiones y problemas que hasta ahora indebidamente se han descuidado en la investigación jurídica.

Con **Wilson** se aborda la relación entre el derecho y la historia en las Américas. Identifica una brecha teórica y metodológica entre la historia jurídica norteamericana y la latinoamericana, principalmente debido a las importantes limitaciones institucionales en América Latina. Mientras, que en Estados Unidos había surgido una vertiente crítica de la investigación jurídica histórica, en América Latina la historia jurídica apenas desempeñaba un papel más allá de una *“historia de las contingencias”*. **Wilson** sostiene que los enfoques históricos pueden y deben hacer mucho más que eso: proporcionar explicaciones históricas más profundas, explicar el papel del derecho en la creación de las estructuras actuales de las relaciones sociales y *-sobre todo-* ayudar a dudar y desnaturalizar los acuerdos institucionales actuales para evitar la repetición constante del pasado.

Rengifo muestra cómo un enfoque feminista del derecho de familia puede aclarar la función social del divorcio en el siglo XIX como medio de protección de las mujeres frente al maltrato. Rengifo deja claro *-mediante el análisis de casi 600 casos de divorcio de la segunda mitad del siglo XIX-* que el divorcio fue utilizado por las mujeres para garantizar sus derechos fundamentales, como el derecho a la vida o a la seguridad personal. Además, **Wilson** demuestra que el *“hogar”* desempeña un papel fundamental como frontera entre la vida familiar y el Estado, por un lado, y como espacio en el que los derechos de ambos cónyuges interactúan antagónicamente, por el otro. Para utilizar el lenguaje de Wilson en este volumen: al hacerlo, Rengifo *“desmitifica”* los conceptos de *“hogar”* y *“matrimonio”* y contribuye a los análisis feministas e históricos del derecho como ejercicio crítico.

Por su parte, Gamonal invita a mirar *-y defiende el uso de-* los estudios utópicos para el análisis del derecho laboral. Alineado ampliamente con el movimiento del derecho y literatura, identifica el lugar del trabajo no deseado en la literatura renacentista y en los relatos socialistas utópicos del siglo XIX. Con ello, desvela el carácter del derecho del trabajo como distopía parcial, que opera en beneficio de los más fuertes y en detrimento de los trabajadores más débiles, así como su carácter utópico en el sentido de proyecto transformador de la sociedad. En este último sentido, propone ideas novedosas para regular el trabajo no deseado, destacando así el potencial del derecho laboral en el siglo XXI.

Finalmente, **Wilenmann y sus colegas** vuelven a la promesa de Wilson de una disciplina jurídica interdisciplinaria. Lamentan la separación de la disciplina jurídica de otras ciencias sociales en el estudio de las crisis institucionales en Chile. Mientras que los científicos sociales han arrojado luz sobre el efecto corrosivo de la persistente ideología neoliberal en la relación entre los individuos y el Estado y el aumento de lo que se ha llamado *“individualismo agéntico”* como una experiencia de debilidad y desencanto institucional, la disciplina jurídica en Chile ha sido desconectada de

estos desarrollos. Al descartar estas crisis como un tema no jurídico, el derecho podría haber perdido influencia en otras disciplinas y desarrollado debilidades metodológicas, careciendo de la información necesaria para analizar las instituciones y las crisis.

Como demuestran estas contribuciones, no sólo es posible llevar a cabo una investigación jurídica interdisciplinar, sino que además es sumamente esclarecedora e informativa. Todos los colaboradores nos invitan a dejar de lado nuestras ideas preconcebidas y conducen a un viaje en el que se puede aprender a ver el derecho no como un área antagónica, cerrada y abstracta para la reflexión intelectual, sino como un campo de narrativas, historias e ideas que reflejan e influyen en los procesos sociales, políticos, culturales e históricos.

De este modo, llaman la atención sobre actores hasta ahora ignorados por la sociedad: esclavos, indígenas, trabajadores y mujeres. Y a veces ignorados incluso por el sistema jurídico. Estas perspectivas pueden ayudar al derecho a afirmarse como una disciplina relevante para el análisis de los procesos y a las relaciones que ayuda a conformar y tiene el potencial de cambiar.

Ahora bien, se pasará a llevar a cabo brevemente, la promoción de los trabajos del siguiente número:

En *primer lugar*, los investigadores **Betty Salazar y Vladimir Aguilar Castro** desarrollaron el tema de las “*Políticas Públicas para el Derecho a una Agenda del Cambio Educativo en el Ecuador (2008-2018)*” donde exponen como las políticas públicas son un asunto que cada vez exige más, y que requiere no solo la participación del Estado, sino también de la sociedad y del sector privado. El tema de la educación, por otra parte, afecta y beneficia a todos bien sea directa o indirectamente. Los padres se interesan por la educación de sus hijos, los hijos se preocupan por su formación y su futuro, y los docentes tienen en la educación su vida profesional, su vida laboral, una de sus satisfacciones personales y su *modus vivendi*.

De esta forma, las sociedades, como la ecuatoriana, no son estáticas y deben adaptarse a su dinamismo y a los constantes cambios internos e influencias externas. Un ejemplo claro de esto último ha sido la revolución digital lo que ha generado fenómenos como las Tecnología de la Información y Comunicación (TIC), que a su vez proporcionan información ilimitada que pueden representar una ventaja, pero también un problema. Esto a su vez, da paso para infinitos escenarios y preguntas que apenas hace veinte años no eran importantes. La educación se expande, abarcando más materias, pero también, en términos de calidad, debe ser superior a la que se recibió en generaciones pasadas; es decir, los hijos deben estar mejor educados que los padres. La educación además debe ser pertinente para un mercado cada vez más global y competitivo, y transversal, y está obligada a incorporar a todos los sectores de la población, sin exención por razón alguna, ni siquiera por su carencia de capacidades.

En *segundo lugar*, el investigador **Aarón Vinicio Huerta Fernández** desarrolla el tema “*Reflexiones en Torno al Neo-Constitucionalismo y el Interculturalismo*” donde expone que, el *Neo-Constitucionalismo*, fue creado como una versión mejorada y ampliada del constitucionalismo decimonónico anterior a la IIGM, que impidiese el resurgir de la crisis del derecho germinada desde

la década de los 20, y con ello el periodo de entreguerras, y la IIGM. El Derecho Constitucional post IIGM siguió siendo aquél, de interrelaciones entre el Constitucionalismo, y, la Constitución de las reglas como mandatos categóricos imperativos de tipo positivo y negativo en la búsqueda de un Estado maniatado al Derecho, pero con la anexión de principios y valores jurídicos desde el renovado marco normativo de las Constituciones de la post-guerra; adicional, al redimensionamiento fijo de los derechos fundamentales como valores inmanentes de la Constitución, y con ello, de un nuevo método auto-limitativo de un Estado constitucional, distinto del anterior y más simple al Estado legal. El *Neo-Constitucionalismo* no dimite nunca a la idea del Constitucionalismo por concretar el Estado de Derecho, solo se vale de nuevas técnicas y senderos. De manera concluyente, la culminación de la IIGM plantea el surgimiento de una nueva etapa histórica, tal cual, como fue con la forzosa ruptura jurídica con el régimen político de la época del Siglo XVIII con el *Absolutismo*, y la repercusión de la ideología insurrecta contra el *ancien régime* con *iusnaturalistas racionalistas* y *iusnaturalistas contractualistas*.

En *tercer lugar*, la investigadora **Dolis Marina Sánchez Ramírez** desarrolla el tema “*Los Tributos en el Sector Económico de las Telecomunicaciones de Venezuela*” donde expone que El **Título XI** de la **Ley Orgánica de Telecomunicaciones** de la República de Venezuela (a continuación LOTel) está referido a la materia *<De los Impuestos, Tasas y Contribuciones>*, que gravan especialmente las actividades de telecomunicaciones desempeñadas en el territorio nacional. Dicho Título ha tenido por finalidad regular ordenadamente los tributos especiales que desde el año 1918 ha venido gravando progresivamente, pero en forma rudimentaria y con escasa técnica tributaria, las actividades de telecomunicaciones que fueron saliendo con el avance tecnológico. Destaca en esa normativa promulgada en el año 2000, el propósito legislativo de adoptar una estructura impositiva muy simple basada en la imposición a los ingresos brutos de los operadores de telecomunicaciones, que ya venía siendo adoptada en las grandes concesiones de telefonía celular, mediante cláusulas de naturaleza contractual de dudosa legalidad, frente a las escuetas fórmulas del artículo 15 de la Ley de Telecomunicaciones de 1940. Sin embargo, hay también fórmulas adoptadas para la determinación de algunas tasas previstas en ese Título de la LOTel, cuya precisión fue delegada por el legislador a la potestad reglamentaria del Ejecutivo Nacional, y, en ciertas hipótesis, a las reglas nacidas de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL).

En *cuarto lugar*, el investigador **Leonardo A. Rodríguez Pérez** desarrolló un trabajo titulado “*Procedimiento Especial de Admisión de los Hechos Desde la Perspectiva de la Tutela Efectiva*” donde expone que la justicia en el ámbito interno de la República Bolivariana de Venezuela, presenta muchas transformaciones a lo largo de su historia republicana, entre ellas destaca la ocurrida en el año 1999, cuando entra en vigencia la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en virtud que la aplicabilidad y respeto de la carta magna generó una modificación total en la forma de administrar justicia. Función estatal *a posteriori* de la citada data debió ajustarse, y especialmente ceñirse a los valores superiores implementados dentro del novedoso ordenamiento jurídico del Estado democrático y social de derecho y de justicia, entre los que se hallan la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad individual y social, pero con mayor énfasis en la preeminencia de los derechos humanos. Evidentemente, la reforma del sistema de justicia figuró un gran avance en la ciencia Procesal Penal venezolana, en razón que mutó

de un sistema presuntamente mixto, que al final de su aplicabilidad, culminó siendo radicalmente inquisitivo, convirtiendo al poder judicial en lo que Zaffaroni afirma como un oprobio del mismo a un mero auxiliar del poder ejecutivo.

En *quinto lugar*, los investigadores **Segundo Méndez Criollo y Pablo Gabriel Recalde Castillo** desarrollaron un trabajo titulado “*Análisis Jurídico Respecto a la Gobernanza Participativa de las Comunidades Aledañas a Zonas de Extracción de Minera en el Ecuador*” que versa acerca de la importante gobernanza participativa de las comunidades donde se realizan actividades extractivistas, o sus habitantes se hallan cerca de proyectos mineros, considerando que la extracción minera no genera beneficios en las localidades de donde se realiza dicha actividad, por la falta de participación ciudadana en el diseño de políticas mineras. Para lo cual, se aborda temas relevantes como el derecho a la participación ciudadana, planificación de política minera y derecho ambiental, considerando el derecho al buen vivir de los ecuatorianos. Es por ello, que, en las últimas tres décadas, la gobernanza del sector minero en Ecuador ha sido compleja y polarizada, con un énfasis en la necesidad de obtener recursos para reducir la pobreza de manera ambiental y socialmente garante.

En el “*Semillero Académico*”, la bachiller **Maribel Santiago Santiago** expone con un trabajo titulado “*Los Estados de Excepción en Venezuela*” que la declaratoria de los estados de excepción es una facultad del Ejecutivo Nacional, concretamente del Presidente Ejecutivo reunido en Consejo de Ministros (*Gobierno stricto sensu*) –*artículo 236.2 constitucional, y, artículo 236 aparte único*– para hacer frente a situaciones de crisis que no pueden ser resueltas por la legislación ordinaria, quedando así, revestido para dictar las medidas administrativas estrictamente necesarias para conjurar las situaciones de crisis originadas en cualquier modalidad de excepción y procurar restablecimiento de la normalidad e impedir la extensión de sus efectos. Sin embargo, esa facultad no es ilimitada ni absoluta, sino limitada por la misma Constitución, a situaciones de tipo excepcional que no pueden ser conjuradas con las medidas ordinarias, la negativa de suspender las garantías y derechos esenciales, la no interrupción del funcionamiento de las ramas del poder público, ni de los órganos del Estado y la responsabilidad del Presidente y sus Ministros cuando no se den las causas de la declaratoria.

En *séptimo lugar*, el investigador **Luis Alberto Martínez Chacón** expone en el “*Addendum Jurisprudencial*” un trabajo llamado “*¿Allanamiento del Velo Societario o Grupo de Empresas? Caso de estudio: Sentencia de la Sala Constitucional Número 903 de fecha 14 de mayo de 2004, caso Transporte SAET S.A.*” donde indica que en el foro jurídico, no pocas veces al analizar esta sentencia, o bien, al tratar el tema de los grupos de empresas, o, el del allanamiento del velo corporativo, se terminan al menos mencionando estos dos últimos conceptos y la sentencia *in comento*, relacionando siempre estos tres, de manera que usualmente se cita la sentencia como un ejemplo jurisprudencial de la aplicación de ambos conceptos, y en dicha argumentación suele incluso equipararse la teoría del levantamiento del velo corporativo a la de grupo de empresas, hasta usarse indiscriminadamente los términos, como si se trataran sinónimos de una misma institución.

Por último, en la sección de las “*Reseñas de Obras*”, el *Doctor en Ciencias Jurídicas* **Jean-Denis Rosales Gutiérrez** expone unos comentarios a la *Obra Colectiva* (2022) “*Curso de Derechos*

Humanos” de Ana María Ibarra Olguín (Coordinadora) Centro de Estudios Constitucionales SCJN. México D.F.; donde expone que, durante casi cinco años, el Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (CEC-SCJN) ha detonado discusiones académicas en temas que inciden directamente en la vida de las personas, pero que frecuentemente han sido olvidados en la literatura jurídica mexicana.

Se refiere a aquellas materias que se ocupan del derecho cotidiano, de la interacción de las personas con las normas. Por ejemplo, la vida familiar y sus reflejos en áreas más específicas como el interés superior de los niños y niñas, gestación por subrogación, restitución internacional de la infancia; así como los debates sobre la desigualdad, pobreza, diversidad sexual y los diferentes feminismos, entre muchas otras. Estos acercamientos al derecho que impactan directamente a los justiciables han sido publicados en más de cincuenta obras.

A la par, el CEC-SCJN ha desarrollado un modelo de formación de líneas jurisprudenciales, analizando en cuarenta cuadernos de jurisprudencia todos los criterios de la Suprema Corte de la novena, décima y, recientemente, la undécima épocas en materia de derechos humanos y otras instituciones jurídicas que han sido revolucionadas por la Suprema Corte, como el derecho de familia, el derecho de daños y el uso de evidencia científica. Así, pueden encontrarse las sentencias de la Corte de forma sistemática y concatenada, de modo que puede contarse la historia de los derechos. El contenido y alcance que, sentencia a sentencia, la Corte ha dotado a los derechos humanos. Estas publicaciones se encuentran, además, redactadas de forma sencilla y accesible, y se presentan de forma gráfica. El trabajo ha sido monumental, se han estudiado más de sesenta mil sentencias y articulado más de 800 líneas jurisprudenciales.

Espero, que el presente número sea de agrado para ustedes.

Profesor Abdón E. Sánchez Noguera
Editor en Jefe de la Revista
“Rechtsstaat: Estado de Derecho”

Políticas Públicas para el Derecho a una Agenda del Cambio Educativo en el Ecuador (2008-2018)

Public Policies for the Right to an Agenda for Educational Change in Ecuador (2008-2018)

Betty Salazar¹

Vladimir Aguilar Castro²

Fecha de Recepción: 11 de agosto de 2023

Fecha de Aceptación: 10 de noviembre de 2023

RESUMEN

Este artículo constituye un análisis descriptivo de las políticas públicas en Ecuador, especialmente de la agenda del cambio educativo en el periodo 2008-2018. En este sentido, se describe y analiza la realidad de la educación en Ecuador y las características y potencialidades de las políticas públicas educativas a través de una agenda regulatoria consistente en acciones y objetivos para la planificación y ejecución del proceso de enseñanza y aprendizaje. Se emplea un enfoque comparativo para demostrar los avances que ha hecho el Estado ecuatoriano en cuanto a la educación. Como resultados de este trabajo puede afirmarse que, así como han sido superados algunos obstáculos, hay otros retos viejos y nuevos por resolver.

Palabras Claves: Políticas Públicas; cambio educativo; agenda regulatoria.

ABSTRACT

This article constitutes a descriptive analysis of public policies in Ecuador, especially the educational change agenda in the period 2008-2018. For this reason, it will be described and analyzed the reality of education in Ecuador and the characteristics and potential of public education policies through a regulatory agenda consisting of actions and objectives for the planning and execution of the teaching and learning process. A comparative approach is used to demonstrate the progress that the Ecuadorian State has made in terms of education. As results of this work it can be affirmed that, just as some obstacles have been overcome, there are other old and new challenges to be solved.

Keywords: Public policies; educational changes; regulatory agency.

1 Betty Salazar. Doctoranda en Estudios Políticos. Doctorado en Estudios Políticos. Universidad de Los Andes. Mérida, Venezuela. E-Mail: betty_salazar02@hotmail.com

2 Vladimir Aguilar Castro. Politólogo y Abogado por la Universidad de Los Andes, Venezuela. Maestría en Relaciones Internacionales por la Universidad Central de Venezuela. Doctor en Estudios del Desarrollo mención Política Internacional por el Instituto Universitario de Altos Estudios y del Desarrollo de la Universidad de Ginebra, Suiza. E-Mail: aguilarv@ula.ve; vaguilarula@gmail.com

INTRODUCCIÓN

Las políticas públicas son un asunto que cada vez más exige y requiere no solo la participación del Estado sino también de la sociedad y del sector privado. El tema de la educación, por otra parte, afecta y beneficia a todos bien sea directa o indirectamente. Los padres se interesan por la educación de sus hijos, los hijos se preocupan por su formación y su futuro, y los docentes tienen en la educación su vida profesional, su vida laboral, una de sus satisfacciones personales y su *modus vivendi*.

Las sociedades, como la ecuatoriana, no son estáticas y deben adaptarse a su dinamismo y a los constantes cambios internos e influencias externas. Un ejemplo claro de esto último ha sido la revolución digital lo que ha generado fenómenos como las Tecnología de la Información y Comunicación (TIC) que a su vez proporcionan información ilimitada que pueden representar una ventaja, pero también un problema.

Esto a su vez da paso para infinitos escenarios y preguntas que apenas hace veinte años no eran importantes. La educación se expande, abarcando más materias, pero también, en términos de calidad, debe ser superior a la que se recibió en generaciones pasadas; es decir, los hijos deben estar mejor educados que los padres. La educación además debe ser pertinente para un mercado cada vez más global y competitivo, y transversal, y está obligada a incorporar a todos los sectores de la población, sin exclusión por razón alguna, ni siquiera por su carencia de capacidades.

Para esta investigación se parte de la pregunta: **¿En qué consiste una agenda del cambio educativo? y a su vez, ¿para qué una agenda del cambio educativo?** Cuando se mira los objetivos de la Agenda Regulatoria se percibe el interés del Estado en reducir brechas que podrían fácilmente abrirse de no aplicarse los correctivos adecuados. El acceso a la educación, tomando en cuenta los avances estructurales y tecnológicos, exige mayor compromiso por parte del Estado y de la propia sociedad pues la educación se ha hecho más compleja y requiere dotación y actualización de insumos y adecuación de los espacios de enseñanza-aprendizaje.

El acceso a la educación también requiere que el sistema educativo sea eficiente en su estructura y su organización. Requiere una constante planificación y evaluación de sus políticas. Exige también mucha creatividad para poder dar respuesta efectiva a la población estudiantil con equidad pero sin sacrificar la calidad. Son retos permanentes que el sistema educativo debe asumir, y que el Ecuador no ha sido ajeno, al contrario, desde hace más de una década ha colocado sobre la mesa un abanico de acciones orientado a dar respuesta de una manera sostenida y en el marco de la progresividad.

DESARROLLO

1_ *Las Políticas Públicas y su Importancia*

Una forma apropiada de entender las políticas públicas lo proporciona Graglia (2017) quien de acuerdo a un marco teórico del modelo relacional sugiere entender las políticas públicas como planes y actividades que tienen al Estado como responsable principal y a la sociedad como primera destinataria y partícipe necesaria por lo que el Estado decide y acciona a través de un gobierno y una administración, pero no a solas sino junto con los actores privados y ciudadanos. Además, implica que lo hace en la búsqueda del bien común, la satisfacción social y la aceptación ciudadana.

De acuerdo con Fontaine (2015) se analizan las políticas públicas para mejorar el conocimiento (función científica) y para mejorar la acción y la toma de decisiones (función política). La información es importante para mejorar las decisiones; y el conocimiento debe ser fino y reflejo de la realidad contemporánea, un conocimiento que se produzca a nivel local pero tenga alcance universal. Señala igualmente Fontaine que salvo Brasil, México, y en menor medida Argentina y Colombia, en América Latina no se han dado aportes sustantivos ni lineamientos teóricos de políticas públicas; es decir, hay poca producción y poco acceso al conocimiento en políticas públicas en el mundo latinoamericano.

Vale tomar en cuenta que el estudio científico de las políticas públicas es relativamente reciente, iniciándose en los Estados Unidos con el interés de Woodrow Wilson en aplicar una doctrina científica en la administración del Estado estadounidense, y posteriormente, a mediados del siglo XX, cuando Laswell dedicó sus conocimientos para aplicarlos en la mejora de la administración de los Estados Unidos (Fernández, 2005). Un propósito del estudio de las políticas públicas es dotar a las acciones y decisiones de los gobiernos de coherencia, integralidad y sostenibilidad.

Por ejemplo, un diseño de una política pública basado en un estudio científico tiene mayores probabilidades no solo de ser efectiva (resolver realmente el problema que se ha planteado al atacar la verdadera causa) sino de evitar que se generen nuevos problemas; además evita costos innecesarios y más bien se optimizan los resultados; otro tanto se espera que contribuya la evaluación de una política pública porque proporciona información y permite reestructurar la política de manera tal que se evite la mala práctica de partir desde cero.

En definitiva, las políticas públicas no pueden ser improvisación o mero capricho. Tampoco pueden basarse simplemente en la observación o en el sentido común. Es necesario desarrollar habilidades y técnicas, conocimiento científico para que el diseño, ejecución y evaluación de las políticas públicas sea pertinente, esto es que sea eficiente y alcance el objetivo que se ha planteado.

2_ El Contexto de las Políticas Públicas Educativas en el Ecuador

La reforma educativa en el Ecuador responde a un proceso en el que las políticas públicas son acogidas según Corzo (2014) como “acciones de gobierno con objetivos de interés público que surgen de decisiones sustentadas en un proceso de diagnóstico y análisis de factibilidad, para la atención efectiva de problemas públicos, en donde participa la ciudadanía en la definición de problemas y soluciones”. Pág. 67.

Las políticas públicas en educación son aplicadas por la autoridad competente, y dan solución a una necesidad determinada en el ámbito educativo, las mismas tienen diversas tendencias según las necesidades encontradas, de equidad, eficiencia, calidad educativa, democratización de la sociedad, formación de pensamiento crítico, etc.

En el contexto histórico, la educación tuvo dos grandes aliados para lograr los avances que hoy podemos observar: la secularización que permitió a la educación manejarse de manera autónoma al restringir la influencia de la religión y la modernización que dio apertura a la educación como espacios accesibles y de derecho, que además es el resultado histórico como proceso del ejercicio de la democracia, en las distintas luchas sociales y épocas políticas como lo expresa Hannah Arendt (Assis, 2007).

Particularmente en la región latinoamericana se ha dicho que se aplicaron políticas neoliberales en las décadas de los ochenta y de los noventa; una especie de consenso de Washington para la educación que chocaba contra los intereses del pueblo lo cual ha procurado ser superado mediante una nueva estrategia reflejada en instrumentos como el Plan Decenal de Educación. (Isch, 2018).

Así, señala el Ministerio de Educación (2019) en la evaluación de dicho plan, que se ha dado un incremento sostenido del presupuesto en Educación Inicial, Básica y Bachillerato respecto al PIB nominal, obteniendo un incremento presupuestario promedio anual de 0,51%, y un porcentaje de participación de 3,18% en el 2007 el cual ha incrementado anualmente hasta llegar a 3,93% para el 2015 con un promedio de 3,64%.

Sin embargo, de acuerdo con Isch (2018) las políticas del Plan Decenal de Educación fueron remplazadas por las de la Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo y muchas de sus metas estuvieron lejos de cumplirse; así, por ejemplo, la universalización de la Educación Inicial apenas ha abarcado el 44,24% de la respectiva población; no se ha alcanzado la meta de destinar el 6% del PIB para el sector educativo, tampoco se ha erradicado el analfabetismo y no se han realizado los respectivos incrementos salariales a los docentes. Tales afirmaciones pueden fácilmente compararse con el informe de evaluación y para confirmarlas o refutarlas.

De igual manera, de acuerdo con El Comercio (2015) el Informe de Progreso Educativo

realizado por Grupo Faro reconoce los avances del país en todos los campos del Plan Decenal 2006-2015, pero señala una debilidad estructural en el ámbito de la calidad; también el Instituto Nacional de Evaluación ratificó la mejora en varios indicadores, y la evaluación de las Pruebas Terce de la Unesco colocó al Ecuador en el puesto siete entre catorce países consultados en el 2014.

Sea como fuere, hoy día, además de los problemas tradicionales que versan sobre todo en cuanto al financiamiento, la organización y la ejecución, la educación debe vencer nuevos retos y darle respuesta a la sociedad en temas tales como la mejora del acceso y la calidad de la educación, la reducción de la deserción escolar, la incorporación efectiva de los grupos más vulnerables, el fomento del aprendizaje y la formación a lo largo de la vida. Para ello la investigación y la innovación deben convertirse en una pieza clave en el logro de una educación que impulse el desarrollo humano, económico y social, y se convierta en un instrumento real de mejora del bienestar individual y colectivo (Lleixà, Gros, Mauri, & Medina, 2018)

En este orden de ideas, las políticas públicas generadoras de bienestar, tal como fuera expresado en el Foro Consultivo Científico y Tecnológico A.C. (Franco, 2015), abren las posibilidades de intervención a sectores que necesitan ser atendidos y acceder a un mejor estilo de vida del individuo y de la sociedad.

En la actualidad, es importante también enfocarse no solo en el PIB (Producto Interno Bruto), sino que el progreso social y el bienestar de los ciudadanos se vean reflejados en las interrelaciones sociales, tiempo libre, seguridad, calidad de empleo, igualdad de derechos, acceso a servicios públicos, manejo del tiempo libre, reconocer el trabajo invisible de las mujeres en la economía, acceso a la cultura, arte, música, etnicidad, acceso, una educación de calidad y calidez en la extensión de lo que significa estas cualidades dando a cada niño, niña y adolescentes las herramientas necesarias para que puedan direccionarse en un bienestar de manera integral siendo actores y partícipes de una educación que fomente la creatividad, el compromiso, la criticidad, superando la crisis que expone Hannah Arendt y que viene muy en lo contemporáneo con la crisis de una educación que encaja a todos los estudiantes en un mismo baúl y la crisis de la autoridad que confabula en el fracaso de la educación, siendo que la Agenda Regulatoria en Educación esta direccionada a fomentar autonomía en los estudiantes y se ve, muy por el contrario, cada vez mayor inmadurez e inmediatez en el desarrollo educativo.

3_ . *Hacia una Agenda Regulatoria en Educación*

Es importante señalar que “la Agenda Regulatoria Institucional consiste en crear un listado de acciones regulatorias a realizar en los próximos meses alineados a los diferentes ejes programáticos de la planificación regulatoria e institucional” (Mineduc, 2018). Esta agenda regulatoria está basada en el tipo de oferta educativa a brindar la misma que toma en cuenta para su ejecución la

organización legal del sistema educativo ecuatoriano, con enfoque de derechos, esto es la realidad social, demográfica y contexto, en conjugación con la triada educativa: estudiantes-docentes, docentes- asesores educativos y mentores educativos.

La ejecución de esta agenda regulatoria está basada en ejes, objetivos estratégicos y líneas programáticas. Los objetivos están encaminados a optimizar el acceso a la educación a todos los niveles de educación; mejorar el servicio a estudiantes que pertenecen a los grupos de atención prioritaria; perfeccionar el modelo educativo de enseñanza aprendizaje a través el fortalecimiento a la innovación y potenciar la pertenencia cultural y lingüística, entre otros.

No debe confundirse agenda educativa con la agenda regulatoria institucional (ver Cuadro 1). La primera consiste en una agenda para el desarrollo sostenible amplia, centrada en el respeto y el cumplimiento de los derechos humanos, y que tuviera un objetivo específico sobre la educación. La segunda consiste en crear un listado de acciones regulatorias a realizar en los próximos meses alineados a los diferentes ejes programáticos de la planificación regulatoria e institucional (Mineduc, 2018).

Cuadro 1. Agenda Regulatoria Institucional. Objetivo 1 (MINEDUC, 2018)

AGENDA REGULATORIA 2018		
1 Optimizar el acceso de niñas, niños y adolescentes a los distintos niveles de educación, de acuerdo a la capacidad de las instituciones educativas del sistema nacional de educación, reduciendo la brecha de rezago y deserción escolar.		
N°	ACCIÓN REGULATORIA PRIORIZADA 2016	OBJETIVO ACCIÓN REGULATORIA
1	Instructivo para la elaboración del cronograma escolar de acuerdo a las realidades territoriales	Otorgar lineamientos para la elaboración del cronograma escolar, tanto para el Ministerio como para los Directivos de las IE
2	Regulación de número de estudiantes dentro de aula en función de los equivalentes con discapacidad.	Garantizar el derecho a la educación de los estudiantes con discapacidad
3	Regulación para normar la oferta de Bachillerato Técnico Productivo	Brindar los lineamientos necesarios para operar la oferta de Bachillerato Técnico Productivo
4	Normar la selección, permanencia y promoción de estudiantes que presentan rezago educativo de 8 a 14 años	Establecer lineamientos que permitan la selección, permanencia y promoción de estudiantes con rezago educativo
5	Regulación para normar la inscripción, registro y promoción de la oferta no institucionalizada de Educación Inicial (Servicio de Atención Familiar para la Primera Infancia - SAFPI)	Establecer lineamientos que permitan la implementación de la nueva oferta educativa no institucionalizada SAFPI
6	Elaborar una norma para la oferta educativa de Educación en Casa.	Aplicación correcta de la normativa de la opción educativa Educación en Casa
7	Regulación para normar la oferta de Educación Extraordinaria (Jóvenes y Adultos)	Brindar los lineamientos necesarios para operar la Educación Extraordinarias (Jóvenes y Adultos)

8	Regulación para normar la inscripción de oferta extraordinaria	Brindar los lineamientos necesarios para realizar inscripciones fuera del tiempo regular
9	Instructivo para el proceso de inscripción, asignación de cupos para estudiantes en situaciones de vulnerabilidad	Garantizar el derecho a la educación de las personas que se encuentren en situación de vulnerabilidad
10	Regulación para normar el pase o transferencia de estudiantes a otras Instituciones Educativas del Sistema Educativo Nacional	Orientar a los directivos y distritos educativos con todo el proceso para la ejecución de pase o transferencia de estudiantes a otras instituciones educativas del mismo régimen del Sistema Educativo Nacional
11	Regulación para el proceso de inscripción y asignación de cupos	Orientar de forma clara, a la comunidad educativa el proceso de inscripción y asignación de cupos
12	Reformar la regulación de horarios de entrada y salida de estudiantes de la jornada escolar por niveles	Brindar mayores facilidades de ingreso a las IE a los estudiantes por cada grupo etario
13	Regulación para normar la ampliación de oferta educativa (revisión de requisitos, generar régimen simplificado para apertura)	Ampliar la oferta educativa para todos los niveles de educación del SNE
14	Regulación para normar los permisos e incentivos para estudiantes deportistas que forman parte del Sistema Nacional de Educación	Brindar y otorgar, facilidades y garantías a los niños, niñas y/o adolescentes deportistas que pertenecen al Sistema Nacional de Educación, para que puedan representar a las organizaciones deportivas legalmente establecidas, de acuerdo a la clasificación del deporte
15	Regulación que norme los permisos para crear Instituciones Educativas Privadas	Otorgar lineamientos claros para la creación de IE particulares

Como puede observarse, por cada acción regulatoria hay un objetivo que espera cumplir la agenda para a su vez cumplir con un objetivo globalizador que implica la reducción de la brecha de rezago y de la deserción escolar. Una forma de alcanzar dicho objetivo, es a través del SAFPI, el cual lleva educación inicial a las comunidades para niños que no pueden acceder a la educación regular porque habitan en zonas rurales y suburbanas. (El Telégrafo, 2018).

Otra manera de lograr el objetivo macro planteado es la Educación en Casa, que también puede ser conocido como homeschooling para que los niños que están al margen de la institución educativa- bien sea porque viven lejos, son migrantes o tienen enfermedades graves- no pierdan su derecho a estudiar. Esta política está regulada en el Ecuador desde el 2013 gracias a un Acuerdo Ministerial, aunque su práctica y reconocimiento puede remontarse al 2009 (Rosero, 2018).

La oferta de educación extraordinaria está dirigida a personas con educación inconclusa dirigida a jóvenes y adultos – mayoresde 15 años- que por alguna razón han sido excluidos del sistema educativo y por lo tanto no han podido terminar sus estudios (Ministerio de Educación, 2019) El Bachillerato Técnico Productivo (BTP) está contemplado en el artículo 44 de la Ley Orgánica de Educación Intercultural y se entiende como un bachillerato complementario con carácter optativo, que dura un año, y que tiene como propósito desarrollar en los estudiantes capacidades y competencias específicas ajustándose a las demandas del campo laboral, especialmente en sub-sectores de la economía que tienen potencial de desarrollo mediante proyectos estratégicos (Ministerio de Educación, 2019)

El BTP obedece a argumentos y preocupaciones que ya han sido planteados. Por ejemplo,

Esteves (2008) señala que el incremento de la escolarización ha desembocado en el fenómeno de la devaluación educativa la cual se produce cuando un determinado nivel académico pierde importancia económica y social porque se generaliza su obtención. Señala la autora, que si bien ello representa un aspecto positivo en la sociedad en la medida que incrementa el nivel educativo de su población, también significa para los jóvenes que se han incrementado los requisitos para ingresar al mercado laboral para tener un nivel de calidad de vida similar a la generación precedente. El caso del bachillerato entonces, es ilustrativo, porque al perder su sentido en la sociedad -al no ser lo que era décadas atrás- entonces es necesario que el bachiller se especialice para que pueda ser competitivo en el mercado laboral.

El primer objetivo de la Agenda Regulatoria requiere para su logro además que haya un orden y una planificación en buena parte reflejado en el cronograma escolar tomando en cuenta la realidad o singularidad territorial; igualmente requiere la regulación de ofertas educativas, de números de estudiantes, de horarios y de permisos e incentivos de acuerdo a las singularidades que se describen en el cuadro. Pero es importante apreciar que se procura la inclusión de sectores que suelen ser excluidos como los discapacitados y de aquellos en situación de vulnerabilidad.

Se aprecia así mismo, una transversalidad poblacional pues procura abarcar desde la educación inicial hasta la educación de los adultos; en este sentido puede hacerse referencia a hechos concretos como el que reseña Educar Ecuador (2018) donde los docentes, en alianza con los padres de familia, acuden a las comunidades para enseñarle actividades que deben desarrollar con apoyo familiar.

AGENDA REGULATORIA 2018

2

Mejorar el servicio educativo para los estudiantes que pertenezcan a grupos de atención prioritaria en todos los niveles del Sistema Nacional de Educación, permitiendo un enfoque de equidad.

3

Perfeccionar el modelo educativo, permitiendo que el proceso de enseñanza - aprendizaje contenga estándares de calidad y permita alcanzar una educación efectiva a través de la implementación y fortalecimiento de la innovación.

N°	ACCIÓN REGULATORIA PRIORIZADA 2016	OBJETIVO ACCIÓN REGULATORIA
16	Reforma de la Guía de Sugerencias de Tareas Escolares	Regular las tareas escolares de los niveles de educación general básica y bachillerato general unificado en las instituciones educativas del Sistema
17	Reforma del Instructivo para la aplicación de la Evaluación Estudiantil	Incluir elementos necesarios para garantizar la aplicación de la evaluación estudiantil
18	Reforma del Instructivo para la aprobación de propuestas de innovación curricular	Incluir elementos necesarios para analizar y aprobar innovaciones curriculares propuestas por las instituciones educativas
19	Guía para la presentación y evaluación de proyectos para el área de Educación Cultural y Artística en EGB y BGU	Evaluar el área de Educación Cultural Artística con un enfoque integral
20	Reforma del Instructivo de Planificación Curricular	Incluir elementos necesarios para garantizar la construcción de los instrumentos de planificación curricular
21	Instructivo para normar la gestión administrativa y académica de los Colegios de Arte en Música, Danza y Artes Plásticas	Instaurar procesos de gestión administrativa y académica acordes a las especialidades de Música, Danza y Artes Plásticas que ofertan el Bachillerato Complementario en Artes
22	Regulación de espacios pedagógicos	Utilizar espacios adecuados de forma pedagógica

21	Instructivo para normar la gestión administrativa y académica de los Colegios de Arte en Música, Danza y Artes Plásticas	Instaurar procesos de gestión administrativa y académica acordes a las especialidades de Música, Danza y Artes Plásticas que ofertan el Bachillerato Complementario en Artes
22	Regulación de espacios pedagógicos	Utilizar espacios adecuados de forma pedagógica
23	Regulación para el peso transportado en la mochila escolar	Regular el peso transportado en la mochila escolar por los niños, niñas y adolescentes en las instituciones educativas del Sistema Nacional de Educación, en los niveles de educación general básica preparatoria, elemental, media y superior, y bachillerato general unificado
24	Reforma a la regulación de transporte escolar	Garantizar la seguridad y calidad de la prestación del servicio de transporte escolar para las y los estudiantes de las instituciones educativas
25	Regulación para normar la reutilización de los textos escolares	Orientar a las instituciones educativas acerca de la reutilización de los libros de texto escolares
26	Regulación para normar las especificaciones técnicas del mobiliario de las Instituciones Educativas	Otorgar de manera clara las especificaciones técnicas del mobiliario de las IE
27	Reforma de la regulación para permisos de Docentes	Aclarar el tema de permisos para los Docentes
28	Reforma de la regulación para formación Docente	Mejorar la efectividad en el tiempo de formación docente
29	Regulación para normar la capacitación, formación y acompañamiento pedagógico por parte del MINEDUC a nivel nacional (establecimiento de requisitos, generar criterios de coordinación y supervisión de la SDPE a las distintas áreas Internas y desconcentradas del MINEDUC)	Mejorar la calidad de las capacitaciones, formación y acompañamiento pedagógico del MinEduc a nivel nacional
30	Reforma de la norma de formación continua para docentes del MINEDUC	Garantizar el acceso al 100% de los docentes del Magisterio Nacional a los cursos de Formación Continua
31	Reforma de la regulación para la implementación del año de servicio rural docente obligatorio	Cumplir el servicio de año rural obligatorio para que el docente nuevo refuerce sus conocimientos
32	Reforma de la regulación para la profesionalización de docentes bachilleres	Mejoramiento del desempeño del docente en el aula, elevando la calidad de la educación a través del otorgamiento y aprobación de becas de educación superior
33	Reforma del Manual de mantenimiento de infraestructura	Otorgar las especificaciones de mantenimiento acorde a las necesidades generales de las IE
34	Reforma del manual de estándares de infraestructura	Contar con un manual de estándares de infraestructura acorde a las necesidades de las IE
35	Regulación sobre la dotación de Recursos Tecnológicos	Determinar la necesidad de infraestructura tecnológica en las IE
36	Reforma de la regulación de bares escolares	Mejorar el proceso de asignación de bares escolares
37	Reforma de la Regulación para la dotación de alimentación escolar	Mejorar el proceso de almacenamiento, logística y entrega de alimentación escolar al interno de las IE
38	Reforma instructivo de titulación	Mejorar el proceso de titulación para los estudiantes que cursan el tercero de bachillerato
39	Instructivo para la designación de abanderados, portaestandartes y escoltas de las instituciones educativas del Sistema Educativo Nacional	Mejorar el proceso de designación de abanderados, portaestandartes y escoltas de las instituciones educativas
40	Regulación para la articulación e inclusión de la comunidad educativa en las instituciones	Involucrar a la comunidad educativa en el proceso de enseñanza-aprendizaje
41	Regulación para determinar la deshonestidad académica	Instaurar los lineamientos para determinar la deshonestidad académica en los estudiantes al rendir evaluaciones
42	Normar el proceso de aprobación de las propuestas de innovación educativa que se gestan en el sistema nacional de educación	Estimular la innovación educativa a través del reconocimiento del trabajo que ya se desarrolla en algunas instituciones educativas.
43	Regulación para normar que la Autoridad Educativa Nacional podrá entregar estímulos y ayudas económicas o materiales a los estudiantes que se destaquen en méritos, logros y aportes relevantes de naturaleza académica, intelectual, deportiva o ciudadana (disposición general Octava del Reglamento General de aplicación de la Ley General de Educación Intercultural)	Estimular a los estudiantes, que se destaquen en méritos, logros y aportes relevantes de naturaleza académica, intelectual, deportiva o ciudadana en el país.
44	Creación de lineamientos para el uso pedagógico de la tecnología y la generación de innovación metodológica a partir de estos recursos	Garantizar la usabilidad de los recursos tecnológicos (equipamiento, conectividad y recursos educativos digitales) en los procesos de aprendizaje.
45	Regulación de inasistencias de los estudiantes	Garantizar una debida actuación frente a inasistencias de estudiantes para prevenir la reducción del rendimiento académico y la deserción escolar.

AGENDA REGULATORIA 2018		
4	Potenciar la pertenencia cultural y lingüística en todos los niveles del Sistema Nacional de Educación, para que la educación intercultural bilingüe refleje nuestra cultura como nación con diversidad étnica.	
N°	ACCIÓN REGULATORIA PRIORIZADA 2016	OBJETIVO ACCIÓN REGULATORIA
46	Regulación para establecer la denominación de los uniformes escolares (uniformes con pertinencia cultural)	Establecer una denominación pertinente para los uniformes escolares

Si el primer objetivo de la Agenda Regulatoria se concentra en el acceso a la educación, los siguientes tres objetivos se relacionan con la calidad de la educación. En este sentido, el segundo objetivo contempla a los estudiantes que pertenecen al grupo de atención prioritaria; el tercer objetivo, por su parte, aspira a la perfección del modelo educativo, dándole más calidad y efectividad al proceso de educación implementando y perfeccionando la innovación.

Las acciones regulatorias priorizadas orientadas a alcanzar sus respectivos objetivos y que su vez obedecen a los objetivos principales arriba mencionados, se fundamentan principalmente en reformas y regulaciones. Las reformas están destinadas a las guías, instructivos, regulaciones y normas para perfeccionar la ejecución del proceso de enseñanza y aprendizaje.

Reformar es sinónimo de modificar y, como plantea Lahera (2004) las políticas rara vez se extinguen por completo y lo más común es que cambien o se combinen con otras políticas; de ahí que sea válido decir que las políticas públicas son inmortales. Por lo tanto, debe reconocerse que antes de 2006 se han elaborado políticas públicas y muchas de ellas han tenido aciertos y avances en materia educativa, y que la Agenda Regulatoria no está construyendo nada desde sus cimientos pero prudentemente está rectificando y mejorando en los aspectos en el que la educación ecuatoriana lo necesita.

Por su parte, la regulación, que además es una acción recurrente del primer objetivo, tiene que ver con algunos aspectos de normar, y otros elementos del funcionamiento diario del proceso educativo. Así, por ejemplo, el Ministerio de Educación, a través del Acuerdo 049-A, reguló el peso de las mochilas de los estudiantes, que se estableció en que no sea superior al 10% de su peso corporal y cuya iniciativa fue producto de las peticiones de los padres de familia. (El Comercio, 2018). Otro ejemplo de la regulación se encuentra en las acciones sobre textos escolares donde el Ministerio debe orientar a las instituciones para que reutilicen los textos, de tal manera que los estudiantes puedan desarrollar el deber de cuidar los libros y darselos a las generaciones

siguientes (El Telégrafo, 2018). Esto último es un buen ejemplo de mejora de la calidad del proceso de enseñanza y aprendizaje, porque permite que aquellos estudiantes carentes de recursos puedan hacer uso de los textos escolares sin que sus padres se vean obligados a costearlos o cuando no les es económicamente posible adquirirlos.

El cuarto objetivo, por último, se refiere a la educación intercultural bilingüe como una expresión cultural del Ecuador que tiene una diversidad étnica. A tal fin, se debe potenciar la pertinencia cultural y lingüística en todos los niveles del Sistema Nacional de Educación. Una acción-objetivo para el cumplimiento de este cuarto objetivo es el uniforme con pertinencia cultural.

El diario La Hora (2018) reseña esta particularidad, al afirmar que la Coordinación Zonal se encarga de adquirir uniformes hispanos, mientras que la Dirección distrital hace lo propio con uniformes interculturales bilingües como los de Kickwa, Saraguro y Shuar que son además confeccionados por artesanos en el marco de una economía popular y solidaria.

4_. ¿En qué cambió el sistema educativo en el Ecuador a partir del año 2008?

La realidad educativa en Ecuador hasta el año 2006 se encuentra en un momento crítico con el limitante acceso a la educación, manejo ineficaz del currículo, bajo presupuesto para el área de educación, insuficiente infraestructura, falta de materiales, inequidad, falta de capacitación a docentes, falta de medios de regulación y control para el cumplimiento de objetivos en las entidades de educación, entre otros.

Con la aplicación del Plan Decenal del 2006 la educación en el Ecuador se vio beneficiada y potenciada en los 15 años en el ámbito nacional e internacional, en todo lo referente al área educativa, proponiéndose e implantándose el plan que rescata y propone acciones gubernamentales priorizando la inclusión, el enfoque de derechos, de equidad, acceso a la educación, mejoramiento de infraestructura, capacitación y selección de docentes, mejor aplicación y manejo de currículo, tomando en cuenta que Ecuador es un país multiétnico y pluricultural.

A su vez, se plantea la reorganización del Ministerio de Educación, se efectiviza los medios de control y aplicación de mejoras en el ámbito educativo mediante la creación de distritos y circuitos educativos a nivel nacional, se asigna un presupuesto más elevado para la aplicación y ejecución de los nuevos cambios en el sistema educativo.

Isch (2018) hace mención de los artículos contemplados en la Constitución que norman la educación y señala que son artículos que reflejan en buena medida las demandas que por mucho tiempo se habían planteado maestros, padres de familia y estudiantes; aunque también se tomaron en consideración aspectos que expresan derechos de carácter laboral y sindical. También hace alusión al incremento de la inversión social que pasó de 4,8% del PIB en el 2006 a 8,1% en el 2009.

Además de los logros del sistema educativo a los cuales ya se ha hecho referencia, el diario Comercio (2015) reconoce la recuperación de la política pública educativa, especialmente en cuanto a una nueva institucionalidad que implica una rectoría del sistema que reestructura y desconcentra la gestión y las competencias, lo cual es resultado del Plan Decenal de Educación y también del sistema de evaluación (INEVAL) que fue creado en diciembre de 2013.

También considera meritorio, que ahora se haga mayor énfasis en el idioma inglés, en la distribución de libros gratuitos, en el ajuste curricular de educación básica y de bachillerato, el ajuste intercultural bilingüe, la televisión educativa, la educación extraescolar, entre otras acciones que exigen un mayor presupuesto del Estado.

De igual manera, considera favorable que el Ecuador someta su calidad educativa a las pruebas del Programa Internacional para la Evaluación del Estudiante (PISA, por sus siglas en inglés). Sin embargo, entre sus críticas destaca la falta de participación de profesores, estudiantes y los padres de familia para el diseño, ejecución y seguimiento de las políticas públicas educativas. Entonces es válido que se cuestione cómo es una revolución educativa si no se da la participación de los ciudadanos.

5_. ¿Por qué una agenda educativa inclusiva contribuye al desarrollo democrático en el Ecuador?

En el año 2007 se realizó el Plebiscito Nacional que con el setenta por ciento (70%) a favor de la propuesta gubernamental, la ciudadanía expresa su consentimiento para que se aplique el Plan Decenal de Educación como herramienta estratégica y regulatoria para realizar los cambios necesarios en área pedagógica, técnica, administrativa, y financiera, que ponen en acción al nuevo modelo de sistema educativo.

En la nueva constitución del 2008 sería ratificado el Plan Decenal 2007-2015 como instrumento de política pública que efectiviza, regula y engrana las diferentes instituciones del Estado para garantizar su ejecución de manera conjunta con la participación de la ciudadanía en beneficio del área educativa, y con acuerdos entre la sociedad civil y el estado. En el mes de agosto se implementó el plan decenal 2017-2025 con las respectiva regulatoria educativa y la agenda educativa digital.

El desarrollo democrático de un país puede ser medido de distintas maneras, no solo por lo electoral. La inclusión de la sociedad en los asuntos públicos ha demostrado ser una forma de evitar la corrupción y la arbitrariedad. Ergo, puede hablarse de una simbiosis, la agenda educativa inclusiva favorece el desarrollo democrático, pero a su vez el desarrollo democrático favorece a una agenda inclusiva.

Lahera (2004) señala que el autoritarismo puede asegurar la gobernabilidad, aunque de un modo excluyente e inestable y que los neoliberales también son simpatizantes del autoritarismo porque privilegia la eficacia. Mientras que, por otra parte, la democracia posibilita la gobernabilidad incluyente y estable y permite cambio sin mayores crisis; por lo que tiene mayor viabilidad política. Entonces un adecuado uso de las políticas públicas podría ser el resultado que refleje la democracia y la eficiencia.

De manera tal, que un desarrollo democrático en el Ecuador evita que las políticas públicas se concentren en pocas manos que se crean imprescindibles y dueñas de las mismas, y al contrario permite que las políticas públicas trasciendan de los intereses personales, partidistas o grupales, sirvan para toda la colectividad y puedan dársele continuidad independientemente del gobierno que asuma tales políticas.

CONCLUSIONES

Una mirada descriptiva y analítica de las políticas públicas educativas ha permitido entender las fortalezas y alcances de la Agenda Regulatoria. En el papel, parece llamado al éxito, y aunque debe transitar los escollos y vicisitudes ordinarios y extraordinarios de la educación, es casi una garantía de éxito que las políticas públicas diseñadas sean la continuación de un trabajo que “comenzó” en el 2006 y que hasta ahora han dado resultados favorables, aunque no se hayan alcanzado las metas propuestas.

La Agenda Regulatoria está orientada a darle forma y consistencia al funcionamiento del sistema educativo ecuatoriano. La reforma puede ser vista como una respuesta a preguntas medulares de la evaluación de las políticas públicas tales como ¿permitió el programa de acción llevar a cabo los objetivos iniciales? ¿Produjo efectos secundarios previstos o no previstos? (Nioche, 1982). En términos muy prácticos, si algo funciona de manera óptima no debe alterarse, pero si algo no ha cumplido con sus metas requiere sus respectivas reformas.

Que haya una expresión democrática en las políticas públicas es importante, porque habilita espacios donde los actores comparten, negocian y concilian intereses. Si bien para el gremio docente es importante el ingreso y la prosecución estudiantil, tienen sus intereses económicos y eso no pocas veces colisiona con los intereses de los estudiantes. De manera tal, que el Estado debe buscar el equilibrio para que prevalezca una armónica relación de mutuo beneficio. Por otro lado, estarán aquellos resistentes a los cambios, y es importante darles su participación para que el sistema educativo no pierda estabilidad y viabilidad.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

Assis, M. R. (2007) "Hannah Arendt y la crisis de la educación en el mundo contemporáneo". Scielo.
Corzo, J. F. (2014) "Políticas Públicas". Obtenido de IEXE: <https://www.iexe.edu.mx/blog/que-son-las-politicas-publicas.html>

Educación Ecuador (26 de 6 de 2018) Más de 3.500 niñas y niños de Guayaquil, Durán y Samborondón reciben el Servicio de Atención para la Primera. Obtenido de Educación Ecuador: <https://www.educarecuador.gob.ec/index.php/noticias/1313-mas-de-3-500-ninas-y-ninos-de-guayaquil-duran-y-samborondon-reciben-el-servicio-de-atencion-para-la-primera>

El Comercio (10 de 2 de 2015) "Apuntes para el Nuevo Plan Decenal de la Educación 2016-2025". Obtenido de El Comercio: <https://www.elcomercio.com/blogs/la-silla-vacia/apuntes-nuevo-plan-decenal-educacion.html>

El Comercio (11 de 5 de 2018) "El Ministerio de Educación regula el peso de la mochila escolar". Obtenido de El Comercio: <https://www.elcomercio.com/actualidad/ministeriodeeducacion-regulacion-peso-mochila-escolar.html>

El Telégrafo (27 de 6 de 2018) "Los niños de Monte Sinaí reciben clases desde la casa". Obtenido de El Telégrafo: <https://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/sociedad/6/ninos-monte-sinai-clases-domicilio>

El Telégrafo (23 de 6 de 2018) "MinEduc Plantea la Reutilización de Textos Escolares en Colegios". Obtenido de El Telégrafo: <https://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/sociedad/6/mineduc-planteamiento-reutilizacion-textos-escolares-colegios>

Esteves, A. (2008) Introducción. En C. Arcos, & B. Espinosa, Desafíos para la educación en el Ecuador: calidad y equidad (págs. 9-28). Quito: Flacso.

Fernández, A. (2005) Las políticas públicas. En B. Caminal, "Manual de ciencia política" (págs. 460-482). Madrid: Tecnos.

Fontaine, G. (2015) "El Análisis de las Políticas Públicas". Quito: Flacso.

Franco, J. (9 de 2015) "Foro Consultivo Científico y Tecnológico". Obtenido de Foro Consultivo: http://www.foroconsultivo.org.mx/libros_editados/informe_actividades_2015.pdf

Graglia, J. (2017) "Políticas Públicas 12 retos del siglo 21". Buenos Aires: Konrad Adenauer Stiftung. http://wikiprogress.org/wp-content/uploads/2016/02/Políticas_Publicas_Resumen.pdf. (s.f.). Obtenido de http://wikiprogress.org/wp-content/uploads/2016/02/Políticas_Publicas_Resumen.pdf

Isch, E. (12 de 9 de 2018) “Una mirada crítica a la educación ecuatoriana entre 2007 y 2017”. Obtenido de Noticias de América Latina y el Caribe: <https://www.nodal.am/2018/09/una-mirada-critica-a-la-educacion-ecuatoriana-entre-2007-y-2017-por-edgar-isch-lopez/>

Lahera, E. (2004) “Política y Políticas Públicas”. Santiago de Chile: Naciones Unidas.

Lleixà, T., Gros, B., Mauri, T., & Medina, J. (2018) “Educación 2018-2020 retos tendencias y compromisos”. Barcelona: IRE-UB.

Mineduc (2018) “Agenda Regulatoria”. Obtenido de <https://educacion.gob.ec/agenda-regulatoria/>

Ministerio de Educación (16 de 4 de 2019) “Bachillerato Técnico Productivo”. Obtenido de Bachillerato Técnico Productivo: <https://educacion.gob.ec/bachillerato-tecnico-productivo/>

Ministerio de Educación (6 de 4 de 2019) “Currículo para Educación Extraordinaria para Personas con Escolaridad Inconclusa”. Obtenido de Currículo para Educación Extraordinaria para Personas con Escolaridad Inconclusa: <https://educacion.gob.ec/curriculo-educacion-extraordinaria/>

Ministerio de Educación (17 de 4 de 2019) “Evaluación Plan Decenal de Evaluación 2006- 2015”. Obtenido de Evaluación Plan Decenal de Evaluación 2006-2015: <http://dano.com.ec/rosamariatorres/plan-decenal-evaluaci%C3%B3n.pdf>

Nioche, J.-P. (1982) De la evaluación al análisis de las políticas públicas En “Revue française de science politiques”, 32-61.

Rosero, M. (24 de 9 de 2018) “El Comercio”. Obtenido de El Comercio: <https://www.elcomercio.com/actualidad/educacion-casa-ecuador-primaria-educacionadistancia.htmlz>

Reflexiones en Torno al Neo-Constitucionalismo y el Interculturalismo Reflections around the Neo-Constitutionalism and the Interculturalism

Aaron Vinicio Huerta Fernández¹

Fecha de Recepción: 15 de julio de 2023 Fecha de Aceptación: 28 de noviembre de 2023

RESUMEN

El presente artículo científico pretende aproximar la esencia jurídica del Neo-Constitucionalismo como corriente del pensamiento constitucional, conforme a una metodología dogmática-heurística. El Neo-Constitucionalismo es una corriente del pensamiento jurídico de vieja data en Europa. No obstante, el Neo-Constitucionalismo tiene 37 años en Latinoamérica. En Venezuela, la precisión de su origen es complejo. Si bien es cierto, que no existen abundantes publicaciones en Venezuela al respecto, se considera, que su punto de partida es la Constitución de 1999. Aunque, cabe decir, que ese Texto Constitucional no es coherente, ni mucho menos uniforme a nivel doctrinal, pues la Constitución carece por completo de una idea ordenadora, de una teoría, de un principio, de un pensamiento sistematizador, que reúna de forma organizada una visión de país, que permita generar cohesión social, ni cómo conseguir materializarla. Una lectura detenida de la Constitución, así lo demuestra. Es sustancial decir, que Venezuela tiene neoconstitucionalismo en sentido formal, más no material, o en el terreno fáctico; trabajos recientes hablan de autoritarismo constitucional.

Palabras Clave: Neo-Constitucionalismo, Constitución, Interculturalidad, Cohesión Social.

ABSTRACT

This scientific article aims to approach the legal essence of Neo-Constitutionalism as a current of constitutional thought, according to a dogmatic-heuristic methodology. Neo-Constitutionalism is a current of legal thought of old date in Europe. However, Neo-Constitutionalism is 32 years old in Latin America. In Venezuela, the precision of its origin is very complex. Although it is true that there are not many publications in Venezuela in this regard, it is considered that its starting point is the 1999's Constitution. Although, it must be said that this Constitutional Text is not coherent, much less uniform at the doctrinal level, since the Constitution completely lacks an ordering idea, a theory, a principle, a systematizing thought, which brings together in an organized way a vision of the country, which allows the generation of sufficient social cohesion nor how to achieve it. A careful reading of the Constitution demonstrates this. It is important to say that Venezuela has neo-constitutionalism in a formal sense, but not a material one, or on the ground of the facts. Several recent publications speak of a constitutional authoritarianism.

Keywords: Neo-Constitutionalism, Constitution, Interculturality, Social Cohesion.

¹ Abogado, Universidad Rafael Urdaneta (VE); Máster Universitario en Derecho de Daños, Universitat de Girona (ES). Maracaibo – Venezuela. E-mail: aaronvhuertaf@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8377-5439>.

INTRODUCCIÓN

Actualmente, el neo-constitucionalismo está en el tapete de las discusiones jurídico-constitucionales por arriba del constitucionalismo. Éste último se ve como un estadio anterior superado. No obstante, Canova (2021) cree:

Que el Neo-constitucionalismo es una auténtica distorsión práctica socialificante del constitucionalismo decimonónico, que terminó socavando los cimientos de la cohesión social, promocionando un Estado quebrado fiscalmente por la terquedad en las políticas de gastos públicos fútiles ineficaces de los gobiernos socialistas. Pág. 1-Hora 40 minutos).

Originalmente, el Constitucionalismo como corriente del pensamiento tiene varias características, que según Peña (2008):

A) es una doctrina enteramente política que fue formulada por los teóricos de mediados del s. XVIII (T. Hobbes, J. Locke, Montesquieu, J.J. Rousseau, Diderot, Voltaire, entre otros).

B) es una doctrina encargada de imponer límites al ejercicio del poder público mediante una estructura organizativa muy específica, y, el reconocimiento de los derechos de libertad ante los titulares de los poderes públicos.

C) es una doctrina política formulada con la finalidad de contra-ponerla contra el absolutismo monárquico imperante en Europa desde finales del Siglo XV, donde la soberanía reside en el pueblo, no en el monarca.

D) es una doctrina política catalogada como de moderna, pues los estudios orientados a la limitación del ejercicio de los poderes públicos de ese entonces, no eran tan afinados como los actuales.

E) es una doctrina política de corte subversivo, que no consiente violaciones a la progresividad de las situaciones jurídicas adquiridas por el nuevo pacto social.

F) El Constitucionalismo es un ideario político, económico, sociológico, técnico y cultural, encargado de cohesionar a la sociedad con ayuda de la cristalización de un sistema normativo seguro, que encarne efectivamente al sistema de creencias que componen el *deber ser axiológico* para concretar un determinado plan de vida. Pág. 193.

Ahora bien, entiéndase el Neo-Constitucionalismo también en cuanto a sus bases, pues el neo-constitucionalismo fue creado como una versión mejorada y ampliada del constitucionalismo decimonónico anterior a la IIGM, que impidiese el resurgir de la crisis del derecho germinada desde la década de los 20, y con ello el periodo de entreguerras, y la IIGM. El Derecho Constitucional post

IIGM siguió siendo aquél, de interrelaciones entre el Constitucionalismo, y, la Constitución de las reglas como mandatos categóricos imperativos de tipo positivo y negativo en la búsqueda de un Estado maniatado al Derecho, pero con la anexión de principios y valores jurídicos desde el renovado marco normativo de las Constituciones de la post-guerra; adicional, al redimensionamiento fijo de los derechos fundamentales como valores inmanentes de la Constitución, y con ello, de un nuevo método auto-limitativo de un Estado constitucional, distinto del anterior y más simple al Estado legal. El Neo-Constitucionalismo no dimite nunca a la idea del Constitucionalismo por concretar el Estado de Derecho, solo se vale de nuevas técnicas y senderos.

De manera concluyente, la culminación de la IIGM plantea el surgimiento de una nueva etapa histórica, tal cual, como fue con la forzosa ruptura jurídica con el régimen político de la época del Siglo XVIII con el *Absolutismo*, y la repercusión de la ideología insurrecta contra el *ancien régime* con *iusnaturalistas racionalistas* y *iusnaturalistas contractualistas*.

El constitucionalismo como doctrina, combate frontalmente el absolutismo monárquico como corriente política. Hubo un constitucionalismo antiguo, calificado como tal, porque era una licencia idiomática, aunque abogase por colocarle límites al poder, pero éste nunca cuajó, pues no hubo ruptura con el régimen anterior. El constitucionalismo-liberal u oligárquico, en cambio, sí. En cambio, el otrora Neo-Constitucionalismo es también una nueva licencia idiomática de la segunda mitad del siglo XX, que aboga por transformar lo que quedó del Estado, tras la IIGM.

DESARROLLO

1_ Reflexiones Introductorias Acerca del Neo-Constitucionalismo.

Originalmente, el neoconstitucionalismo es una corriente del pensamiento cuyo origen es el Constitucionalismo Clásico o Tradicional redimensionado con un enfoque espiritual propio de finales del Siglo XX –también comienzos del Siglo XXI- con ciertos matices geográficos propios de cada Estado-Nación del orbe. Por eso, Carbonnell (2007):

Lo que hoy se denomina Neo-Constitucionalismo se encuentra asociado primeramente al surgimiento de un conjunto de textos que surgen luego de la IIGM, y especialmente en los años setenta del siglo XX, que contienen un conjunto de normas que ya no se limitan a determinar la estructura del Estado y las competencias de los poderes, sino a establecer pautas de carácter sustantivos que instituyen fines y valores (derechos fundamentales) que condicionan y, en ocasiones, limitan el ejercicio del poder al interior del Estado; además de lo anterior, y como consecuencia de la positivización de los derechos fundamentales y su efecto irradiador sobre el resto del ordenamiento jurídico, el Neo-Constitucionalismo se conecta usualmente a la modificación que se ha

operado en los parámetros interpretativos y a la forma como justifica las decisiones judiciales los tribunales y cortes constitucionales, en la que ahora entra a jugar un papel cardinal en la ponderación de valores y principios. Finalmente, el Neo-Constitucionalismo se relaciona con un conjunto de “desarrollos teóricos novedosos” que reflexionan sobre los dos fenómenos anteriores no sólo para describirlo (análisis), sino también para contribuir a su desarrollo (crearlo) y de los que participan autores reconocidos. Págs. 9-11.

De tal manera, que el neoconstitucionalismo tendrá contornos teóricos propios, según la modelación geográfica de cada Nación, esto es, al espíritu de la constitución -idea sociológica de **Montesquieu**- que lo diferencia frente a otro, pues Lasalle (1964) “la *facticidad* es el vehículo conductor evolutivo del Derecho.” Págs. 125-126.

Como se dijo, el neoconstitucionalismo es la parte dinámica del Derecho Constitucional, mientras que la Constitución es la porción estática del Derecho Constitucional. La Constitución es el receptáculo vital del neoconstitucionalismo formulado completamente por los Juristas, conforme con el método deductivo para diagnosticar el desfase jurídico frente a la realidad, y así, formular las reglas, los principios y valores forzosos para conformar un sistema estable, viable, moderno, seguro, y capaz de responder a las altas exigencias de la sociedad.

En esta concepción, la semántica del vocablo neoconstitucionalismo es arduamente debatido por la doctrina en general. Consideran, que no existe un verídico neoconstitucionalismo. A lo sumo, Constitucionalismo Contemporáneo propio de décadas posteriores a la IIGM que figuró una evolución redimensionante del constitucionalismo Liberal de finales del Siglo XVII-XVIII, y que tras 200 años de evolución ininterrumpida se hallaba estancada.

Por tal razón, Barroso (2008) “Alemania bien puede considerarse como el primer país del continente europeo que logró la difusión y generalización de la justicia constitucional entendida en términos extensivos; es decir, Constituciones con contenidos morales.” Págs. 1-3; debiendo entonces, cambiar sus postulados paradigmáticos, ya que para el mismo autor (2008) “De esta manera, no resulta extraño que en el periodo de la posguerra se haya generado una especial transformación teórico-práctica del derecho constitucional en países con sistemas jurídicos pertenecientes al *civil law*, especialmente del continente europeo.” Pág. 2, esto es, a una esencia pre-jurídica iusnaturalista cuyo eje central y transversal fueren las garantías de los *derechos fundamentales*.

Para Ferrajoli (2007) “Desde esta perspectiva, el Garantismo constituye la otra cara del constitucionalismo, en cuanto se interesa por proponer técnicas de garantías idóneas para asegurar la eficacia de los derechos reconocidos constitucionalmente.” Págs. 71-72, que, tras 200 años de historia de la humanidad, se observaba una fuerte política de acumulación de capital, frente a la creciente expansión de la desigualdad social en el orbe, pues el constitucionalismo liberal es una

corriente enmarcadora de un sistema cerrado incapaz de sopesar mediante las puras reglas, la pacífica resolución de la tensión existente entre los distintos actores nacionales e internacionales. Según el constitucionalismo tradicional, el Derecho es visto como un sistema estanco-retrogrado a los procesos de evolución local, regional y mundial, ya que para Niembro (2017):

Esa ideología constitucional existente estancaba la dinámica social de la sociedad para afianzar férreamente a las elites oligárquicas dominantes. Y eso constituía también una violencia de tipo institucional con ayuda del Estado para impedir cambios en la configuración de las élites en el poder político; una violencia sutil, que desde la visión de los vicios invalidatorios de los actos administrativos formales representa una evidente desviación de poder que utiliza un fin encubierto diferente del legítimamente previsto por el sistema normativo para generar falsas expectativas de cambio, que nada cambiarían el *status quo* imperante. A ese real fenómeno de la vida política se denomina como *uso ideológico de la Constitución*. Pág. 264.

Además, para Niembro (2016) “De hecho una Constitución democrática es una herramienta esencial del constitucionalismo autoritario como medio para afianzar y/o legitimar al régimen, ya que ayuda a encubrir prácticas autoritarias, y a generar expectativas democráticas permanentes.” Esto es así, pues todas las instituciones que teóricamente sirven para limitar el poder, no cumplen con ese cometido; que según Bernal (2016) “pide del principio de la proporcionalidad modelará la eficacia jurídica y social de los Derechos Fundamentales en la sociedad.” Pág. 42.

Con mucho, lo particular de la corriente teórica del neoconstitucionalismo, es que describe la forma en que se forja la Constitución en Estados democráticos; esto es, como una norma jurídica, que no sólo establece las funciones de los entes públicos, sino que además reconoce un sistema de principios y valores, que fungen como criterios rectores de las acciones en el ámbito público y privado. Por otro lado, cabe resaltar, que además de concebir un denso contenido material en las Constituciones de la post-guerra, también se reconoce su supremacía, a fin de que funjan como instrumentos de garantía y realización de los Derechos.

Ahora bien, a pesar de que la aparición e impulso del neoconstitucionalismo se dio principalmente después de la IIGM, conviene señalar, que también se relaciona con el derrumbe de los regímenes totalitarios o represores del siglo XX. De ahí que, por ejemplo, existan diversas investigaciones de autores italianos sobre temas relacionados con el neoconstitucionalismo (piénsese en Fioravanti), quien hace hincapié en la insuficiencia solemne de protección constitucional de los derechos frente a las posibles transgresiones de los poderes. Por ello, Fioravanti (2009) “pugna por comprender a la Constitución como la gran norma directiva que obliga a todos a la ejecución de principios y valores constitucionales.” Pág. 128.

Resumiendo, el Neo-Constitucionalismo nace después de la IIGM en países como Alemania

e Italia. Principalmente, la realidad constitucional o, si se quiere, la cultura de los derechos y libertades, se formó en oposición a la teoría legalista, donde según Romero (2012) “no se juzgaba la validez de las leyes en atención a su congruencia con los valores y principios, que se contienen en la norma directiva fundamental.” Pág. 53.

2_. Definición de Neo-Constitucionalismo.

Hay autores que acuden a una tesis sociológica de neoconstitucionalismo, como: “*el Constitucionalismo Transformador del antiguo orden social injusto, por uno más justo.*” Otros definen manifiestamente al neoconstitucionalismo como corriente: “*El Constitucionalismo de las normas constitucionales contentivas de unos principios y valores jurídicos expandibles, distinto al Constitucionalismo Liberal conformado las reglas constitucionales mecánicamente aplicables al caso concreto.*” Otros pueden definir a dicha corriente por: “*Constitucionalismo de los derechos supraindividuales.*” Incluso se define: “*El Constitucionalismo armonizador de los derechos individuales con los derechos supraindividuales.*”

Es indudable como el neoconstitucionalismo lía un cambio de paradigma en el mundo del Derecho. Atienza incluso dentro de su enfoque jurídico-formal del “*Derecho como Argumentación*” consideraría al neoconstitucionalismo como una visión paralela a su visión del Derecho, pues los principios y los valores jurídicos requieren de un enorme esfuerzo intelectual por parte de los operadores jurídicos para ver concretado lo normativizado por Constituyentes y Legisladores en el caso concreto, con ayuda de un Juez, quien es el funcionario público rector del proceso. Entonces, la segunda mitad del Siglo XX fue una convergencia de diferentes corrientes jurídicas, que esgrimían la tesis del “*Derecho como Argumentación*” como técnica ordenadora del confuso mundo suscitado a la cúspide de la IIGM.

Históricamente, la primera fase del Constitucionalismo fue el Liberal Conservador del s. XIX hasta la primera mitad del s. XX. El Caso de Latinoamérica fue diferente para consolidar a las jóvenes e incipientes Repúblicas como Estados –con estabilidad política- tras las guerras independentistas. Curiosamente, esa tarea demoró todo el s. XIX y una primera parte del s. XX. La segunda fase del Constitucionalismo, fue el Social. Éste tipo de corriente del pensamiento fue necesario para fustigar las injusticias sociales.

La idea básica era constitucionalizar el Estado Social con un conjunto de reglas constitucionales conferitivas de cargas prestacionales para el Estado, a los fines de reconocer una necesidad existente en los niveles de la sociedad: se reconocen los derechos prestacionales, porque “un grupo, carece de los medios económicos suficientes para costear la obtención cierta de ese grupo de derechos constitucionales.” Esa época viene marcada por diferentes fechas. No obstante, éste nace en 1917, hasta 1989. El primer año obedece a la Constitución de Querétaro-México. La otra es la Constitución de Brasil, que doctrinariamente es vista como el origen del Neo-constitucionalismo en el continente americano. En Europa fue con la Constitución de Weimar en 1919.

Cabe decir, que, aunque el Constitucionalismo Democrático-Social parte de la idea del Estado Social como *supra-principio cohesionador* de la sociedad. Las Constituciones de LA no eran principistas, ni axiológicas, sino hasta el año de 1989, cuando comienza un nuevo espíritu de las diferentes facetas del Estado, así como de los individuos, con ayuda de sus respectivos derechos; derechos, que ante todo adquirirán una nueva dimensión.

Por ejemplo, el Derecho a la Propiedad ya no será un simple derecho económico individual, sino un derecho económico colectivo o difuso; un derecho con claras repercusiones transnacionales, como fue declarado por Sentencias de la CIDH en materia de demarcación de los derechos territoriales de los indígenas con sus tierras ancestrales. Éste aspecto conforma, un módulo propio del Derecho constitucional andino con su neoconstitucionalismo autóctono, aunque, la verdad no es mucho el aporte de la doctrina ni la jurisprudencia venezolana en la materia. Se han tocado ideas que conforman al neoconstitucionalismo, pero sin abordarlo nunca con dicha teorización.

El neoconstitucionalismo no lía nuevos modos de orientar la configuración del Poder Público, aunque, Venezuela con su Constitución de 1999 configuró el Poder Público con una separación orgánico-funcional pentagonal. De igual forma, la Constitución de Ecuador (2008) tomó un estilo similar. El *Neo constitucionalismo* no significa nuevos aditivos al Republicanismo como forma política estatal, aunque si, la idea republicana de Estado imbuye al *Neo constitucionalismo* en un cambio de los mecanismos de participación cívicas dentro de la Constitución. Por ejemplo, Ecuador incorpora a la participación comunitaria de cualquier individuo en un nivel fundamental de la vida colectiva. Tampoco, el *Neo-Constitucionalismo* cambia el sistema de gobierno presidencialista, pero sí reconoce a los referendos.

No obstante, las Constituciones inspiradas en la nueva corriente creyó necesario reconocer al Híper-Presidencialismo como técnica gubernamental para congeniar los múltiples intereses de los distintos grupos plurinacionales; grupos plurinacionales que han cobrado un vigor poderoso dentro del interés nacional estatal con una dinámica propia capaz de rebasar de una forma avasallante la artificial idea de unidad nacional forjada en el s. XIX y XX por los partidos políticos conducidos por el Constitucionalismo Liberal-Conservador. Tampoco trastoca el *Neo-Constitucionalismo*, la colaboración funcional de los Poderes Públicos.

De hecho, el Neo-Constitucionalismo crítica al Híper-Presidencialismo como técnica armonizativa de los distintos intereses plurinacionales, que requiere en opinión de los precursores de esta compleja doctrina, de técnicas organizacionales mucho más inclusivas de los diferentes sectores ante en el enorme engranaje de relaciones del poder público. Y de allí, más bien, el nuevo pensar constitucional, acaba creando un ámbito sustantivo propio, pero muy indefinido, esto es, el Neo-constitucionalismo busca redimensionar el funcionar del Estado de una manera más cónsona con la idiosincrasia de las diferentes naciones de América Latina. Por supuesto, una de los análisis más acuciosos del Neo-Constitucionalismo en América Latina, es su falta de armónica-idoneidad con el espíritu Iberoamericano.

Incluso, existe una nueva corriente del constitucionalismo, como el Andino, que persigue un estilo propio de resolver los asuntos regionales, sin la necesidad de importar las técnicas, las teorías, o las ideas europeas que nada tienen que ver con esa realidad. Constituyendo lo anterior, un tipo de *desiderátum político* ante la poca coherencia de recetar una teoría Neo-Constitucional, carente de identidad.

3_. Neo-Constitucionalismo como una Nueva Óptica Socialmente Aceptada.

Originalmente, el Neo-constitucionalismo como cualquier aspecto del Derecho Constitucional, es un asunto manejado por puros Abogados. No importa el área referida, el mundo judicial, administrativo, parlamentario o la práctica de los Abogados ante los Tribunales, es un mundo exclusivo de Abogados. Pero el Neo-Constitucionalismo cambia lo anterior en ciertas áreas del orbe, porque los únicos legitimados para desentrañar el verdadero sentido de las normas constitucionales, legales no van a ser solo los profesionales del derecho. Aquí ésta nueva tendencia abre el compás interpretativo convirtiendo, a cualquier persona en un intérprete de las normas jurídicas, y a su producto interpretativo en una interpretación auténtica. De hecho, hay también, una reingeniería conceptual variada del mundo jurídico.

Por ejemplo, el Neo-constitucionalismo andino acata al anterior paradigma interpretativo, pues la existencia de ciertos conceptos indígenas en la Constitución Ecuatoriana (2008), Bolivia (2009), así como en otros textos normativo-legislativo, crea un efecto juridificador de los términos *Pachamama* y *Sumak Kawsay* en el resto del sistema jurídico. Por ejemplo, la voz *Constitución Económica* era una voz económica, pero que los juristas dieron una connotación jurídica, y que luego fue capaz de adquirir un sentido jurídico teórico-práctico pleno. No obstante, el término no acabaría siendo aprehendido por los juristas, pero si acabaría, siendo asimilado por los Abogados con el término *Wirtschaftsverfassung*.

En este sentido, los términos *Pachamama* y *Sumak Kawsay* son términos propios del argot indígena, y, que ellos, como autores culturales e intelectuales de ambos términos, acaban convirtiéndose en legítimos portadores del espíritu de esos términos -*ahora jurídicos*- ante cualquier instancia judicial, no sólo indígena, cuando estos tengan conflictos con sus hermanos indígenas, o, cuando estos tengan conflictos con la autoridad administrativa por una concesión; o en materia tributaria, e incluso penal con lo relativo al mundo ambiental. Son términos, que fueron reconocidos constitucionalmente en Ecuador como deidades indígenas.

Como, el Derecho indígena forma una nueva rama del Derecho Positivo formada por normas escritas y consuetudinarias de forma simultánea, entonces, la misma comunidad es el legitimado por el Derecho Positivo para, en parte crearlo, y por otro lado, aplicarlo. Sería como el principio del desdoblamiento funcional del derecho convencional del Derecho Internacional. El Derecho Indígena tiene rasgos de equivalente tipo. Aunque, no del todo, porque éste es un derecho positivo interno instituido por el sistema constitucional para armonizar la especial posición de la comunidad

indígena frente al Estado y los no indígenas. El sistema jurídico confiere un reconocimiento a la indigeneidad por su especial papel en la sociedad, y en la formación de la identidad en esos países.

Evidentemente, el tema del Neoconstitucionalismo Andino es un tema complejo, no sólo a nivel regional, sino a nivel nacional, con cada miembro de la Comunidad Andina. Originalmente, el Derecho Indígena es positivo escrito, pero también positivamente no-escrito. Por ejemplo, en Ecuador y Bolivia se considera conforme a los *neo-logismos*, que van a surgir unas nuevas categorías que acabarán siendo poco entendidas, pero que con su enseñanza serán agarradas de forma plena por los individuos. Todo aprendizaje al comienzo, es dificultoso. Colombia y Perú todavía no han constitucionalizado dicha terminología indígena.

La naturaleza, ya no será un objeto de derecho como acontecía desde la antigüedad. Pero como explican los juristas, antiguamente, el mismo individuo de carne y hueso era un objeto de derecho. Otros sujetos de derecho poseían derechos reales sobre su persona, e incluso podían transferirlo a otros sujetos de derecho, que poseyeran el mismo *status* jurídico suyo. Incluso, la Constitución venezolana posee una peculiaridad similar a la Constitución de Ecuador y Bolivia, que el membrete de la Tercera Parte de la Constitución (la Parte Dogmática), no señala el calificativo de Derecho subjetivo, ni de Derecho humano, ni de Derecho fundamental, porque las características del respectivo Derecho han cambiado.

En un inicio, el Constitucionalismo moderno, sólo tenían *status* jurídico el burgués propietario; éste se fue expandiendo, con el referido constitucionalismo social, al obrero y al campesino. Se integró a la mujer, al indígena y a los mayores de edad. Últimamente, el *status* de persona jurídica fue ampliado a la totalidad de las personas. Finalmente, el *status* se ha extendido a la naturaleza o *pachamama*. Como dice Pinto *et al* (2018):

Es muy difícil alterar visiones de mundo y antiguos paradigmas, pero no imposible. El concepto de naturaleza como titular de derechos obliga a cambios significativos en la relación hombre y naturaleza, pues esta deja de ser considerada un bien y objeto de relación jurídica, o sea, un simple depósito de mercaderías al servicio del consumismo humano y de sus intereses económicos, para volverse sujeto de derechos. Pág. 168.

De igual manera, el término incapacidad del Derecho Romano sufrió una ruptura en la segunda década del s. XX, a raíz de ciertos síndromes del espectro autista como el descubierto por **Hans Asperger**, que modifican el *status jurídico-administrativo del afectado*. La diferencia entre la capacidad e incapacidad desde la visión del Derecho Administrativo, como condicionante de la personalidad del sujeto de derecho, es tenue, desde la entrada en juego de esa nueva variable.

Así, la Ley Especial de Discapacidad de 2008 complica el tratamiento de las personas afectadas para el cumplimiento de los requisitos no pedidos para ser Presidente electo, pues debe cuantificarse un grado de autismo permitido para optar a un puntual cargo representativo, entiéndase,

ocupar un cargo por elección. Incluso desde la visión del Derecho ecuatoriano o boliviano, la representación judicial de la naturaleza en Juicio, sin necesidad de tener una legitimidad procesal cierta, plantea la dificultad práctica en el Derecho Procesal actual. Entonces, la representación procesal cambia jurídicamente para acoplarse a la necesidad de ir a un tribunal a defender a la *Naturaleza*. De igual modo ocurre en términos de igualdad entre personas y animales según la *Tesis del Especificismo*.

4_. Interculturalidad como Rasgo Central del Derecho Constitucional actual.

Éste carácter acaba siendo un fenómeno común en cualquier Constitución. Häberle puntualiza a la Constitución y a su Constitucionalismo “*como un auténtico producto cultural*.” Pág. 184. De igual forma, la interculturalidad es el eje transversal en todas las Constituciones del mundo como dice Ávila (2013):

La Interculturalidad aparece en varios derechos fundamentales, en el régimen de desarrollo, en el régimen del buen vivir, en los principios del Estado. Se cree que la Interculturalidad debe ser entendida como un método de actuación y como una constante práctica. La Interculturalidad es la forma mediante la cual se materializa la convivencia y la riqueza de la diversidad”. Pág. 32.

O al menos, se intenta eso. Las primeras constituciones venían afincándose en el concepto del Estado étnico. Francia: *los Francos*; Alemania: *los alemanes*; Rusia: *los eslavos-rusos étnicos*. Eran los únicos con derechos políticos. El Neo-Constitucionalismo permitió, que dichas minorías étnicas adquiriesen un status jurídico pleno similar al grupo étnico dominante. Un caso interesante con una tendencia contraria es China con la etnia mayoritaria **Han**. El resto es excluido de la vida política nacional, regional y local. Ciertos grupos como los Manchúes no tienen ese problema, pero los mongoles, los uigures (turcos-musulmanes), entre otros, sí.

El mundo es un claro crisol de interculturalidad. Europa, el Medio Oriente, el Asia Meridional, el Extremo Oriente, Oceanía, África, América Latina; cada una con sus propias sub-divisiones políticas. Por supuesto, las *sub-divisiones políticas* encarnan fronteras artificiales, incluso en los 2 tipos de Repúblicas -existen 2 tipos de Repúblicas las Autónomas: La República Autónoma Hebrea; y el resto de las Repúblicas- como Rusia, pues, los grupos étnicos mayoritarios de esa nación –*la parte asiática; ni siquiera en sectores del este y noreste de la Rusia Europea, junto a los Urales, como la República de Tartaristán, los caucásicos no son grupos autóctonos*- no son los autóctonos de esas tierras, sino que venían del noroeste –*Rusia Europea*- y los autóctonos, que se reproducían menos, aguardaron allí, como una minoría.

Hasta donde pudo revisarse, la Federación de Rusia posee en sus 18.000.000 Km² los siguientes grupos étnicos: Abasios, Agul, Ainu, Alemanes del Cáucaso, Aleutas, Altáis, Armenios, Pueblo avarm, Azerbaiyán, Balkarios, Baskires, Pueblo buriato, Cabardinios, Pueblo calmuco,

Carelios, Chechenos, Cherkesogái, Cherquesos, Chukchi, Coreanos en Sajalín, Cosacos de Siberia, Cosacos del Amur, Cosacos del Baikal, Cosacos del Don, Cosacos del Semirechye, Cosacos del Térek, Cosacos del Ural, Cosacos del Ussuri, Cumuco, Darguin, Dolgano, Etnia evenki, Estonios, Even, Georgianos, Hezhen, Pueblo ingusetio, Inmigración china en Rusia, Inmigración india en Rusia, Itelmenos, Jakasios, Janty (etnia), Karacháis, Kazajo (etnia) Ket, Kirguiz, Komi-Permianos, Komi-zirianos, Koriakos, Laks (Cáucaso), Samis, Letones, Lituanos, Mansi (etnia), Mari (pueblo), Meshchora, Moldavos, Mongoles, Mordvinos, Muromá, Nénets, Nivjis, Nogayos, Noruegos de Kola, Oirates, Orok, Osetios, Pomor, Pueblo circasiano, Pueblo moldavo, Pueblo nganasan, Pueblo ruso, Pueblo tuvano, Pueblo yeniseiano, Pueblos indígenas de Siberia, Rutules, Selkup, Sibires, Skolts, Tártaros, Tártaros del Volga, Tats (grupo étnico), Tofalar, Tadjiks, Turco-manos, Ucranianos, Udegué, Udés, Udmurto, Ulchi, Uzbekos, Pueblo vepsio, Yakutos, Yukagueros, Yupik, Zúngaros.

No obstante, la idea constitucional de la democratización de los asuntos gubernamentales con una política de clara inclusión ciudadana, rompió el claro resentimiento de las minorías ante las mayorías. En Europa, la interculturalidad se convirtió en una política pública para la integración inter-étnica, interreligiosa, inter-lingüística en una determinada circunscripción político-territorial como un estado plurinacional, tal cual como la Constitución de la República Federativa de Rusia menciona en su artículo 1, esto es, que cada grupo en su territorio federado constituye un pueblo autóctono con sus reglas, principios y valores de convivencia propios, capaces de crear un sistema de gobierno autóctono, incluso un sistema de justicia, diferenciado del sistema judicial de corte tradicional, positivista, formal, rígido, regido por los procedimientos, formalismos y demás.

De tal modo, que a cada comunidad indígena constituye un micro-cosmos nacional, que a nivel de sistema jurídico representa un sub-sistema dentro de un sistema nacional global, al estilo de un Estado multiétnico como la República Federativa Rusa, donde cada República -las Repúblicas rusas son Sujetos Federales “*entiéndase entes político-territoriales*” similares a los *Oblast* “*exclusivos para Eslavos- Rusos étnicos*” con la autonomía de un *Oblast*, pero sin la representación similar a los *Oblast* en el Senado Ruso.- esto es, cada sujeto federal para cada minoría étnica, religiosa y lingüística posee su autonomía. Lo anterior puede verse desde los tiempos de Jellinek (1900) “*con su visión pangermánica del continente*” Págs. 295-326.

Los Latinos están aprendiendo en Latinoamérica algo, que ya los europeos venían estudiando desde más 521 años. De tal modo, que se difiere la opinión de Ávila (2013) “*estamos en tiempos de interculturalidad*”. Pág. 145. Los tiempos de interculturalidad han existido por más de 523 años. Lo demuestran estudios antropológicos traídos por los juristas para adentrarse en una visión holística de la figura jurídica del Estado como personificación de la Sociedad. Un buen ejemplo fue el Imperio Otomano, quien al extenderse por tres continentes: Europa Suroriental, Norte de África, y Asia occidental, tuvo que buscar la forma de afianzar el poder del sultanato de Estambul en sus territorios con la política de tolerancia religiosa: católicos, ortodoxos, hebreos y musulmanas entre

otros; para asegurar la cohesión de un territorio enorme que cubría casi 7.000.000Km². De igual manera ocurrió con el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte con los Reinos de Inglaterra, Escocia, Wales e Irlanda del Norte, que fueron unidos a través del Derecho Civil con la técnica del matrimonio dinástico entre familias. Otro ejemplo interesante fue el reino Jázaro del Asia Central antes de ser ocupado por los mongoles de **Gengis Khan**, que fue considerada la primera nación judía moderna. La consolidación jurídica y fáctica de la interculturalidad siempre se concreta en tiempos diferentes.

¡La realidad era muy obvia! Distinto es, que dicho reconocimiento jurídico de la diversidad y de la interculturalidad ha sido llevado a cabo, como un movimiento universal desde la visión europea, hasta cada rincón del planeta; trayendo consigo, que cada fuerza intercultural demore más que otras en consolidarse jurídica y fácticamente; y que, además, cuajen en la integración del *nous* de los *cives* con cada grupo social, como un todo.

Muy buena prueba, es el experimento ruso de los últimos 30 años con la caída de la URSS, a nivel inter-étnico, inter-lingüístico, o inter-religioso con el tema de los Cosacos del Don y del Donetzk. Asia es un caso difícil de diagnosticar por las fuentes. Pero África, por ejemplo, con Nigeria, es un caso fenomenal. Nigeria es un país de 923.000Km² con un crisol de grupos étnicos, que se debaten entre diferentes lenguas, tradiciones, gastronomía, reglas e instituciones civiles, que vienen de un serio conflicto político-cultural, y muy fuerte por la profunda división entre los grupos de católicos y de musulmanes, donde los primeros son minorías y son perseguidos por los musulmanes.

Tal vez, el principal problema es la constitucionalización de la religión musulmana en el País, que convierte a la Nigeria en un Estado-Teocrático. De tal modo, que impulsa una cierta visión de la realidad en desmedro de otras diferentes, que no cuajan, sin que discrepen de una, frente a los restantes grupos étnicos, o, religiosos. Hay muchas culturas, que son POLITICAMENTE, más fuertes que otras. Igual ocurrió en Sudafrica con **Bophuthatswana, Ciskei, Transkei, Venda y Kwandele** en la década de los 70 del siglo pasado que no fueron reconocidos por la comunidad internacional; o con la separación de naciones como Sudán y Sudán del Sur.

Tal vez, el Constitucionalismo liberal-burgués pueda ser definido como un período de la madurez política de los Estados. Por ejemplo, el Constitucionalismo Liberal-Burgués engendró al Estado-Liberal Burgués. Y, desde entonces, tras su nacimiento, la idea fue consolidar el símbolo del sentir de cohesión-unidad de los diferentes actores políticos y económicos en un ambicioso proyecto de edificación por la identidad nacional. El constitucionalismo social-democrático engendró al *Estado Social, Democrático y de Derecho* para zanjar los defectos del anterior.

Aún, con las divisiones internas existentes, y que la economía acentuaba con el devenir de carácter histórico por el desarrollo imperial de Naciones como U.S.A., Inglaterra, Francia, Alemania, Japón, España, Portugal, que en sí mismas, guardaban, a profundas contradicciones sociales, y que nunca pudieron zanjarse; exportando así, su propio tipo de desorden político a otros Estados incipientes como las latinoamericanas o africanas, que de igual modo a las europeas, estas

resolvían las profundas diferencias conflictuadas con apoyo de la coacción institucional del Estado encarnado por las mayorías políticas representativas de dichas minorías económicas enquistadas, tras los hilos del poder institucional de esas nuevas Naciones con ideas desarrollistas pobres en lo técnico y económico.

Se ve al constitucionalismo social como una corriente transicional entre el *constitucionalismo tradicional* y el *Neo-constitucionalismo*, pues éste acaba siendo visualizado socialmente como una corriente transformadora de las antiguas relaciones político-económico liberales, en otras de nuevo cuño, que sean más humanas, y, que sean superadoras de las enormes contradicciones de los últimos 251 años de la humanidad globalizada. El *Neo-constitucionalismo* como “*técnica médica*” en los acontecimientos sociales, es el estadio último del devenir histórico de las Naciones por armonizar de una manera pacífica a las enormes tensiones existentes en el Estado Liberal-Burgués con sus distintos actores; poniendo así, directamente, a los pequeños actores políticos y económicos, como motores de un nuevo modelo, en cuanto a su funcionamiento con el medio ambiente.

El Inter-Culturalismo¹ ha inspirado cambios en la actividad parlamentaria de los Estados, por ejemplo, el artículo 186 constitucional de Venezuela, incorpora una representación específica de los indígenas en la Asamblea Nacional. También en el funcionamiento gubernativo de los Estados con motivo de la nueva modelación operativa del aparato administrativo como motor de transformación social con ayuda de un nuevo parlamento conformado por los grupos minoritarios de la población latina,² especialmente, con la participación indígena. Lo interesante es, como muchos penalistas apuntan a raíz del Neo-constitucionalismo, la visualización de la transformación del antiguo sistema penal Beccariano, a uno más humano, que no se circunscriba a la simple modernización mecánica optimizadora del antiguo sistema existente, dictando más sentencias, al aumento de las penas y, de utilizar a la cárcel como forma única de resolución.

Por ejemplo, el Neoconstitucionalismo andino ha visualizado la profunda mutación de su sistema liberal-punitivo heredado del colonialismo, por uno más humanizado por los elementos de carácter indigenista locales, pues para el nuevo universo de juristas andinos, a raíz de la referida Constitución de Ecuador (2008) y Bolivia (2009), la interculturalidad acaba siendo un principio en la construcción del Estado y del Estado de Derecho –un Estado de Derecho donde la interculturalidad es un claro parámetro de medición para la juridicidad de las actuaciones públicas y privadas- que, acaba convirtiendo, por ejemplo, a la cárcel en una institución, que debe ser repensada de cara a la nueva visión del mundo neo-constitucional, pues la cárcel desde el punto de vista liberal de Beccaria, es muy diferente del actual.

1 Cfr. Constitución venezolana de 1999. Artículo 186: “...los pueblos indígenas (...) elegirán tres diputados de acuerdo a lo establecido en la Ley electoral, respetando sus tradiciones y costumbres...”. El actual sistema electoral indígena en Venezuela es representativo, universal, directo y secreto. No obstante, las últimas elecciones parlamentarias cambiaron el sistema inconstitucionalmente a indirecto.

2 Cfr. Gaceta Oficial 6.238 Extraordinario Decreto N° 2.378 del 12 de Julio de 2016. Sobre Organización de la Administración Pública Nacional Central de Venezuela (2016) instaura a un Ministerio del Ambiente, de los Asuntos Indígenas, y de los Asuntos de la Mujer

La interculturalidad constituye así, el eje transversal del sistema jurídico moderno del siglo XXI, tras nutrirse expresamente del Neo-Constitucionalismo. Por ello, las Escuelas deben enseñar a desentrañar la idea de la interculturalidad en la formación del ciudadano o del administrado: éste es un principio jurídico básico, articulador del pensamiento social del siglo XXI, junto al valor jurídico tolerancia. Es un tema de aprendizaje inter-cultural, que no significa cambiar de una cultura hegemónica a otra, u otras, ni de ser simplemente multi-culturales, porque sí.

No se trata de que las culturas hoy subordinadas sean hegemónicas, frente a las otras culturas. Así, para la autora Walsch (2009) “la inter-culturalidad no es multi-culturalidad. Pág. 42. La multi-culturalidad es un término descriptivo, que hace referencia a la existencia de varias culturas en un territorio, y, que muchas veces conviven instintivamente, como los inmigrantes. La noción de multi-culturalidad es indiferente al tratamiento político de los grupos diversos, y hasta permite, y mantiene, la colonialidad.

Caben en un Estado multicultural, la promoción de una cultura hegemónica o la segregación de una cultura subordinada. Además, el término obvia la noción relacional. Walsch (2009) expone que se:

Oculto la permanencia de las desigualdades e iniquidades sociales, que no permiten a todos los grupos codearse con equidad y participar activamente en la sociedad, dejando así intactas las estructuras e instituciones que privilegian a unos en relación a otros. El término subvierte a la igualdad de esos actores. Pág. 42.

A esta forma de entender la interculturalidad, se le conoce como inter-culturalidad funcional. La inter-culturalidad significa así, el contacto e intercambio entre culturas en términos equitativos; en condiciones de igualdad. Toda cultura, es una dimensión de la vida humana, que se reproduce a sí misma. No existen mejores culturas, o, una alta cultura y otra baja, que por lo demás, ésta distinción no es otra cosa, que el reflejo de sociedades jerarquizadas, y con una fuerte presencia de una cultura hegemónica. Toda cultura es susceptible de cambiar, de mutar, de mejorar y de perfeccionarse, en el sentido de que puede ofrecer mejores posibilidades para un buen vivir. Ésta evolución puede darse por autocrítica, pero sobremanera, por aprendizaje de otras culturas.

Nótese, que el artículo 126 Constitucional de 1999 expone: “El término pueblo no podrá interpretarse en esta Constitución en el sentido que se le da en el Derecho Internacional.” Más que el sentido de unidad e indivisibilidad de la Nación, precisamente, el Constituyente denota que existe un sentido de pertenencia de los pueblos indígenas con el resto de la Nación venezolana, que existe un sentido de integración a la venezolanidad, aunque exista una atomización de distintos grupos poblacionales con diferentes culturas en el mismo territorio de la República, y que principalmente, la República se rige por interculturalidad de cada uno de sus miembros.

5_. Retos para la Nueva Institucionalidad Estatal Plurinacional e Intercultural.

Los retos de una nueva institucionalidad estatal para la protección de los Derechos

Fundamentales pueden ser elaborados desde 3 ideas preliminares: A) la conceptualización de los elementos constitutivos de una institucionalidad; B) el proceso de construcción; C) los paradigmas históricos que la contextualizan, los cuales serán descritos a seguidas. En la 1º categoría, la doctrina neoconstitucional visualiza a tres diferentes elementos: a) los Saberes; b) Un Sistema Normativo; c) La Institucionalidad propiamente dicha; que es la estructura que se crea con el objeto de aplicar el Derecho.

Por supuesto, un Estado de Derecho no puede ser tal, con órganos que no provengan de las normas que, contienen a las reglas, principios y valores jurídicos del sistema normativo. Recuérdese, la Tesis de Kelsen del Estado y el Derecho como sinónimos: los órganos y entes del Poder Público son un claro conjunto de normas jurídicas competenciales y procedimentales. Como dice Hans Kelsen: los saberes crean Derecho, el Derecho crea órganos; los órganos reproducen saberes y crean normas; y, se forja un estrecho círculo de interacción entre los 3 mundos.

El Saber: Foucault (2008) sostuvo insistentemente que:

Los saberes” crean poder, y que el poder no puede sostenerse, sino es mediante el “saber.” Por el saber, entonces se ejerce el poder. En el plano de lo político-social, no es casual que los centros de poder, en cualquier momento histórico, tengan relación directa con la acumulación y la reproducción del conocimiento. Pág. 288.

El discurso del Poder “no sólo persigue escribir papeles, y decir palabras, sino que tiene una misión política, todo acto discursivo es un acto de poder.” Hoy, USA es la principal potencia mundial, y tiene las Universidades mejor dotadas en Profesores e Infraestructura: ¡el saber es poder! Y así se articula mejor el poder institucional ante la sociedad. Para Freire, el activismo sin conocimiento, es tan inútil (como dar palos de ciego), como el conocimiento sin activismo. El enlace del saber con la acción, da como resultado el acto creador que libera al oprimido.

El Derecho: Cualquier derecho subjetivo, es un conjunto de normas que tiene como objetivo regular las relaciones entre sujetos, y ser un mecanismo para ejercer el control social sobre un grupo humanos. El Derecho, siguiendo la línea de Foucault, es un instrumento más del Poder. El saber según Foucault (2003) “se organiza alrededor de la norma, establece que es normal, y que no lo es, que cosa es incorrecta, y que otra cosa es correcta, que se debe o no hacer.” Pág. 105.

El Derecho Positivo de Latinoamérica tiene una fuerte inspiración europea continental. Y Latinoamérica sólo lo adaptó a su propia realidad. Aunque, en esa adaptación existe originalidad y creatividad (también hay mucha distorsión entre lo producido y lo comprendido), según López. El Derecho no es sólo la norma expedida por una autoridad que tiene atribución, sino un ingrediente vital de la institucionalidad que tiene conexión directa con la cultura, la política y la moral dominante. De esta manera, para el autor Carrillo (2010):

El Neo-Constitucionalismo puede ser analizado como una ideología (Neoconstitucionalismo Ideológico) que además de sostener la tesis de la conexión conceptual necesaria entre derecho y moral, la valora como positiva (Tesis Normativa de la Vinculación) y deriva de ella algunas consecuencias, como la de que la constitucionalización de los sistemas jurídicos excluye la obediencia ciega al derecho legislado (Anti-Formalista y Anti-Legalista) y, por el contrario, prescribe la obligación moral de obedecer la constitución y las normas conforme a ella. Pág. 45.

En este sentido, Comanducci (2007) señala “como una característica del Neo-Constitucionalismo Ideológico, la exigencia de realizar una interpretación y la lectura moral de la Constitución.” Pág. 34.

Y en la famosa metodología de la investigación de Facio, se propone esta interrelación constante entre el componente estructural, cultural y normativo del Derecho. Entonces, el Derecho es algo vivo, creado, conectado y modificable.

Los Órganos: los órganos son la ejecución del Derecho, que se encargan de su aplicación y constituyen la institucionalidad propiamente dicha. Las ideas y el Derecho, para ser aplicadas eficazmente, requieren de una institucionalidad que las garantice. En un Estado de Derecho, éste legitima a la autoridad, que encarna la institucionalidad, y la autoridad aplica el Derecho. Y como requisito, los órganos tienen que tener esa cualidad para ser considerados dentro de ésta comprensión de la institucionalidad: deben estar vinculados por el Derecho. Los órganos están conectados con los otros elementos enunciados: los órganos crean derecho, y quienes los encarnan tienen saberes previos a ejercer autoridad.

En cuanto a la segunda idea, el proceso de edificación de institucionalidad viene de la mano con el término crisis institucional, pues las crisis son momentos oportunos en la reconstrucción de la institucionalidad necesaria para asegurar la gobernabilidad. Las crisis constituyen oportunidades de la humanidad para dar saltos adelante, a través de grupos constructores del *stablishment*. La prueba está en la evolución del Derecho y del Estado, en la conquista de los DDHH por parte de los trabajadores, mujeres, niños, adolescentes, indígenas y discapacitados. Sin duda alguna, para Ávila (2013) “las crisis generadas por diversos movimientos de DDHH han logrado significativas reformas en muchos países”. Págs. 221.

En cuanto al tercer punto de los paradigmas de la institucionalidad, todo paradigma conceptual, y cualquier marco teórico son incompletos y relativos cuando se aplica a la realidad. Por ejemplo, para Alexy (2003):

El Neo-Constitucionalismo presupone una posición metodológica (Neoconstitucionalismo Metodológico) que niega las tesis centrales del positivismo metodológico. Y, contrario a éste, defiende la tesis analítica de la vinculación o tesis identificativa entre derecho y moral, que sostiene, como fue expuesto anteriormente, que existe una conexión conceptual necesaria, no contingente, entre

el derecho y la moral; y que esta se expresa en la inclusión de principios y valores constitucionales, y, también de derechos fundamentales en las nuevas Constituciones. Pág. 132.

Por el espacio y por el tiempo, la caracterización, y entran una serie de combinaciones entre el saber, el sistema normativo y el estilo de aplicar el derecho con el Liberalismo, el Neo-Liberalismo, la Social-Democracia, el Comunismo, y, que torna difícil precisar en más páginas.

CONCLUSIONES

En las páginas precedentes se ha analizado diferentes modos de concebir el Neo-constitucionalismo. Estas diferentes nociones de Neo-constitucionalismo se hallan mezcladas en los discursos de los juristas acerca del derecho de los estados nacionales-constitucionales, de su cotidiana aplicación judicial, así como de su reconstrucción teórico-metodológica, a través de los estudios de los juristas.

El análisis llevado deja entrever incluso que el neoconstitucionalismo, si está enfocado de un modo “negativo”, como una simple suma de oposiciones a tesis iusteóricas asentadas. Esto no es otra cosa, que un iusnaturalismo, por así decirlo, “actualizado”, que difumina algunas tesis clásicas del iusnaturalismo y se distingue de su versión tradicional sobre todo por su teoría de las normas jurídicas, concebidas en gran parte como enunciados derrotables por los intérpretes.

Entendido como una serie de tesis positivas acerca de la función judicial y de la “naturaleza del derecho”, el neoconstitucionalismo se convierte en una rara mezcla de tesis presuntamente descriptivas, dogmáticas y manifiestamente prescriptivas, que esclarecen lagunas reguladoras. Frente a sus interesantes tesis acerca de la sistematización del derecho por parte de los juristas con la tesis de la interculturalidad, el neoconstitucionalismo defiende tesis muy discutibles sobre los deberes de los jueces y la moralidad intrínseca del Derecho Positivo.

Ahora bien, cabe asomar someramente que según Benavidez (2016) “que el Neo-Constitucionalismo se combinó con el constitucionalismo latinoamericano”. Pág. 175. El nuevo constitucionalismo latinoamericano surgiría conjuntamente con los procesos constituyentes ocurridos en la región en la década de los 90 desde el caso de la Constitución de Brasil, Colombia y Venezuela en 1988, 1991 y 1999, respectivamente. Ciertamente, su pertinencia radica en brindar un mayor sostén teórico a la sanción de nuevos textos constitucionales, que junten entre sus disposiciones las reivindicaciones sociales de nuevo cuño con ayuda de las técnicas retóricas y argumentativas del neoconstitucionalismo tras la II GM, que en el caso de la Constitución venezolana de 1961 no fueron del todo agregadas, sino defectuosa y lentamente con leyes, reglamentos, tratados, resoluciones comunitarias y jurisprudencia de la antigua CSJ. Antes, Venezuela no tenía una corte constitucional como órgano científico.

En esa medida, el nuevo constitucionalismo “latinoamericano” tendría como otro punto de diferencia respecto del neoconstitucionalismo, que éste, como dicen los autores Viciano y Martínez,

supone un verdadero movimiento de reflexión académico perfeccionador de la constitucionalización del sistema jurídico derivado del viejo continente. Un proceso de disciplinada decantación y transvasamiento del constitucionalismo europeo a la realidad de América Latina, a través de una idea popular como la interculturalidad, que permite la integración social, y, que nunca se pudo con el constitucionalismo tradicional, que era muy elitista u oligárquico.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Alexy, R. (2003) “3 Escritos Sobre los Derechos Fundamentales y la Teoría de los Principios.” Universidad Externado de Colombia, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho. No. 28. Colombia.

Ávila, R. (2013) “El Neo-Constitucionalismo Andino.” Universidad Andina Simón Bolívar: Sede Ecuador.

Barroso, L. (2008) “El Neo-Constitucionalismo y la Constitucionalización del Derecho.” México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Benavidez, J. (2016) Neo-Constitucionalismo, Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano y Procesos Constituyentes en la Región Andina, En “Ius Humani: Revista de Derecho.” N° 5. Págs. 173-188.

Bernal, C. (2016) Constituciones sin Constitucionalismo y la Desproporción de la Proporcionalidad. Dos Aspectos de la Encrucijada de los Derechos Fundamentales en el Neoconstitucionalismo, En “Fundamentos: Cuadernos Monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional, N° 9.” Madrid, España.

Canova, A. (2021) “Los Pobres Odian la Educación Pública” Fundación Universitas. <https://www.youtube.com/watch?v=yIk88WLOuBk>.

Carbonell, M. (2007) “El Neo-Constitucionalismo en su Laberinto.” En Teoría del Neo-Constitucionalismo. Editorial Trotta-Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM. México D.F., México.

Carrillo, Y. (2010) Aproximación a los Conceptos de Neo-Constitucionalismo y de Derechos Fundamentales, En “Saber, Ciencia y Libertad. Vol. 5, N° 1.” Págs. 39-47.

Comanducci, P. (2007) Modelos e Interpretación de la Constitución, En “Carbonell, M. Teoría del Neo-Constitucionalismo.” Editorial Trotta-Instituto de investigaciones jurídicas UNAM. Madrid, España.

Facio, A. (2002) “Metodología para el Análisis de Género del Fenómeno Legal,” en Alda Facio y Lorena Frés. Ediciones Género y Derecho. México, D.F., México.

Ferrajoli, L. (2007) “Sobre los Derechos Fundamentales”, En, Carbonell, M. Teoría del Neo-Constitucionalismo. Editorial Trotta. Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM. Madrid, España.

Fioravanti, M. (2009) “Los Derechos Fundamentales. Apuntes de Historia de las Constituciones.” 6° Ed., Trad. de Manuel Martínez Neira. Editorial Trotta. Madrid, España. Pág. 128.

Foucault, M. (2003) “La Verdad y las Formas Jurídicas.” Gedisa. España.

Freire, P. (2000) “La Teoría de la Acción Dialógica y sus Características,” En Pedagogía del Oprimido. 53° Edición.

Häberle, P. (2002) La Constitución como Cultura, En "Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional," N°. 6. Págs. 177-198.

Jellinek, G. (1900) "Teoría General del Estado." Editorial Albatross. Argentina.

Lassalle, F. (1964) ¿Qué es una Constitución? Con la Introducción de F. Mëhring. Ediciones Siglo XX.

López, D. (2005) "Teoría Impura del Derecho: la Transformación de la Cultura Jurídica Latinoamericana." Legis. Bogotá, Colombia.

Montesquieu (1906) "El Espíritu de las Leyes. Tomo I." Vertido al Castellano con Notas y Observaciones por Siro García del Mazo. Madrid, España. Págs. 515.

Niembro, R. (2017) "Entre el liberalismo y el igualitarismo: Análisis del discurso de la Suprema Corte en la jurisprudencia sobre matrimonio igualitario Ensayos críticos sobre la obra de Rodolfo Vázquez / coord. por Pablo Larrañaga Monjaraz, Jorge Cerdio Herrán, Pedro Salazar Ugarte; Rodolfo Vázquez (hom.), Vol. 1, Tomo I. 6. pág. 229.

Niembro, R. (2016) "Desenmascarando el Autoritarismo Constitucional" En, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4257/10.pdf>. Consultado el 16 de Julio de 2021.

Pinto, Irene et al (2018) La Naturaleza como sujeto de Derechos: análisis Bioético de las Constituciones de Ecuador y Bolivia En, "Revista Latinoamericana de Bioetica Vol. 18, Núm.1." Universidad Militar de Nueva Granada, Colombia.

Pozzolo, S. (2015) Apuntes Sobre el Constitucionalismo, En "Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho." Coord. Por Jorge Luís Fabra Zamora. Vol. 1.

Romero, J. (2012) "El Neo-Constitucionalismo y la Constitucionalización del Derecho," en Capítulo I de su Libro. Págs. 53. Consultado en <http://archivos.juridicas.unam.mx>

Sismala, F. (2008) "La Plurinacionalidad en la Nueva Constitución". Compilación Francisco Muñoz. ILDIS – Quito, Ecuador. Consultado en <http://www.institut-gouvernance.org/es/analyse/fiche-analyse-453.html>

Walsch, C. (2009) "Interculturalidad, Estado y Sociedad: Luchas Coloniales de Nuestra Época." Abya-Yala. Quito, Ecuador.

Gaceta Oficial N° 5.453 Extraordinaria del 24 de marzo de 2000. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Gaceta Oficial N° 38.958 de Fecha 05 de enero de 2007. Ley de Discapacidad de Venezuela.

Gaceta Oficial 6.238 Extraordinario. Decreto N° 2.378 12 de julio de 2016 Sobre Organización de la Administración Pública Nacional Central de Venezuela.

Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008 Última Modificación: 13 de julio de 2011. Constitución de la República de Ecuador.

Los Tributos en el Sector Económico de las Telecomunicaciones de Venezuela Taxes in the Economic Sector of Telecommunications in Venezuela

Dolis Marina Sánchez Ramírez¹

Fecha de Recepción: 19 de julio de 2023

Fecha de Aceptación: 19 de noviembre de 2023

RESUMEN

El presente trabajo pretende exponer meridianamente el régimen jurídico tributario del operador económico en el mundo de las telecomunicaciones de Venezuela mediante el método dogmático, a los fines de exponer las profundas contradicciones lógicas existentes en cuanto a la configuración de los presuntos tributos, tasas y contribuciones parafiscales existentes en LOTEL. Varios de los tributos (impuestos) tienen formas de tasas; y otros tributos (tasas) tienen formas de contribuciones parafiscales. En vista de la exhaustiva regulación existente en el sector de las telecomunicaciones, que éste sector económico se halla profundamente regulado. La rigurosa concepción del servicio cuya prestación con ánimo de lucro configura el hecho imponible, permitiría delimitar con certeza el ingreso ruto gravable; armonizar los tributos especiales con el impuesto municipal a la actividad económica, con el ISLR, y el IVA; mantener la carga tributaria global de los operadores y usuarios, bajo límites razonables y justos; y proteger la economía.

Palabras Clave: telecomunicaciones, impuestos, tasas, contribuciones parafiscales.

ABSTRACT

The present work aims to clearly expose the legal tax regime of the economic operator in the world of telecommunications in Venezuela through the dogmatic method, in order to expose the deep logical contradictions that exist regarding the configuration of the alleged taxes, rates and parafiscal contributions. existing in LOTel. Several of the taxes (taxes) have forms of rates; and other taxes (fees) have forms of parafiscal contributions. In view of the exhaustive regulation that exists in the telecommunications sector, this economic sector is deeply regulated. The rigorous conception of the service whose provision for profit constitutes the taxable event would allow the taxable gross income to be delimited with certainty; harmonize special taxes with the municipal tax on economic activity, with the ISLR, and the VAT; maintain the global tax burden of operators and users, under reasonable and fair limits; and protect the economy.

Keywords: telecommunications, taxes, fees, parafiscal contributions.

¹ Abogada Egresada de La Universidad del Zulia. Cursante de la Especialización de Derecho Administrativo (CIEPROL-ULA). Abogado en Ejercicio.

INTRODUCCIÓN

El **Título XI** de la **Ley Orgánica de Telecomunicaciones** de la República de Venezuela (a continuación LOTel) está referido a la materia *<De los Impuestos, Tasas y Contribuciones>*, que gravan especialmente las actividades de telecomunicaciones desempeñadas en el territorio nacional. Dicho Título ha tenido por finalidad regular ordenadamente los tributos especiales que desde el año 1918 ha venido gravando progresivamente, pero en forma rudimentaria y con escasa técnica tributaria, las actividades de telecomunicaciones que fueron saliendo con el avance tecnológico.

Destaca en esa normativa promulgada en el año 2000, el propósito legislativo de adoptar una estructura impositiva muy simple basada en la imposición a los ingresos brutos de los operadores de telecomunicaciones, que ya venía siendo adoptada en las grandes concesiones de telefonía celular, mediante cláusulas de naturaleza contractual de dudosa legalidad, frente a las escuetas fórmulas del artículo 15 de la Ley de Telecomunicaciones de 1940¹.

Sin embargo, destacan también fórmulas adoptadas para la determinación de algunas tasas previstas en ese Título de la LOTel, cuya precisión fue delegada por el legislador a la potestad reglamentaria del Ejecutivo Nacional, y, en ciertas hipótesis, a las reglas nacidas de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL).

En esta orientación legislativa, no se puede dejar de apreciar el objetivo no disimulado de gravar directamente un indicio de obtención de riqueza, como son los ingresos brutos de un sujeto o empresa, con independencia de los ingresos incurridos en su obtención, para evitar la necesidad de utilizar un concepto depurado de renta que, no obstante ser éste último más compatible con el principio de capacidad económica del contribuyente, permita proceder con mayor simplicidad y rapidez a la determinación y recaudación del tributo, en forma afín a como lo hace la municipalidad con el *Impuesto a las Actividades Económicas*². En vista de lo anterior, es importante destacar las palabras de Padrón (2005):

Los impuestos creados y regulados por la LOTEL son impuestos cuya base imponible es el ingreso bruto. Aunque aparentemente simples, estos tributos crean problemas conceptuales de difícil solución porque existe una tendencia francamente errónea que pretende disociar los impuestos que recaen sobre los ingresos brutos de la noción o principio del gravamen conforme a la capacidad contributiva. Pág. 109.

Por otra parte, se ha afirmado que, en el caso de los tributos previstos en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, pues según el autor Malavé (2003) “estos inciden sobre indicios de riqueza y no propiamente sobre manifestaciones de riqueza claramente evidenciadas, como sería la hipótesis de los ingresos brutos, lo cual facilita las tareas de recaudación, pero se aleja de la correcta determinación de la capacidad económica del contribuyente”. Pág. 18.

1 Gaceta Oficial N° 20.248 del 01 de agosto de 1940. Ley de Telecomunicaciones.

2 Gaceta Oficial Municipal Extraordinaria del Municipio Libertador-Estado Mérida. N° 52 Año 1 del 01 de octubre de 2014.

A pesar de la crudeza de la indicación anterior, en términos de técnica tributaria, *los ingresos brutos*, constituyen la base imponible de la mayoría de los tributos de las Telecomunicaciones, y de todos los impuestos especiales que gravan esas actividades, porque la existencia y dimensión de esos ingresos dan lugar al criterio o parámetro de medición o cuantificación del hecho imponible, *representado por la prestación de servicios de telecomunicaciones al público, con fines de lucro*.

Aunque, la base imponible de los ingresos brutos es el patrón normativo más remarcado en el referido **Título XI** de la LOTel, *precisamente por ser un concepto de extrema simpleza*, que no siempre revela la capacidad de pago del contribuyente, sino que consiste en una aproximación a ella, muy protuberantes y frecuentes han sido los conflictos surgidos con respecto a ese concepto en la interpretación y aplicación de la LOTel, por parte de CONATEL y de los operadores económicos; razón por la cual, se propone con la presente investigación, abordar el tema para ayudar a contribuir a su esclarecimiento o, al menos, frenar algunas desviaciones.

DESARROLLO

1_. El Concepto de Ingreso Bruto en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

En vista de las controversias surgidas de ese concepto, es indispensable partir en este tema del concepto contable en contraste con el concepto legal, resultante este último de los cambios o matices prescritos por las normas legales y reglamentarias relativas a las características propias de las actividades económicas de telecomunicaciones.

Según el Diccionario de la Lengua Española, por ingreso se entiende: *<Entrada, acceso, incorporación. Acción de ingresar. Caudal que entra en poder de uno y que le es de cargo en las cuentas>*. De tal manera, que el lenguaje usual identifica el ingreso con un caudal del cual se apropia el sujeto económico, y que entra en su poder de disposición, vale decir, en su patrimonio. Sin mayores elucubraciones. En términos económicos, no hay una diferencia esencial, puesto que *<La diferencia esencial del ingreso es que consiste en una corriente de riqueza acumulada a una cantidad económica particular>*, según expresa el Diccionario de Economía de Salvador Brand.

Y en términos contables, tampoco habría una diferencia esencial, puesto que *<Ingreso son incrementos en los beneficios económicos durante el período notable en forma de entradas o aumentos de activos, o decrementos de pasivos que resultan en incrementos de capital, diferentes a aquéllos relativos a contribuciones por parte de socios>*, como se lee en el Diccionario de Términos Contables para Colombia de la Universidad de Antioquia. Substancialmente pues, los ingresos representan flujos de entradas de recursos, que no provienen de aportes de capital ni de cantidades sujetas a devolución o a entregas a terceros, y que provocan un aumento de patrimonio. Se precisa el incremento del total activo neto existente, como anota el Diccionario para Contadores de Eric Kohler, traído frecuentemente por el personal de CONATEL.

Se desprende del concepto anterior que todas aquellas disminuciones de ingreso o meras indicaciones documentales de menor ingreso, no deben ser computadas como parte del ingreso bruto, pues ello deformaría el concepto y sobre todo su entidad real, esto es, se refiere a diversos

supuestos de descuentos, devoluciones, bonificaciones y otras concesiones otorgadas a clientes, que no representan flujo de ingreso. Así, los autores colombianos Carlos Ramírez G. y Orlando Corredor, miembros del prestigioso Instituto Colombiano de Derecho Tributario (CDT) (2001) han expresado:

Aunque por normas general el valor o importe del ingreso corresponde al precio pactado, desde el punto de vista de la realidad económica, el ingreso debe representar el elemento del activo que se recibe, o se espera recibir. Y el elemento del activo lo constituyen los flujos netos de efectivo o equivalentes esperados. Los descuentos, bonificaciones y otras concesiones otorgadas a los clientes, disminuyen ese flujo esperado de recursos, y por ende, disminuyen el valor de los ingresos". Pág. 121 y ss.

En tal sentido, debe descifrarse la norma del artículo 16 del *Reglamento sobre los Tributos Establecidos en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones*, que a la letra dice:

Cuando se anulen o se reversen operaciones en el marco de un contrato que modifiquen el ingreso bruto gravable, los contribuyentes podrán deducir de la base imponible declarada en el período tributario en el que realizan tal ajuste, los montos que hayan dejado de percibir y hayan declarado y pagado en un período tributario anterior.

Esta norma autoriza a hacer el ajuste del ingreso derivado de una anulación o reverso contractual en un período posterior, lo cual demuestra la voluntad del ejecutivo de admitir ampliamente esas disminuciones de ingreso, a las cuales impropriamente califica como deducciones. Esta norma debería ser tenida como un ejemplo de alteración del ingreso bruto y no como una limitación a la posibilidad de admisión de otras disminuciones diferentes.

La LOTEL y el Reglamento de Tributos definen restrictivamente el concepto de ingreso bruto a los efectos de la tributación especial sobre las actividades de telecomunicaciones, porque no entran a formar parte de la base imponible todos los ingresos, sino solo aquéllos que nazcan de la actividad autorizada o habilitada.

Así, son muy claras las normas de los artículos 147, 148, 149, 151 y 152 de la LOTel, al señalar que los ingresos brutos gravables son <los derivados de la explotación de tales servicios>, esto es, <los servicios de telecomunicaciones con fines de lucro> que se distinguen de los ingresos derivados de la explotación de redes y de otros ingresos de diversa naturaleza obtenidos por los operadores económicos de telecomunicaciones.

Igualmente clara es la definición de >ingreso bruto gravable> contenida en el artículo 2.7 del *Reglamento de Tributos* "porción del ingreso bruto contable sujeta a la alícuota impositiva". Destaca en esa definición, que no todo ingreso es gravable, sino sólo aquella parte sujeta a la alícuota impositiva, por tener la cualidad de ser producida por la prestación del servicio de telecomunicaciones.

Sin embargo, es importante destacar, que lo anterior se aparta del propósito de la LOTel, pues la definición de “*servicios de telecomunicaciones*” contenida en el artículo 2.13 del mismo Reglamento de Tributos mencionado señala “*actividades prestacionales dirigidas a satisfacer necesidades de telecomunicaciones, a través de la operación de una red de telecomunicaciones y de la realización de las actividades complementarias que sean normales y necesarias para tal fin*”.

Se desprende de esa definición, un concepto ambiguo que pareciera englobar toda la actividad de telecomunicación, incluida la interconexión entre operadores económicos de telecomunicaciones, para incluir dentro de ellos actividades complementarias, como el suministro, venta o alquiler de equipos y otros objetos muebles e inmuebles, que coadyuvan en la prestación del servicio de telecomunicaciones, pero que podrían ser prestados por otros sujetos sin tener la condición de operadores económicos de telecomunicaciones.

Se observa en esa definición reglamentaria, como en otras que se comentarán más adelante, un deseo de elongar la base imponible de los tributos de telecomunicaciones mediante un aparente exceso en el ejercicio de la potestad reglamentaria, al interpretar conceptos utilizados por el legislador. La aplicación de la contabilidad se fundamenta en el objetivo de determinación de la riqueza realmente obtenida por la empresa, que la contabilidad persigue también precisar. Contribuyendo, contablemente, a que esta, cumpla con una función de sustrato sistemático en la que debe apoyarse para la determinación tributaria de la riqueza tributable en una potencial compañía, permitiendo colmar o suplir cualquier tipo de vacíos, lagunas o las incoherencias legales, con miras a la finalidad de precisar fielmente el resultado económico de la empresa. En tal sentido, Gómez (2011):

determinar el resultado económico real del ente productivo debiera ser también el objetivo del tributo en las empresas. Esta conclusión no se ve alterada por las regulaciones que, por razones de recaudación, eficiencia, claridad o certidumbre, puedan establecer el derecho local y que se alejan de tal objetivo, atendido otros fines que también el Derecho tributario debe cumplir. Foro 8.

En cambio, se nota el deseo de precisar la exclusión de esa base imponible de los ingresos por servicios informáticos, pues como dice el artículo 3 del mismo Reglamento de Tributos, “*...aun cuando utilicen redes de telecomunicaciones como soporte para poder ser prestados...no constituyen actividades de telecomunicaciones*”. El diverso talante de esta norma, lleva pensar en la amplitud que ha querido darse reglamentariamente al concepto legal de servicios de telecomunicación, justamente, porque éste último marca el límite de origen de los ingresos gravables.

Se considera, que estas precisiones legales y reglamentarias son de mucha importancia no sólo para perfilar los elementos de los tributos especiales sobre las actividades de telecomunicación, sino también para prestar acatamiento a los llamados *dominios tributarios* y a los requisitos de un verdadero *sistema tributario*.

De este modo, si no hubiera respeto del límite del ingreso bruto derivado de la prestación de servicios de telecomunicaciones, los gravámenes especiales a estos servicios invadirían la esfera constitucional del Impuesto a las Actividades Económicas, fuente primordial de la tributación de los Municipios, pues utilizarían la misma base imponible de este tributo local, que grava con alcance general todos los ingresos brutos derivados de las actividades comerciales e industriales, entre los cuales podrían estar incluidos los ingresos de los operadores económicos de telecomunicaciones, como ya lo ha adelantado el Tribunal Supremo de Justicia, en varias sentencias de la Sala Constitucional, constituyendo una verdadera usurpaciones de funciones, en vista de que la regulación tributaria sería excesiva ante la intromisión de un área que incumbe exclusivamente al ámbito municipal respectivo. Esto último, con independencia de la pretensión de algunos Municipios de gravar con exclusividad los servicios de telecomunicación, por ser actividades económicas sujetas al tributo local aludido, y nada más.

Por otro lado, es una exigencia del sistema tributario que haya coordinación en la coexistencia y aplicación de los tributos, de manera, que el comportamiento anárquico de los sujetos tributarios activos no distorsione la distribución ordenada y justa de los ingresos públicos, y no provoque una acumulación de cargas tributarias, que exceda la capacidad económica de los sujetos pasivos, a través del efecto cascada sobre el mismo contribuyente por medio de la múltiple imposición tributaria de varios niveles político-territoriales de gobierno en Venezuela.

Así, los tributos de telecomunicaciones no podrían ignorar en su aplicación, la aplicación de los tributos municipales, sino también del Impuesto al Valor agregado (IVA), que tiene como base imponible el ingreso bruto por la venta genérica de bienes muebles y servicios, sin dejar de reconocer la conformidad de las cargas tributarias, que embuten las exenciones del Impuesto al Valor Agregado (IVA) y la posibilidad legal de deducir los denominados créditos tributarios.

En conclusión, para que formen parte de la base imponible de la mayoría de los tributos especiales que se comentan, no es suficiente que los ingresos vengan de cualquier actividad lucrativa efectuada por los operadores de telecomunicaciones, sino que es indefectible que esos ingresos entren propiamente de la explotación de tales servicios, como dice la Ley.

Particular interés en la conceptualización de los ingresos brutos gravables tiene el aspecto temporal o devengo del hecho imponible, pues esto último determina el momento en que el ingreso bruto del operador económico de telecomunicaciones queda vinculado o sujeto al gravamen especial, lo cual podría introducir una regla que modifica por completo la realidad de la apropiación del flujo de riqueza por parte del prestador de servicios, en aras de facilitar la liquidación y recaudación de los tributos especiales. En tal sentido, Roche (2001):

Por otra parte, se ha dicho en cuanto a la determinación de la base imponible de los tributos de telecomunicaciones que si estos se imponen sobre una ficción jurídica que no es cónsona con la realidad económica que se pretende gravar (en este caso ingresos brutos) violan la Constitución de 1999, la cual requiere que todo tributo se base en la

capacidad contributiva del contribuyente. Págs. 108-109.

En este sentido, no existe identidad entre lo que se denomina Ingreso Bruto Contable e Ingreso Bruto Fiscal, lo cual incluso se reconoce en el numeral 7 del artículo 2 del Reglamento Sobre los Tributos previstos en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones que establece que Ingreso Bruto Gravable es la porción del ingreso bruto contable sujeta a alícuota impositiva. Por eso, el artículo 155 de la LOTel especifica lo siguiente:

Se entenderá que los ingresos brutos se han generado en las situaciones siguientes: En la fecha de corte de cuenta de los usuarios o contratantes de los servicios; cuando el operador reciba por anticipado la contraprestación de un servicio que se compromete a prestar.

Por ello, González (2014):

Por ello el ingreso bruto registrado contablemente deber ser objeto de un ajuste a efectos de conciliar fiscalmente respecto a los tributos previstos en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, a fin de que el mismo no se vea distorsionado, y en consecuencia afectar la capacidad que pueda tener el contribuyente, en este caso el prestador de servicio de telecomunicaciones para soportar económicamente el pago de tributos. Pág. 19.

La norma reproducida revela que el legislador adoptó la regla estricta de la causación de los ingresos para el surgimiento de la obligación tributaria, y para dar certeza a su cuantificación, al no ceñirse al hecho de la emisión de la factura ni a la circunstancia aún más movable del momento de la percepción de la retribución del servicio, en la cual se da la conjunción entre la prestación y el pago respectivo.

La regla adoptada vincula la gravabilidad del ingreso al hecho contable de verificación de los deberes y haberes del usuario del servicio, al término de cada período, y, por otro lado, al hecho de recepción de un pago anticipado, aunque no se haya prestado el servicio ni éste se vincule a una prestación periódica.

Se cree que la regla del corte de cuenta se ajusta a la naturaleza de tracto sucesivo que tiene el llamado “*servicio de post-pago*”, porque implica continuidad del servicio y divisibilidad de la prestación por periodos. Mientras, que la regla de causación por recepción de pago anticipado se ajusta a la hipótesis del llamado “*servicio de prepago*”, porque implica ocasionalidad en la prestación del servicio, sin los caracteres de continuidad y periodicidad, lo cual daría lugar a una gran incertidumbre en el nacimiento y cuantificación de la obligación tributaria del operador, si dependiera el devengo del hecho imponible del momento de unión entre prestación y pago del servicio, dada la dimensión masiva de la actividad.

La referida norma del artículo 155 no sólo fija el momento del hecho imponible, sino que

también crea una presunción legal acerca de la obtención del ingreso por parte del operador económico, sobre la base cierta del corte de cuenta y de la recepción del anticipo. Debe afirmarse, que esta norma es perfectamente válida y no transgrede el principio de capacidad del contribuyente, sino que la ley tributaria, en forma autónoma con respecto a otras disciplinas jurídicas, asume como hecho consumado la alta probabilidad que dicta la experiencia. Vale decir, la estadística permitiría demostrar que los cortes de cuenta y la recepción de anticipos normalmente reflejan la realización de operaciones lucrativas de ingresos gravables, a pesar de que excepcionalmente pueda ser demostrado lo contrario.

Igualmente, es necesario considerar que, si la Ley de Telecomunicaciones pretende gravar la actividad de telecomunicaciones con un tributo basado en los ingresos brutos, y la definición legal de estos ingresos brutos no es cónsona con la realidad económica, entonces, el impuesto se aplicaría a una ficción legal que violaría el precepto constitucional de la capacidad contributiva. Asimismo, otros autores han señalado que Sánchez (2000):

En consecuencia, puede señalarse que lisa y llanamente- la base imponible del impuesto de telecomunicaciones, debe responder a las cantidades efectivamente producidas y percibidas por el contribuyente, lo cual es el resultado de las labores de determinación, reconocimiento y sustracción de aquellos montos que representen, entre otras, lo perdido, devuelto o descontado dentro del periodo impositivo de que se trate. Entonces, los montos causados por las operadoras al momento de la facturación, si bien constituyen una presunción de que formarían parte del ingreso bruto efectivo, tal presunción, es susceptible de destruirse en aquellos supuestos en los cuales el ingreso efectivo no llega a materializarse. Págs. 110-111

Sin perjuicio de la obligatoria aplicación de esa norma autorizatoria de asignación de ingreso, se debe advertir también que, por fuerza del principio constitucional de capacidad contributiva, el cual exige que la misma deba ser real, concreta y actual, dicha presunción legal no debería admitirse la demostración en contrario del interesado. Esto quiere decir que, no obstante, que la Administración Tributaria especial (CONATEL) esté autorizada para asumir lo presumido, como es la obtención del hecho contrario que le libera de la obligación, como sería la prueba de la inexistencia o inferior dimensión del ingreso, dado que el contribuyente quien tiene a su alcance los comprobantes respectivos, que la norma del artículo 137 del Código Orgánico Tributario (2020) le obliga a conservar.

A modo de ejemplo, se ha planteado la duda sobre la gravabilidad del anticipo respectivo a la adquisición de tarjetas prepagadas de usos múltiples, que incluyen el derecho a obtener prestaciones de diversa esencia, telecomunicaciones o no. Frente a esta indeterminación acerca del uso definitivo que ese derecho podría ser aplicado íntegramente al pago de la prestación de servicios de telecomunicación, CONATEL estaría legalmente habilitada para computar como ingreso

gravable el total del anticipo, y tocaría al operador de telecomunicaciones demostrar en forma adecuada que la cantidad no fue aplicada íntegramente al pago de servicios de telecomunicaciones, mediante la prueba del hecho positivo de su aplicación al pago de servicios de otra naturaleza, según la confiabilidad de sus archivos contable, y en especial, de sus bases de datos electrónicas.

Además, que esta posición ha sido implícitamente aceptada por la norma del artículo 16 del Reglamento de Tributos, antes mencionada, según la cual podría haber modificaciones a la base imponible declaradas, es decir, al ingreso bruto gravable computable, cuando se anulen o se reversen operaciones económicas en el marco de un contrato, que modifique el ingreso indicado. Aunque esta norma se refiere aparentemente a los contratos de tracto sucesivo (post-pago), que representa una negación de la pretensión de dar efectos absolutos e irreversibles a las presunciones legales contenidas en el artículo 155 de la LOTel.

Al respecto, cabe concluir, que esas presunciones legales son plenamente legítimas, mientras ellas estén destinadas a asegurar la certera realización del hecho imponible y la factibilidad de la oportuna y expedita determinación y recaudación de los tributos. Pero, la aplicación de esas presunciones no podría desconocer el principio de capacidad económica ni legitimar eventuales efectos confiscatorios de los tributos liquidados, porque el contribuyente tendría el derecho constitucionalmente garantizado de demostrar con fundamentos valederos, el verdadero ingreso y el carácter confiscatorio de la liquidación.

2_. Reflexiones sobre Algunas Hipótesis Especiales de Ingreso:

2.1_. Ingresos por Interconexión:

CONATEL ha sostenido la inclusión de los ingresos obtenidos por interconexión en la base imponible, para lo cual ha invocado como fundamento el Parágrafo Único del artículo 165 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones; ha citado la opinión de algunos autores que han escrito sobre el régimen jurídico de la interconexión de redes de telecomunicaciones, y sobre todo, ha invocado el artículo 15 del Reglamento sobre los Tributos establecidos en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones publicado en la Gaceta Oficial N° 37.609 de fecha 14 de enero de 2003. Ha expresado CONATEL en sus decisiones:

<que teniendo en cuenta que los montos de interconexión constituyen para uno de los operadores económicos un componente de sus costos, éstos son adjudicados a los usuarios del operador económico de origen de la comunicación, pues son estos quienes finalmente soportan los cargos de interconexión, lo cual como se explicó, forma parte del servicio de telefonía prestado por el operador inicial. Posteriormente, éste pagará al operador que facilitó su red el costo de interconexión, esto en el caso de tratarse únicamente de dos operadores económicos involucrados en la interconexión. Es decir, que por tratarse del mis concepto, recibido por ambos operadores (uno de parte de los usuarios y el otro operador

con el cual convino la interconexión) sólo uno puede contabilizar tales montos dentro de sus ingresos brutos gravables, y éste es el operador final de la comunicación>

De lo anterior se infiera, por interpretación a contrario, que a lo que se refiere la norma cuando señala que no se incluirán dentro de los ingresos gravables las cantidades pagadas, es que solo las cantidades recibidas por concepto de interconexión del operador de origen de la comunicación (no las recibidas de los usuarios), sí formen parte de los ingresos brutos, y por tanto, seas susceptibles de ser pechados. Esta regulación se encuentra también recogida en el Reglamento de los Tributos fundados en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones en su artículo 15: En tal sentido, debe ser desechado el alegato relativo a la imposibilidad de gravar las cantidades correspondientes a la interconexión, ya que lo considerado a los fines de determinación tributaria, fueron aquéllas cantidades efectivamente recibidas por el operador, tal como lo establecen las normas citadas.

Corresponde entonces determinar la gravabilidad o no de los ingresos por interconexión a partir de la interpretación de la norma del párrafo único del artículo 155 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones. La anterior norma dice:

A los efectos de este Título, las cantidades pagadas por los operadores de telecomunicaciones por concepto de interconexión, no formarán parte del monto de los ingresos brutos generados. Así mismo, no formará parte de los ingresos brutos de las operadoras de telecomunicaciones, los ingresos derivados de dividendos, venta de activos e ingresos financieros. En el caso de radiodifusión sonora y televisión abierta, tampoco formarán parte de los ingresos brutos, aquéllos que provengan de la venta de producciones artísticas, tales como novelas, radionovelas y documentales.

2.2_ Interpretación Gramatical:

Según lo dispuesto en el artículo 5 del Código Orgánico Tributario (2021): Las normas tributarias se interpretarán con arreglo a todos los métodos admitidos en derecho, atendiendo a su fin y a su significación económica”, lo cual se encuentra en armonía con lo dispuesto en el artículo 4 del Código Civil: “A la Ley debe atribuírsele el sentido que aparece evidente del significado propio de las palabras, según la conexión de ellas entre sí y la intención del legislador”. Esto quiere decir, que el intérprete de la Ley tiene el deber de dar prioridad a la expresión literal de la norma legal, siempre que ello no conduzca al absurdo, a una manifiesta injusticia o a la violación de la Constitución, lo cual implica emplear el método gramatical antes de utilizar métodos de interpretación.

La norma del Párrafo Único reproducido presenta una aparente disimetría en el texto y en el contexto de la norma. En primer lugar, sorprende que se diga que “*las cantidades pagadas...no formarán parte del monto de los ingresos brutos generados*”. Se intenta hablar de ingresos con el

uso dentro de la misma oración del concepto de egresos, lo cual aparece incoherente. En segundo lugar, también se plantea esa disimetría con respecto a otras oraciones de esa misma norma que giran exclusivamente alrededor del concepto de ingresos brutos, sin referencia alguna de los egresos; y con respecto a todo el Título XI de la LOTEL, que está centrado sobre los ingresos brutos como base imponible de los tributos de telecomunicaciones.

La observación anterior hace necesario analizar la sintaxis o estructura de la redacción, y de esta manera, detectar las posibles connotaciones y significados particulares existentes en el texto de la norma, para luego ubicarla en el contexto de todo el Parágrafo y del Título XI mencionados.

Si se tiene claro que el legislador adopta la magnitud de los ingresos brutos por servicios de telecomunicaciones como base de medición del hecho imponible de los tributos especiales, no tendría cabida pensar que la mención de la locución –cantidades pagadas- permitiera interpretar que se trata de un mecanismo de deducción de gastos, porque ello rompería la estructura del gravamen. Se debe pensar más bien, que el legislador utilizó un lenguaje oral, donde son frecuentes las metonimias, en lugar de la precisa construcción del lenguaje escrito, para indicar que las cantidades pagadas por concepto de interconexión entre operadores de telecomunicaciones no formarán parte de los ingresos brutos generados, porque esta interpretación es acorde con la estructura de los tributos y de su base de cálculo, y parte del hecho que sólo entre operadores se pagan, y reciben cantidades por concepto de interconexión, ya que se trata de un costo de operación. Los usuarios finales no pagan por concepto de interconexión, así como el consumidor de cualquier producto no paga los insumos del fabricante.

Cuando la norma comentada expresa que “las cantidades pagadas por los operadores de telecomunicaciones, por concepto de interconexión, no formarán parte del monto de los ingresos brutos generados” hace uso de una metonimia –*figura retórica que designa una cosa con el nombre de otra, algo propio de los escritores del género literario de las novelas, pero no del mundo científico del derecho tributario*- puesto que todos los operadores económicos podría incurrir en costos de interconexión, debiendo hacer pagos o recibiendo los mismos, sin que esta segunda hipótesis pudiera quedar excluida, ya que solo cuando reciben pagos habría ingresos.

Para corroborar esta interpretación gramatical de la oración analizada singularmente, se debe colocar dicha oración en el contexto del mismo Parágrafo Único en el de todo el Título XI de la LOTEL, para dar cumplimiento al precepto que ordena atender al significado propio de las palabras, según conexión de ellas.

Así, en la redacción del mismo Parágrafo Único se encuentran otras oraciones que completan su sentido al establecer conexión con la primera oración analizada, como se observa al leer enseguida: “*Así mismo, no formarán parte del monto de los ingresos brutos generados... los ingresos derivados de dividendos, venta de activos e ingresos financieros*”. Y, todavía más: “*En el caso de radiodifusión sonora y televisión abierta, tampoco formarán parte de los ingresos brutos, aquéllos que provengan de la venta de producciones artísticas, tales como novelas, radionovelas y documentales*”. En estas oraciones, se utilizan conjunciones que las conectan con la primera que

ha sido analizada, y confirman la interpretación de esta última. Por ejemplo, “*así mismo*”, “*tampoco*” son conjunciones subordinantes, cuya función es enlazar las ideas indicando comparación y relación modal.

En el contexto del Parágrafo comentado, “*así mismo*” indica que los ingresos de las operadoras de telecomunicaciones por dividendos, ventas de activos o ingresos financieros, no forman parte de sus ingresos brutos gravables al igual que los ingresos por interconexión; “*tampoco*” indica que los ingresos de producciones artísticas, radionovelas y documentales no se incluyen igualmente dentro de los ingresos brutos gravables. Nótese que en estas oraciones subordinadas tanto los sujetos como los predicados están referidos al concepto de ingreso bruto, sin que haya referencia alguna al concepto de pago, y no obstante ello, se establece un modo o tratamiento igual de exclusión, como el acordado a los ingresos por interconexión.

A lo anterior, se debe agregar que en todas las normas el Título XI de la LOTEL, referente a “*Los Impuestos, Tasas y Contribuciones*” se utiliza el concepto de ingreso bruto para designar las bases imponibles de los tributos allí establecidos, sin hacer mención alguna de los egresos de las operadoras de telecomunicaciones.

En consecuencia, la interpretación gramatical de la norma del Parágrafo Único comentado claramente a la exclusión de todos los ingresos por concepto de interconexión recibidos (previamente pagados) por los operadores económicos de telecomunicaciones, con relación al *ingreso bruto gravable* con los referidos tributos especiales de telecomunicaciones establecidos en la LOTEL, porque “*no forman parte del monto de los ingresos brutos generados*” por la actividad de esos operadores.

Por ello, se disiente de la interpretación institucional de la CONATEL del Parágrafo Único del artículo 155 de la LOTEL, al prescindir sin motivo legítimo de la interpretación gramatical de esa norma legal, para concluir que las cantidades recibidas del operador económico de origen de la comunicación, por concepto de interconexión, si forman parte de los ingresos brutos gravables del operador final de la comunicación, con base en un razonamiento técnico extraño de la norma. A pesar del hecho inocultable de que “*el operador de origen de la comunicación*” paga costos de interconexión y quien recibe el pago es “*el operador final*” constituyendo para éste último un ingreso (no un egreso) que es la base del tributo y del beneficio también.

Antes de pasar a interpretar la norma legal comentada con la utilización de otros métodos admisibles en Derecho, se hace oportuno señalar que la posición de la CONATEL asume también los criterios del artículo 15 del Reglamento sobre Tributos establecidos en la LOTEL, los cuales se apartan del tenor gramatical de la norma legal reglamentada, antes expuesto.

Según esa norma “*Las cantidades pagadas por concepto de interconexión no constituyen ingresos brutos del operador de telecomunicaciones que realiza la interconexión*”. CONATEL ha interpretado que ese operador “*es el operador de origen de la comunicación*”. Según la norma reglamentaria “*Se consideran ingresos brutos gravables del operador de servicios de*

telecomunicaciones que recibe el pago". CONATEL interpreta que ese operador es "el operador final de la comunicación". Tanto en la norma reglamentaria como en la posición de CONATEL, se interpreta la norma legal (Parágrafo Único del artículo 155) como una regla de distribución de la carga tributaria, con asignación exclusiva de la misma a uno de los operadores que intervienen en la comunicación. La distribución anterior asume que hay que distar entre los operadores de telecomunicaciones, a pesar de que la Ley no lo hace, para ubicar la carga en el "operador final" de la comunicación y reduciendo el beneficio de exclusión de la gravabilidad al "operador de origen de la comunicación".

Con esta interpretación, se desconoce el sentido de la norma legal, la cual establece una exclusión de la gravabilidad para todos los ingresos obtenidos por concepto de interconexión, con abstracción a la posición del operador en la comunicación, y con referencia a la naturaleza misma del ingreso, destinado a retribuir un costo de operación, con limitado beneficio.

En lugar de ese sentido prístino de la norma legal, se aduce una explicación que no se desprende del sentido de la Ley, sino del propósito de la Administración Tributaria de reducir el efecto económico de la no gravabilidad de la actividad de interconexión, mediante la asignación discrecional de una carga tributaria –no creada por la Ley- al operador seleccionada por la Administración para soportarla, que en este supuesto sería el operador que da acceso en su red de telecomunicaciones a la comunicación iniciada a otro operador.

Con este comportamiento, la Administración Tributaria no sólo infringe la norma, que prevé la no gravabilidad de la actividad de interconexión, sino que viola la reserva legal tributaria (artículos 317 de la Constitución y 3 del Código Orgánico Tributario) al variar la base imponible de tributos de telecomunicación, y al designar nuevos sujetos pasivos de las obligaciones tributarias derivadas de esa modificación, que son los operadores finales de las comunicaciones.

No obstante, que la interpretación gramatical de la norma del Parágrafo Único del artículo 155 de la LOTEL permite rechazar la pretensión de gravar con los tributos de telecomunicaciones, los ingresos por concepto de interconexión obtenidos por los operadores de redes de telecomunicaciones que funjan de "operadores finales de la comunicaciones" originadas por otros operadores, se considera riguroso complementar dicha interpretación con la aplicación de otros métodos admisibles en Derecho, como son la interpretación sistemática y la interpretación finalista de las leyes, para atender al fin y significación económica de la norma examinada, como prevé el artículo 5 del Código Orgánico Tributario.

Por otro lado, el intérprete no podría válidamente limitarse a una interpretación gramatical de la norma, aunque estuviera en la obligación de dar prioridad a dicho método, según lo prescribe la norma general del artículo 4 del Código Civil, aplicable también a la legislación tributaria, sino que debería utilizar los demás métodos de interpretación jurídica para complementar su tarea interpretativa. En especial, los métodos sistemático y teleológico. Esto último es, a lo se opone con sensatez la doctrina a continuación.

2.3_. Interpretación Sistemática.

Los tributos establecidos en las normas de los artículos 147, 148, 151 y 152 de la LOTEL tienen como hecho imponible común la prestación de servicios de telecomunicaciones al público con fines de lucro; en tanto que tienen como base imponible común los ingresos brutos generados por la prestación de esos servicios. A dichas disposiciones, se refiere la norma del Parágrafo Único del artículo 155 *ejusdem*, la cual tiene por objeto la precisión del concepto de ingresos brutos en relación con la determinación de esos tributos.

A éste respecto, se hace necesario señalar que “*la prestación de servicios de telecomunicaciones*” tiene un significado específico en el contexto de la LOTEL, que la diferencia del establecimiento o explotación de redes de telecomunicaciones y de la actividad de interconexión. Dicho significado específico, se destaca en las normas de los artículos 2 (numeral 1), 5, 6, 8, 12 (Numerales 1, 9, 13 y 14), 14 (numeral 1), 15 y, 25 de la LOTEL. Por otra parte, en el título VII de la Ley se precisa y regula la interconexión; lo cual es desarrollado en las normas del referido Reglamento de Interconexión, asumida ésta como medio para la prestación de servicios de telecomunicaciones y como obligación inherente a la condición de prestador de esos servicios.

Lo anterior lleva a pensar que las normas tributarias de la LOTEL no han tenido el propósito de adoptar un concepto distinto de la prestación de servicios de telecomunicaciones, sino el mismo que adopta el régimen administrativo de dicha Ley, a los efectos de la configuración del hecho imponible de los tributos especiales. Tampoco se detecta la presencia de alguna intención legal de gravar un supuesto de hecho concebido en forma autónoma para valorar la capacidad contributiva de los operadores.

Por lo que respecta a la naturaleza de la interconexión, se advierte que las normas de la LOTEL y del Reglamento de Interconexión permiten captar con nitidez esa naturaleza. De esta manera, el artículo 130 de la LOTEL establece:

Los operadores de redes de telecomunicación tienen la obligación de interconectarse con otras redes públicas de telecomunicaciones con el objetivo de establecer entre los usuarios de sus servicios, comunicaciones interoperativas y continuas en el tiempo. La interconexión se hará de acuerdo con los principios de neutralidad, buena fe, no discriminación, e igualdad de acceso entre operadores, conforme a los términos establecidos en esta Ley, sus Reglamentos y demás normas aplicables.

De igual forma, el artículo 131 de la LOTEL señala “Los operadores de redes de telecomunicaciones adoptarán diseños de arquitectura abierta de red, para permitir la interconexión entre los operadores”.

Las disposiciones legales reproducidas anteriormente implantan el modelo de red unificada funcionalmente, para lograr una conformación y una administración eficientes del sistema de telecomunicaciones, y para ello imponen de interconexión entre los operadores. Conforme al

artículo 133 de la LOTEL.

Las partes fijarán de común acuerdo los cargos de interconexión en los contratos que al efecto celebren, orientándolos a costos que incluyan un margen de beneficio razonable. Cuando las partes no logren acuerdo en el plazo previsto para ello, la Comisión Nacional de Telecomunicaciones dispondrá de un lapso no mayor de treinta días continuos, prorrogables por igual tiempo, para ordenar que se haga efectiva la interconexión solicitada y establecer las condiciones técnicas y económicas de la misma.

Por su parte, el Reglamento de Interconexión fija su objeto en la regulación de las relaciones entre los operadores de redes públicas, que surjan con motivo de la interconexión, y de éstos con la CONATEL (artículo 1). Queda así circunscrita la materia a una relación entre operadores económicos y entre éstos y el órgano de control administrativo.

El artículo 2 del citado Reglamento define los *<cargos de interconexión>* como un valor a pagar entre operadores de servicios de telecomunicaciones. La misma norma define la *<corresponsalía pública>*, como la obligación de todo operador de permitir que las comunicaciones de sus usuarios puedan dirigirse hacia los equipos terminales de los usuarios de otros prestadores de la misma naturaleza o recibir las comunicaciones de éstos. La interconexión es definida en esa norma como la *<conexión física y lógica de redes públicas de telecomunicaciones para el intercambio y terminación de tráfico entre dos (2) prestadores de servicios de telecomunicaciones, permitiendo comunicaciones interoperativas y continuas en el tiempo entre sus usuarios>*.

El artículo 6 del Reglamento citado describe con precisión las funciones propias de la interconexión y remarca el carácter obligatorio de las mismas para todos los prestadores de servicios de telecomunicaciones que usen, posean o controlen una red pública. El artículo 9 del Reglamento citado asegura los niveles de calidad del servicio mediante la interconexión y corrobora la independencia entre las relaciones entre los operadores por causa de la interconexión y las relaciones de éstos con los usuarios, a los efectos de la responsabilidad del servicio frente al usuario.

En las normas citadas se pone de relieve que la actividad de interconexión no constituye la prestación al público de un servicio de telecomunicaciones, sino que es una función que deben cumplir obligatoriamente los operadores para lograr el interfuncionamiento de las redes y la interoperabilidad de los servicios, dentro del sistema unificado de telecomunicaciones. Esta función debe ser prestada esencialmente al costo, con un margen de beneficio razonable, destinado principalmente a retribuir el capital y a cubrir los costos incrementados de largo plazo. De allí, el control estricto que ha de ser ejercido sobre los costos y su distribución, así como también la separación contable de los ingresos generados por la interconexión.

Sabido es que la Ley Orgánica de Telecomunicaciones de Venezuela se inspira en la conocida

Ley general de Telecomunicaciones (LGT) Española, dictada en el año 1998, de cuyo texto se tomaron muchos conceptos técnicos y jurídicos, así como la formulación de muchas de las normas legales y reglamentarias. En especial, en materia de interconexión se parecía con facilidad una gran coincidencia de concepción y redacción normativa. Pues bien, según la doctrina de ese país: <La interconexión, según se desprende de su definición legal, tiene un carácter instrumental, pues es, que los usuarios de una red accedan a servicios prestados por operadores conectados a una red distinta. En palabras de Chillón (1999) “mediante la interconexión...se facilita la interoperabilidad de las redes, erigido en principio de unidad real, funcional y cautelar de la red, como uno de los principios básicos de funcionamiento de los sistemas modernos de telecomunicaciones”. Pág. 104.

Se destaca también el mencionado <carácter instrumental> en la Directiva 96/19EC, de 13 de marzo de 1996, proveniente del Parlamento Europeo, la cual concibe a la interconexión con similares términos: <La conexión física y lógica de las instalaciones de telecomunicaciones de los organismos que suministran redes de telecomunicaciones o prestan servicios de telecomunicaciones con objeto de permitir a los usuarios de un organismo comunicarse con los usuarios del mismo o de otro organismo o acceder a los servicios de terceros organismos>.

Las consideraciones expuestas acerca de la naturaleza de la actividad de interconexión permiten sostener que ella no configura una prestación al público de servicios de telecomunicaciones, sino el cumplimiento de una obligación inherente a la condición de operador de una red frente a los demás operadores, a fin de lograr la interfuncionalidad e interoperabilidad del sistema de telecomunicación. Dicha actividad es instrumento o medio para que puedan prestarse a los usuarios los servicios de telecomunicaciones, mediante la utilización de las redes que sirven de vehículos de transmisión y conducción de las señales propias de cada servicio.

Si la interconexión carece de calidad de servicio de telecomunicaciones prestado al público, dicha actividad no configura el hecho imponible de los tributos establecidos en los artículos 147, 148, 151 y 152 de la LOTEL, y los ingresos brutos relativos a los cargos de interconexión no integran la base imponible de esos tributos.

Por lo anterior, la norma del Parágrafo Único del artículo 155 de la LOTEL debe ser tenida como una interpretación auténtica de las disposiciones creadoras de los mencionados tributos, destinada a enunciar una hipótesis de no sujeción –para complementar el hecho imponible- y a depurar el concepto de los ingresos brutos gravables. En esta perspectiva, cuando esa norma expresa que a <las cantidades pagadas por los operadores económicos de telecomunicaciones por concepto de interconexión no formarán parte del monto de los ingresos brutos generados>, debe ser interpretada en modo acorde y sistemático con el régimen jurídico de la interconexión. Luego, la utilización por el legislador de las palabras <cantidades pagadas> no debe interpretarse como restrictiva de la no sujeción a los tributos indicados de los ingresos generados por la interconexión. Se trata simplemente de una expresión común e imprecisa, que simplemente alude a todos los ingresos relativos a ese concepto. A esto último contribuye el contexto de la misma redacción legal, que está referida a la categoría de los ingresos.

Sin embargo, es conveniente reiterar que las normas creadoras de los tributos de referencias no han tenido el propósito de adoptar un concepto autónomo de los servicios de telecomunicaciones prestados al público, ni de la actividad de interconexión como instrumento para la prestación de esos servicios, sino que simplemente asumen los conceptos del mismo cuerpo legal en que se encuentran incluidas dichas normas.

De allí, que la esencia de la actividad de interconexión debe ser considerada como pieza fundamental de la interpretación sistemática del Parágrafo Único del artículo 155 LOTEL, aunque deba reconocerse que la significación que tienen los actos o hechos según las leyes no tributarias está supeditada a lo que haya sido el propósito de la ley tributaria.

2.4_. La Interpretación Finalista.

En el análisis de la norma comentada, no se debería olvidar la incidencia económica de los costos de la interconexión y la magnitud de la presión tributaria en el sector privado de las telecomunicaciones. Las normas contenidas en los artículos 2 (numerales 1, 2, 3 y 5) y 44 del Reglamento de Interconexión reflejan la composición y volumen de los llamados < *cargos de interconexión* >, los cuales se establecen con base en los costos de esa actividad. En especial, el artículo 44 citado enuncia los gastos de establecimiento, operación y mantenimiento de las instalaciones que permitan la interconexión física y lógica de las redes; los llamados costos incrementales de largo plazo, atribuibles con el paso del tiempo a los costos directos para afrontar el incremento de la producción del servicio o expansión de las redes; la tasa razonable de retribución del capital invertido; los costos comunes, etc.

Si se piensa, además, que la facturación de cargos de interconexión debe orientarse a costos y producir un margen de beneficio razonable, lo cual conduce a una fijación limitativa de precios, porque los llamados < *precios de oportunidad* > en libre competencia han quedado excluidos legalmente, se podría pensar que la remuneración de la actividad de interconexión podría no ser atractiva y deprimir la inversión en esta materia, a pesar del carácter obligatorio de esa actividad.

En el escenario económico antes reseñado, hay que admitir que la finalidad de la norma comentada, que excluye de los ingresos gravables los derivados de los < *cargos de interconexión* >, debe ser interpretada con la amplitud adecuada a la realidad económica de la actividad de interconexión, condicionada por la limitación de precios mencionada, con el objeto de no provocar la menor inversión en este rubro fundamental.

Por lo que respecta a la referida presión fiscal de los tributos especiales de las telecomunicaciones sobre las actividades privadas del sector, es conveniente señalar algunas importantes diferencias entre la legislación venezolana y la legislación española que la ha inspirado.

La Ley general de Telecomunicaciones de España establece < *tasas y cánones* > destinados al financiamiento de los requerimientos del sistema y mercado de las telecomunicaciones en

aquél país; aunque algunas de esas tasas son equiparables a ciertas contribuciones espaciales establecidas en la LOTEL. Sin embargo, cabe destacar que esa Ley española no contiene un impuesto especial de telecomunicaciones similar al establecido en el artículo 147 de la LOTEL, cuyo rendimiento total está destinado al erario nacional. A ello, se agrega que los parámetros y alícuotas de algunos de los tributos españoles son de inferior magnitud a los creados por la LOTEL, ya que en la ley venezolana son porcentajes aplicables al ingreso bruto, en la mayoría de las hipótesis legales.

Ello significa, que el Estado español ha buscado gravar la capacidad contributiva de los operadores de telecomunicaciones con el Impuesto Sobre la Renta (Impuesto de Sociedades), que grava la utilidad o beneficio, y no el ingreso o la renta bruta. Mientras, que la LOTEL, expresa el propósito de gravar con impuestos especiales el ingreso bruto, sin tomar en cuenta los costos y gastos para la producción de la renta y con independencia del riesgo económico de los contribuyentes; dejando así solamente un residuo para ser gravado con el Impuesto Sobre la Renta (ISLR), puesto que los impuestos especiales pagados serían deducibles de ese impuesto general. Lo anterior, permite concluir que la presión tributaria especial sobre las actividades privadas del sector de las telecomunicaciones es mayor en Venezuela que en España, debido a la estructura del conjunto de los tributos que las gravan.

En esta perspectiva, es mucho más razonable y justo interpretar que la norma del Parágrafo Único del artículo 155 de la LOTEL establece un supuesto de no sujeción de la actividad de interconexión, complementario de las normas que describen los hechos imposables, con la finalidad de *<proteger la economía nacional>* en el sector de las telecomunicaciones (Artículo 316 de la Constitución), que depende en buena medida de la mayor inversión que hagan los operadores para cumplir con la obligación de interconexión.

3_. Otros Ingresos.

Existen otras especies de ingresos que han generado discusión en lo concerniente a su inclusión o no en la base imponible de los tributos de la LOTEL; como son los supuestos de los descuentos, de los ingresos destinados a terceros, de los alquileres de equipos y otros más. Intento, entonces, hacer algunos comentarios sobre ellos con la finalidad de afinar criterios.

3.1_. Descuentos Similares.

Se ha observado que la figura del descuento no es uniforme no obedece a circunstancias siempre iguales, razón por la cual se hace necesario discernir los diversos supuestos que se presentan en la práctica, con el objeto de establecer en cuáles casos califican como ingreso bruto y en cuáles no, a los efectos de su inclusión legal en la base imponible de esos tributos.

Si se parte del concepto genérico de ingreso bruto adoptado en esta ponencia, según el cual ingreso es el caudal del cual se apropia el sujeto, porque entra en su poder de disposición y en definitiva, en su patrimonio, la hipótesis del descuento en factura no podría calificarse como

ingreso, puesto que la cifra del descuento sólo representa, en éstas hipótesis, un menor ingreso del sujeto que emite la factura, que opera como indicación del cumplimiento de un compromiso contractual, o como referencia cognoscitiva de una ventaja desconocida. Pero, en modo alguno representa un flujo de efectivo recibido o un equivalente esperado.

El descuento en factura o *<pie de factura>* como han dicho los autores, disminuye el monto del ingreso generado para el acreedor y se traduce para el deudor en un menor valor de su costo o gasto, porque hay certeza de su realización desde el momento mismo en que se emite la factura, lo cual le da un carácter cierto, invariable y definitivo.

En otras hipótesis, que normalmente afectan también al ingreso, como son los descuentos por pronto pago, las devoluciones, las cuentas incobrables, que usualmente tienen un carácter incierto, variable y definitivas únicamente cuando se consolida el hecho de la desaparición de la expectativa de ingreso, es dudoso que el valor de esas disminuciones de ingreso puedan afectar la cifra del ingreso bruto, y de allí que contablemente se manejan como gastos del ejercicio, posteriores a la emisión de dicha factura. Podría tener entonces razón, la Administración Tributaria al computar su valor dentro del ingreso bruto, precisamente por esa incertidumbre que no debería afectar la base imponible del tributo en el período correspondiente.

3.2_. Ingresos Destinados a Terceros.

En acatamiento al principio constitucional de capacidad contributiva, y por virtud del carácter personal de la obligación tributaria, a los efectos de los tributos de la LOTEL sólo se podría computar en la base imponible los ingresos propios del operador de telecomunicaciones, no así los ingresos cobrados por cuenta de otro, o que simplemente signifiquen reembolsos de costos incurridos por otros sujetos.

Se debería dar aplicación en este punto, al criterio sentado hace ya bastante tiempo por la jurisprudencia de la Sala Político-Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia, según el cual *<...cualquier cantidad que una persona jurídica reciba para un tercero no puede formar parte nunca de sus propios ingresos brutos>*. Aunque este criterio fue sentado en la materia del Impuesto Sobre Patente de Industria y Comercio, mediante sentencia del 04 de agosto de 1986, no hay duda que la intención de ese criterio fue dar reconocimiento a un principio del Derecho Tributario, que ya contaba con múltiples antecedentes de esa Sala.

Dicho criterio es plenamente aplicable a las operaciones de intermediación, así como también a muchos casos de reembolsos de costos y gastos incurridos por sujetos distintos de quien recibe el pago, pero que cuya actividad es determinante en la prestación del servicio.

En este sentido, se podría indicar los supuestos de operadores económicos nacionales que reciben pagos por cuenta de operadores del exterior, con motivo de prestaciones de servicios de telecomunicaciones efectuadas fuera del territorio nacional. Así, por ejemplo, el cobro de *<roaming internacional>* suele estar referido a servicios prestados en el exterior por otros operadores, que cubren la actividad de interconexión en sus propios países, o que simplemente prestan el servicio

local externo a usuarios en Venezuela, con intermediación de operadores económicos que actúan como agentes comerciales. En estos supuestos, no habrían ser contados como ingresos brutos gravables del operador económico venezolano los pagos destinados al operador extranjero, pues son ingresos. Desde luego, Araujo (2005):

habría que reconocer que el ejemplo utilizado involucra problemas de mayor complejidad, como sería la pretensión del Estado venezolano de gravar con tributos territoriales servicios prestados fuera del país, ya gravados en el país de procedencia del operador, y sin que exista, además, una norma legal que responsabilice al operador nacional que recibe el pago por cuenta de otro. Pero este aspecto excede los límites del presente artículo científico. Pág. 890.

3.3._. Venta o Arrendamiento de Equipos.

Otros supuesto que ha generado numerosos conflictos son los ingresos obtenidos por los operadores de telecomunicaciones derivados de la venta o del arrendamiento de equipos de telecomunicación, como radio, multiplexor, aparatos para redes privadas, teléfonos celulares, etc.

Estos equipos son necesarios para la actividad de telecomunicaciones, pero la actividad de proveerlos no se encuentra sometida a una autorización o habilitación de telecomunicaciones y cualquier comerciante podría tener a su cargo la provisión; y los Municipios normalmente la gravan como actividad sujeta al Impuesto a las Actividades Económicas, sin infringir la prohibición legal que les impone la LOTEL de gravar las actividades de telecomunicación.

Por consiguiente, la provisión de dichos equipos no convierte a la actividad en servicio de telecomunicación, ni sujeta los ingresos respectivos a su inclusión en la base imponible de los tributos de la LOTEL. Es por ello, que resulta objetable la ambigüedad de la definición de *<servicios de telecomunicaciones>*, contenida en el artículo 2 del Reglamento Sobre Tributos, al referirse a *<...la realización de las actividades complementarias que sean normales y necesarias para tal fin>*, pues revela el propósito de ensanchar la base imponible de los tributos derivados estrictamente de la prestación de servicios de telecomunicación.

A este respecto, es bueno recordar, que la tributación especial de la LOTEL disminuye la tributación con el Impuesto Sobre la Renta, cuyo destino es cubrir todos los gastos del Estado; y, el límite de los ingresos derivados de las actividades de telecomunicaciones es lo que legitima la coexistencia de esos tributos especiales con el Impuesto Municipal a las Actividades Económicas. Estas dos razones hacen indispensable la interpretación rigurosa del alcance de los tributos especiales y de sus elementos estructurantes, dentro de los cuales destaca la base de imposición.

4_. Caso Especial de la Tasa por Concepto de Administración y Control del Espectro Radioeléctrico.

Dentro del marco estrecho del trabajo, un breve comentario es obligado hacer a la base imponible de la referida tasa, que según el dispositivo del artículo 149 de la LOTEL <...no excederá del medio por ciento (0,5%) de sus ingresos brutos>.

El hecho imponible de esta tasa es la explotación o uso del espectro, y además, la administración y control del mismo por parte de CONATEL. Ello quiere decir que la causa del tributo no es solamente la explotación del espectro como bien del dominio público, sino también el uso que se haga del mismo para fines privados distintos de la prestación de servicios de telecomunicaciones; es decir, que el gravamen comprende el llamado autoservicio, o autoconsumo, que pueda derivarse del uso del espectro por parte de cualquier sujeto, aunque carezca de la cualidad de operador comercial de telecomunicaciones, como es el ejemplo de las redes privadas. En tanto, que la finalidad de su recaudación es la cobertura de los costos de la administración y control de ese espectro como bien público.

La causa de este tributo no es compatible entonces con la adopción de los ingresos brutos totales del sujeto pasivo como base imponible, por cuanto en esta hipótesis no se busca gravar su capacidad económica, sino obtener del contribuyente una compensación adecuada por el uso y disfrute del espectro y de la administración de ese bien público que compete a la CONATEL.

Por lo anterior, la referencia a los ingresos brutos que hace el artículo 149 de la LOTEL debe ser interpretada únicamente como un límite máximo o tope legal para el monto de la obligación tributaria, la cual deberá ser fijada de acuerdo con los parámetros que integran la base de cálculo: frecuencias y ancho de banda asignados, extensión del área geográfica cubierta y población existente en la misma, tiempo por el cual se haya otorgado la concesión y modalidad de uso. Estos criterios, fijados por el *Reglamento Sobre Tributos*, tienen por objeto medir la intensidad del uso y goce del espectro radioeléctrico y del esfuerzo administrativo aplicado a su ordenación y control.

Sin embargo, no deja de llamar la atención que, en lugar de adoptar un criterio limitador inherente al valor de la utilidad aprovechada o al costo del servicio, el legislador haya acudido una vez más al concepto de ingreso bruto, inherente a la capacidad de pago del sujeto; decisión, que parece ser el producto de una rutina legislativa poco reflexiva.

CONCLUSIONES

El ingreso bruto generado directamente por la explotación de los servicios es la base imponible asignada a la mayoría de los tributos especiales establecidos en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, lo cual forma una premisa insoslayable en la interpretación de las normas de esa Ley.

La idónea conceptualización contable y legal del ingreso bruto es esencial para la correcta interpretación y aplicación de las normas tributarias de la LOTEL, y para resolver los múltiples

conflictos surgidos entre la Administración Tributaria y los operadores de telecomunicaciones en la determinación de las obligaciones tributarias.

La rigurosa concepción legal de los servicios de telecomunicaciones, cuya prestación al público con ánimo de lucro configura el hecho imponible, permitiría delimitar con certeza el ingreso ruto gravable; armonizar los tributos especiales con el Impuesto municipal a las Actividades Económicas, con el impuesto Sobre la Renta, y con el Impuesto al Valor Agregado, dentro del marco del sistema tributario; mantener la carga tributaria global de los operadores y usuarios, bajo límites razonables y justos; y proteger la economía nacional.

El cumplimiento cabal de los deberes formales de los operadores económicos, o *contribuyentes especiales* a efectos de la Ley de Telecomunicaciones, según lo exigido en la norma del artículo 137 del Código Orgánico Tributario, y en especial, por lo que respecta a la contabilidad de los ingresos generados por las actividades de telecomunicación, es un requisito indispensable del logro de una recaudación eficiente y garantía de lealtad en las relaciones entre el erario nacional y los contribuyentes en materia de Telecomunicaciones.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Araujo, J. (2005) "Derecho de las Redes y Servicios de Telecomunicaciones". Ediciones Paredes. Caracas.

Chillón, J.M. (2004) Curso Virtual Sobre el Derecho de las Telecomunicaciones y de las Tecnologías de la Información. Escuela Nacional de la Judicatura. República Dominicana.

Gómez, S. (2011) La base imponible del impuesto a la renta de las empresas en el derecho comparado iberoamericano En "Revista de Derecho N° 15": UASB. Ecuador.

González R. (2014) "El Ingreso Bruto como base imponible de los tributos previstos en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones y su contradicción con el Principio de Capacidad Contributiva". Trabajo Especial de Grado presentado para obtener el Título de Especialista en Derecho Tributario en la Universidad Central de Venezuela. Disponible en: http://caelum.ucv.ve/bitstream/10872/9149/1/T026800010786-0-rafaelgonzalez_finalpublicacionTrib-000.pdf

Malavé, B. (2003) "Régimen Tributario de las Telecomunicaciones en Venezuela". Comisión Nacional de Telecomunicaciones. Caracas.

Medina, C. (1999) "La Obligación de Interconexión de Redes de Telecomunicaciones". Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia, España.

Roche, E. (2001) De los Tributos de Telecomunicaciones. En "Revista de Derecho Tributario N° 91". Asociación Venezolana de Derecho Tributario. Legis Editores, C.A., Caracas.

Sánchez, S. (2000) Marco Tributario del Servicio de Telecomunicaciones En "Revista de Derecho Tributario N° 89" Asociación Venezolana de Derecho Tributario. Legis Editores, C.A., Caracas.

Diccionario de la Real Académica Española Consultado en: <https://dle.rae.es/>

Dolis Marina Sánchez Ramírez

Los Tributos en el Sector Económico de las Telecomunicaciones de Venezuela

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Gaceta Oficial N° 36.860 del jueves 30 de diciembre de 1999.

Ley Orgánica del Telecomunicaciones. Gaceta Oficial N° 36.920 de fecha 28 de marzo de 2000.

Ley de Telecomunicaciones. Gaceta Oficial N° 20.248 del 1 de agosto de 1940.

Código Orgánico Tributario. Gaceta N° 6.507 Extraordinario de fecha 29 de enero de 2020.

Código Civil. Gaceta Oficial N° 2.990 Extraordinaria del 26 de julio de 1982.

Reglamento sobre los Tributos Establecidos en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones. Gaceta Oficial N° 37.609 de fecha 14 de enero de 2003.

Gaceta Oficial Municipal Extraordinaria del Municipio Libertador-Estado Mérida. N° 52 Año 1 del 01 de octubre de 2014.

Sala Político-Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 04 de agosto de 1986.

Procedimiento Especial de Admisión de los Hechos Desde la Perspectiva de la Tutela Efectiva

Special Procedure for Admission of Facts From the Perspective of Effective Guardianship

Leonardo Antonio Rodríguez Pérez¹

Fecha de Recepción: 22 de julio de 2023

Fecha de Aceptación: 19 de octubre de 2023

RESUMEN

El presente artículo analiza la aplicación del procedimiento especial por admisión de los hechos en la República Bolivariana de Venezuela, por parte del juez de juicio *a posteriori* de un cambio de calificación jurídica mediante el estudio de la tutela judicial efectiva y la imperiosa necesidad que la administración de justicia otorgue un acceso formal y material basado en la aplicación de un derecho congruente, objetivo y con fundamento en el carácter científico del proceso penal, que en definitiva permita lograr un efectivo y amplio desenvolvimiento de los derechos que le asisten al imputado. Al respecto, se hizo uso de técnicas metodológicas de carácter cualitativo, con diseño analítico y documental, concluyendo que efectivamente desde la perspectiva garantista que deriva de la Tutela Efectiva y el Derecho a la Defensa, es viable la aplicabilidad del procedimiento especial, durante la fase de juicio.

Palabras Claves: Admisión de los Hechos, Calificación Jurídica, Tutela Efectiva, Pena.

ABSTRACT

This article analyzes the application of the special procedure for the admission of the facts in the Bolivarian Republic of Venezuela, by the trial judge after a change in legal qualification through the study of effective protection and the urgent need that the administration of justice grants formal and material access based on the application of a law that is consistent, objective and based on the scientific nature of the criminal process, which ultimately allows for an effective and broad development of the rights of the accused. In this regard, qualitative methodological techniques were used, with analytical and documentary design, concluding that effectively from the guarantee perspective that derives from the Effective Protection and the Right to Defense, the applicability of the special procedure is viable, during the phase of judgement.

Keywords: Admission of Facts, Legal Qualification, Effective Guardianship, Penalty

¹ Abogado Egresado de la Universidad Católica del Táchira (UCAT). Especialista en Derecho Penal. Magister Scientiae en Derecho Procesal Penal.

INTRODUCCIÓN

La justicia en el ámbito interno de la República Bolivariana de Venezuela, presenta muchas transformaciones a lo largo de su historia republicana, entre ellas destaca la ocurrida en el año 1999, cuando entra en vigencia la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en virtud que la aplicabilidad y respeto de la carta magna generó una modificación total en la forma de administrar justicia. Función estatal *a posteriori* de la citada data debió ajustarse, y especialmente ceñirse a los valores superiores implementados dentro del novedoso ordenamiento jurídico del Estado democrático y social de derecho y de justicia, entre los que se hallan la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad individual y social, pero con mayor énfasis en la preeminencia de los derechos humanos.

Evidentemente, la reforma del sistema de justicia representó un gran avance en la ciencia Procesal Penal venezolana, en razón que mutó de un sistema presuntamente mixto, que al final de su aplicabilidad, culminó siendo puro y radicalmente inquisitivo, convirtiendo al poder judicial en lo que Zaffaroni afirma como una degradación del mismo a un mero auxiliar del poder ejecutivo.

Es importante destacar, que la Exposición de Motivos el Código Orgánico Procesal Penal (2012) lo convierte:

...a un sistema acusatorio que tiene como fin la búsqueda de la verdad, por medio del cumplimiento de las garantías y derechos que le asiste a cada ciudadano; otorgando de esta forma la norma adjetiva penal al Juez un rol distinto a la iniciativa de persecución penal, por el contrario, asume una posición de tercero imparcial y objetivo que evaluara los argumentos, y medios probatorios planteados por el acusador y el acusado, desde el principio de igualdad.

En este sentido, en adaptación a las garantías constitucionales innovadoras que por una parte cumplen una función individual de protección de juzgamiento, siendo de suma trascendencia para el presente análisis la Tutela Efectiva que implica la dificultad al Estado de limitar el acceso a la justicia –*formal y material*- respecto de sus ciudadanos; y, por otra parte, trascienden al formar en su conjunto un engranaje constitucional cuyo fin esencial es, la obtención de justicia en cumplimiento estricto a los derechos fundamentales de los ciudadanos incluidos en un determinado conflicto con la ley; la ciencia procesal penal venezolana, concibió mecanismos procesales tendientes a una justicia expedita, eficaz, eficiente, estipulando formulas anticipadas de culminación del proceso penal.

DESARROLLO

1_. Admisión de los Hechos.

Inmerso en las precitadas formulas anticipadas de culminación del proceso penal, se encuentra

la Admisión de los Hechos, como mecanismo procesal que permite al imputado de manera personal, libre –*sin ningún tipo de coacción*–, y voluntariamente, admitir la responsabilidad penal en el hecho punible atribuido en el escrito acusatorio debidamente admitido durante la audiencia preliminar, con el fin de obtener una rebaja en la pena a imponer.

En este sentido, Rivera (2012) lo precisa como *“una medida alternativa para prosecución del proceso que debe ser advertida por el juez al imputado en la audiencia preliminar y opera cuando éste conscientemente reconoce su participación en hecho atribuido.”* Pág. 917. No obstante, el mismo citado autor Rivera (2012), a su vez refiere que la institución procesal exige requisitos de procedibilidad, dividiéndolos en subjetivos *“...atinentes a los sujetos procesales. Por un lado, sólo puede ser solicitada por el imputado, y su solicitud debe ser personal, con su presencia en audiencia, de manera que no puede haber intermediación;”* Pág. 921. y objetivos Rivera (2012) *“a) conforme a la norma debe existir una acusación fiscal (...); b) la acusación debe haber sido admitida por el tribunal mediante auto expreso y razonado.”* Pág. 922.

De este modo, la presente institución procesal es desarrollada dentro del ordenamiento jurídico venezolano por la norma adjetiva penal, a través de un procedimiento especial, estipulado en el Título IV del Libro Tercero del Código Orgánico Procesal Penal (2012), específicamente en su artículo 375, el cual indica:

El procedimiento por admisión de los hechos tendrá lugar desde la audiencia preliminar una vez admitida la acusación, hasta antes de la recepción de pruebas. El Juez o Jueza deberá informar al acusado o acusada respecto al procedimiento por admisión de los hechos, concediéndole la palabra. El acusado o acusada podrá solicitar la aplicación del presente procedimiento, para lo cual admitirá los hechos objeto del proceso en su totalidad y solicitará al tribunal la imposición inmediata de la pena respectiva. En estos casos, el Juez o Jueza podrá rebajar la pena aplicable al delito desde un tercio a la mitad de la pena que haya debido imponerse, pudiendo cambiar la calificación jurídica del delito, atendidas todas las circunstancias, tomando en consideración el bien jurídico afectado y el daño social causado y motivando adecuadamente la pena impuesta. Si se trata de delitos en los cuales haya habido violencia contra las personas cuya pena exceda de ocho años en su límite máximo, y en los casos de delitos de: homicidio intencional, violación; delitos que atenten contra la libertad, integridad e indemnidad sexual de niños, niñas y adolescentes; secuestro, delito de corrupción, delitos que causen grave daño al patrimonio público y la administración pública; tráfico de drogas de mayor cuantía, legitimación de capitales, contra el sistema financiero y delitos conexos, delitos con multiplicidad de víctimas, delincuencia organizada, violaciones graves

a los derechos humanos, lesa humanidad, delitos graves contra la independencia y seguridad de la nación y crímenes de guerra, el Juez o Jueza sólo podrá rebajar hasta un tercio de la pena aplicable.

Al respecto, el Tribunal Supremo de Justicia le concibe desde un inicio como “... *un procedimiento especial que procede cuando el imputado consiente en ello, reconoce su participación en el hecho que se le atribuye, lo cual conlleva a la imposición inmediata de la pena con una rebaja...*”¹ Situación ésta, que conlleva beneficio para ambas partes, específicamente a favor del imputado en lo denominado por la doctrina como el **Derecho Premial**, consistente en la respectiva rebaja de pena hasta la mitad o hasta un tercio dependiendo del delito por el cual será condenado, como beneficio procesal; y del Estado, en lo denominado como Economía Procesal, consistente en el ahorro –*gasto público, talento humano, tiempo, que trae consigo la prescindencia del Juicio Oral y Público*.

Ahora bien, es importante recalcar que con base en el carácter científico que fue añadido a la ciencia procesal penal con la implementación del Código Orgánico Procesal Penal, específicamente en lo que atañe al sistema de apreciación de pruebas del artículo 22, que por una parte se aísla de aquellos sistemas arcaicos y obsoletos –contrarios a los derechos fundamentales de las personas; y por otra parte, estipuló como obligación de Estado, la comprobación objetiva, científica y lógica, de los hechos, debiendo ser comprobables mediante los conocimientos científicos y las máximas de experiencia, cuando dice el referido artículo 22 que: “*Las pruebas se apreciarán por el tribunal según la sana crítica observando las reglas de la lógica, los conocimientos científicos y las máximas de experiencia*”.

En síntesis, el procedimiento especial por admisión de los hechos es aplicable en el juzgamiento de cualquiera de los delitos previstos en las diversas normas de orden sustantivo penal vigente, y tendrá lugar una vez admitido el escrito acusatorio durante la audiencia preliminar o en fase de juicio hasta la recepción del primer medio de prueba.

Asimismo, el Estado con base en políticas criminales dirigidas a eliminar o en su defecto disminuir a su mínima expresión la impunidad, entendida como la fatal omisión por parte del Estado para imponer castigo al autor o partícipes en la comisión de un hecho punible; o en su defecto, imponer penas o sanciones efímeras ante hechos de connotación jurídica. De esta manera, decidió limitar la discrecionalidad otorgada al Juez al momento de la imposición de la pena, al estipular un amplio catálogo de conductas que atentan contra bienes jurídicos de mayor relevancia, como la vida, la libertad sexual, la libertad, la integridad, la economía o sistema financiero, entre otras, sobre las cuales no puede rebajar más de un tercio de la pena.

De esta manera, el Código Orgánico Procesal Penal, en el Último aparte del artículo 375 del COPP dice:

1 Tribunal Supremo de Justicia, Sala Casación Penal, Sentencia N° 75 de Fecha 08 de febrero de 2001, ponencia de la Magistrada Blanca Rosa Mármol de León. Disponible en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scp/febrero/0075-080201-C001423.HTM>

...Si se trata de delitos en los cuales haya habido violencia contra las personas cuya pena exceda de ocho años en su límite máximo, y en los casos de delitos de: homicidio intencional, violación; delitos que atenten contra la libertad, integridad e indemnidad sexual de niños, niñas y adolescentes; secuestro, delito de corrupción, delitos que causen grave daño al patrimonio público y la administración pública; tráfico de drogas de mayor cuantía, legitimación de capitales, contra el sistema financiero y delitos conexos, delitos con multiplicidad de víctimas, delincuencia organizada, violaciones graves a los derechos humanos, lesa humanidad, delitos graves contra la independencia y seguridad de la nación y crímenes de guerra, el Juez o Jueza sólo podrá rebajar hasta un tercio de la pena aplicable.

Definido de forma precisa la institución sometida a estudio, es importante precisar las características que posee:

1.1_. Es una Forma de Autocomposición Procesal: en virtud que una de las partes –el imputado-, solicita la finalización del proceso al admitir su responsabilidad penal en el hecho atribuido, concluyendo con una sentencia condenatoria. Criterio sostenido en el tiempo por el Tribunal Supremo de Justicia por medio de la Sala de Casación Penal Sentencia N° 217 de Fecha 2 de junio de 2011, con ponencia de la Magistrada Ninoska Beatriz Queipo Briceño, cuando indica que:

El procedimiento por admisión de los hechos es una de las formas de autocomposición procesal mediante la cual el legislador estableció una manera especial de terminación anticipada del proceso, con prescindencia del juicio oral y público. En tal sentido, la solicitud y el consentimiento del imputado asume la característica de una verdadera declaración de voluntad tendente a conseguir determinados efectos procesales y sustanciales que redundan a su favor, sin renunciar a los propósitos...

1.2_. Sentencia Anticipada: mediante la aplicación del procedimiento especial por admisión de los hechos, finaliza el proceso penal con una sentencia condenatoria con prescindencia del juicio oral y público; destacando que cuando se aplica en la fase intermedia, se otorga con base en éste, la facultad legal al Juez de Primera Instancia en Funciones de Control de imponer la pena al imputado, aun cuando no se desarrollan de forma amplia los principios de oralidad, concentración, publicidad, inmediación, control de la prueba –propios de la fase de juicio.

1.3_. Genera un Beneficio al Imputado: el estado con base en lo denominado por la doctrina como derecho premial, conforme a la sentencia N° 752 del Tribunal Supremo de Justicia en su Sala Constitucional, de Fecha 12 de agosto de 2016, con Ponencia del Magistrado Calixto Ortega

Ríos, otorga al imputado que se adhiere al procedimiento especial por admisión de los hechos, una rebaja en la aplicación de la pena, hasta la mitad o hasta un tercio, *-dependiendo del delito de condena*.

1.4_. Economía Procesal: se enmarca entre los mecanismos procesales que le generan al estado un ahorro –en talento humano, tiempo, gasto público- al momento de impartir justicia, como consecuencia de la prescindencia del juicio oral y público.

1.5_. Voluntario y Personal: únicamente es aplicable previa solicitud del imputado, quien debe de solicitarlo de forma voluntaria, destacando que la citada voluntad debe de ser consciente y libre, lo que implica que no puede mediar sobre ella ningún tipo de coacción o promesa que la altere.

1.6_. Fundamentado en el Principio de Celeridad Procesal: destaca por ser uno de los novedosos mecanismos procesales implementado con el sistema acusatorio, que presenta como fin la obtención de una justicia capaz de dar una respuesta expedita, fundamentada en el principio de celeridad procesal.

En síntesis el procedimiento especial de admisión de los hechos, configura una aceptación por parte del imputado de los hechos atribuidos, siendo importante recalcar que éste no es conocedor del derecho, circunstancia que obliga a los operadores de justicia, -Juez, Secretaria, Fiscal del Ministerio Público, Abogado Defensor, bajo la premisa Feuerbach (1801) "*nullum crimen, nulla poena sine praevia lege poenali,*" 24. Pág. 20 * Tipo (n. del t.), a realizar una correcta subsunción o adecuación de los citados hechos en el respectivo tipo penal, derivando así en una calificación jurídica correcta.

Contexto que realza la importancia del control formal y material del escrito acusatorio, en virtud que es obligación del juzgador con anterioridad a la aplicabilidad del procedimiento especial por admisión de los hechos, verificar que se encuentran cumplidos los requisitos formales exigidos por el legislador para la admisión del escrito acusatorio; no obstante, tanto el Tribunal Supremo de Justicia como los máximos doctrinarios en la materia, han indicado que adicionalmente es menester que el Juez verifique la existencia de elementos de convicción y medios probatorios –para ser debatidos a posteriori- que infieran controversia, al punto que ameriten ser debatidos en un juicio oral y público.

En este sentido, es importante recalcar que es preciso que el Juez explique detalladamente que el hecho que dio lugar a la acusación constituye una conducta contraria a derecho (antijurídica), y que la misma corresponda con unos de los delitos previstos en el ordenamiento jurídico penal venezolano (tipicidad) sancionado con una pena; en consecuencia de no ser así, como deber constitucional el Juez no puede aplicar el procedimiento especial por admisión de los hechos, debiendo sentenciar de acuerdo con el derecho congruente aplicable para el caso en concreto, conforme a la Sentencia N° 1066 de la Sala Constitucional del 10 de agosto de 2015, bajo Ponencia

de la Magistrada Carmen Zuelta de Merchán.

2_ Tutela Judicial Efectiva.

La entrada en vigencia de la Constitución implementó en el ordenamiento jurídico venezolano, múltiples garantías de orden constitucional que implican un efectivo y amplio reconocimiento a los derechos fundamentales de los ciudadanos, especialmente al éstos encontrarse en un conflicto con la ley; destacando entre ellas la Tutela Efectiva, consagrada en el artículo 26 de la carta magna y definida por Casal (2009) como “...*la disponibilidad efectiva de cauces institucionales destinados a la protección de derechos y a la resolución de conflictos de variada índole, de manera oportuna y con base en el ordenamiento jurídico;*” Pág. 113; bajo este mismo tenor, el Tribunal Supremo de Justicia por medio de su Sala Constitucional, a través de la Sentencia N° 03 de Fecha 11 de enero de 2017, bajo Ponencia del Magistrado Juan José Mendoza se refiere a que “*visto desde la perspectiva de su función jurisdiccional, en el que se proveerá a sus derechos la seguridad de ser efectivamente materializados y de mantener su intangibilidad y absoluto resguardo, en los términos constitucional y legalmente establecidos.*”

De este modo, se evidencia que la Tutela Efectiva forma parte del engranaje constitucional, previsto por el constitucionalista como mecanismo de protección implementado para limitar el *ius puniendi* del Estado y es por ello, que, bajo este contexto doctrinarios como Casal, han indicado que la Tutela Efectiva, radica materialmente en:

...la posibilidad real de acceder, en condiciones de igualdad, a un órgano jurisdiccional dotado de independencia e imparcialidad y cuya competencia haya sido establecida con anterioridad por la ley facultado para pronunciarse con base en el Derecho y mediante un procedimiento que asegure ciertas garantías procesales, sobre las obligaciones civiles o de otro carácter de una persona, o sobre una acusación formulada en su contra. Pág. 134.

En este sentido, y con base en lo anteriormente referido, en concepto propio el acceso a la justicia debe de ser visto desde dos acepciones diferentes pero complementarias entre sí.

A prima facie el acceso formal de acudir a un órgano investido de autoridad –judicial o administrativa, en síntesis, el cumplimiento del estado en su conformación de un organigrama jerarquizado y constituido con anterioridad a cualquier conflicto con la ley –principio del juez natural; y seguidamente, el acceso material que implica la certeza por parte del juzgado que el proceso se va a desarrollar con apego real a los derechos, garantías y principios constitucionales y legales que rigen el ordenamiento jurídico, en palabras de Pico los consiguientes caracteres según Junoy (1997) “*El derecho de acceso a los tribunales; el derecho a obtener una sentencia fundada en derecho congruente; el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales; y el derecho al recurso legalmente previsto.*” Pág. 57.”

En este mismo orden de ideas, la Corte Constitucional Colombiana para el año 1995, ya hacía referencia a la existencia de la obligación estatal de brindar un acceso a la administración justicia de forma material y formal, otorgándole inclusive carácter de derecho fundamental, con un enfoque fuera de los estrechos márgenes primitivos de poder acceder formalmente a los jueces mediante una estructura diseñada para la atención de los ciudadanos.

Por el contrario, afirma que el núcleo esencial radica en la certidumbre del ciudadano en conflicto con la ley, que los procesos judiciales serán debatidos y desarrollados a *“la luz del orden jurídico aplicable, con la objetividad y la suficiencia probatoria que aseguren un real y ponderado conocimiento del fallador acerca de los hechos materia de su decisión,* según a la sentencia de la Corte Constitucional colombiana con la Sentencia T-004-95, de fecha 27 de septiembre de 1994, bajo Ponencia del Magistrado José Gregorio Hernández Galindo.

En consecuencia, para lograr obtener un acceso a la justicia que tutele efectivamente los derechos y garantías, se debe de entender el proceso según González (2016) *“no como un fin en sí mismo, sino como un instrumento para el fin de la tutela del derecho sustancial, público y privado,”* Pág. 88; lo que trae como resultado la necesidad imperiosa de que los operadores de justicia logren realizar de manera sapiente una subsunción de los hechos en la norma configurativa del delito, y así materializar positivamente la tutela judicial efectiva de derechos, y en definitiva, el juzgamiento correcto de los ciudadanos en conflicto con la ley penal.

3_. Cambio de Calificación Jurídica.

El Estado venezolano se reservó el ejercicio de la acción penal para los delitos perseguibles de oficio, en cuyo caso su titularidad estará a cargo del Ministerio Público, quien la ejerce en cada despacho fiscal por medio de la delegación que realiza el Fiscal General de la República.

Es por ello, que la citada atribución de orden constitucional contiene inmersa diversas obligaciones legales para quienes descarga tan importante labor, y puede ser interpuesta de forma positiva mediante un escrito acusatorio, o de forma negativa mediante un sobreseimiento o archivo fiscal. Para el presente análisis, se enfocará únicamente en el ejercicio activo a través de la acusación, como resultado final de la fase de investigación o etapa preparatoria.

De este modo, el Ministerio Público por medio del citado acto conclusivo ejerce el poder punitivo del Estado contra un ciudadano específico. No obstante, dicho accionar según González (2008) *“...no puede derivar de la arbitrariedad o discrecionalidad fiscal, por el contrario, obligatoriamente debe obedecer a la subsunción de las circunstancias fácticas en un tipo penal, mediante un proceso mental y jurídico denominado adecuación típica o calificación jurídica”.* Pág. 123.

Ahora bien, aun cuando en un primer momento, el Ministerio Público, con base en los elementos de convicción recabados; será quien realice la adecuación típica o calificación jurídica reflejada en el acto de imputación, y definida en el escrito de acusación presentado ante el Tribunal

de Primera Instancia en Funciones de Control, es menester indicar que está siempre tendrá un carácter provisional, en razón que el Juez de Control, en ejercicio de sus facultades puede durante la celebración de la audiencia preliminar y luego de un estudio y análisis pormenorizado del escrito acusatorio concluir en una modificación parcial o total del tipo penal aplicable, creándose de esta forma un cambio de calificación jurídica, todo conforme al artículo 313 del COPP venezolano.

Es importante recalcar que el legislador estipuló la aplicación de esa facultad judicial en varias fases del proceso, específicamente en la etapa intermedia –como se explicó *supra*- y en la etapa de juicio, de acuerdo con el artículo 333 del Código Orgánico Procesal Penal –*explicada a posteriori*-, esto con fundamento en la búsqueda de la verdad y el debido proceso

4_ Análisis del Procedimiento Especial por Admisión de los Hechos Desde la Perspectiva de la Tutela Judicial Efectiva.

El proceso penal venezolano, debe ser analizado de forma adminiculada y concordante entre cada una de las instituciones que le conforman, de allí que una vez definido el procedimiento especial por admisión de los hechos como una de las instituciones procesales que concluye anticipadamente el proceso penal, mediante una sentencia condenatoria a solicitud del imputado –*previa explicación detallada de las consecuencias jurídica*-, debe de ser aplicado de forma perfecta y precavida por la administración de justicia, a fin de evitar o en su defecto minimizar los errores de adecuación de los hechos al tipo penal aplicado para la respectiva penalización; cobrando en ese momento relevancia los posibles cambios de calificación jurídica que pudieran generarse.

Es por ello, que visto el procedimiento especial por admisión de los hechos desde un enfoque de la tutela efectiva, se puede concluir que aplicado de manera correcta que él mismo cumple una finalidad cónsona con los principios y garantías constitucionales, que vislumbran la obtención de una justicia expedita, eficaz y justa, en definitiva formaría parte de aquellos mecanismos que reflejan tanto formal como materialmente el acceso a la justicia logrando de esta forma un cumplimiento real del espíritu deseado por el constitucionalista.

Ahora bien, aun cuando ciertamente impartir justicia es una obligación estatal, se hace menester recalcar que uno de los fines del proceso penal es la obtención de la verdad por medio de las vías jurídicas, siempre con el fin de alcanzar una decisión –*justicia*- que se adecue de forma correcta, tanto fáctica como jurídicamente.

No obstante, durante un proceso penal pueden surgir una serie de escenarios que evidentemente requieren soluciones normativas. No obstante, qué sucede, cuando por diversas causas –*explicadas a posteriori*-, surge un defecto o error en la adecuación típica de los hechos en la norma sustantiva penal, que limita u obstruye al imputado el poder hacer uso del procedimiento especial por admisión de los hechos.

Al respecto, para explicar con mayor coherencia y detalle la presente idea, se planteará uno de los múltiples escenarios que pueden suscitarse en el desarrollo del juicio oral y público durante el curso de un proceso penal, y específicamente una situación fáctica donde coliden normas de orden público procesal con la aplicación amplia y real del acceso a la justicia para una tutela efectiva.

En este sentido, se referirá de nuevo a la facultad otorgada por el legislador al Juez de Primera Instancia en Funciones de Juicio para efectuar un cambio de calificación jurídica una vez culminada la recepción de los medios de prueba; ante la cual procesalmente el citado Juez se encuentra impedido de aplicar el procedimiento especial por admisión de los hechos, y por ende prohibida la consecuencia inmediata de imponer la pena con la rebaja.

La citada facultad para modificar la adecuación típica se encuentra prevista en el artículo 333 del Código Orgánico Procesal Penal, y tal como señala Rivera (2010) ésta puede ocurrir en dos sentidos: “(a) *in bonus* en cuyo caso se advierte que la nueva calificación es más benigna; (b) *in peius* cuando se trata de agravación de la calificación. Pág. 800.”

El artículo 333 del Código Orgánico Procesal Penal dice:

Si en el curso de la audiencia el tribunal observa la posibilidad de una calificación jurídica que no ha sido considerada por ninguna de las partes, podrá advertir al acusado o acusada sobre esa posibilidad, para que prepare su defensa. A todo evento, esta advertencia deberá ser hecha por el Juez o Jueza inmediatamente después de terminada la recepción de pruebas, si antes no lo hubiere hecho. En este caso se recibirá nueva declaración al acusado o acusada y se informará a las partes que tendrán derecho a pedir la suspensión del juicio para ofrecer nuevas pruebas o preparar la defensa.

No obstante, indiferentemente que sea beneficioso o no para el imputado, es necesario determinar por qué motivo se pudiera efectuar la modificación en el tipo penal de juzgamiento, entre ellas y para la actualidad, se destacan las siguientes:

1.1. Excelente Investigación: en ocasiones, lamentablemente en muy mínimas ocasiones, el Ministerio Público se avoca de manera diligente, eficaz y objetiva al desarrollo de una investigación. No obstante, cuando efectivamente éste hace uso de los equipos técnicos y científicos, así como de la gran capacidad humana de los funcionarios investigadores venezolanos, pueden lograr la obtención de medios probatorios contundente, que socaven de manera tan contundente el principio presunción de inocencia, al punto que el resultado de la investigación elimine cualquier duda que pudiera favorecer al reo, situación que genera como consecuencia, que él imputado, libremente admita los hechos, para obtener una penalidad menor.

- 1.2. Elementos Propios del Juicio:** durante el desarrollo del debate oral y público convergen de forma amplia los principios de inmediación, concentración, publicidad, oralidad, y primordialmente –para el presente artículo- la contradicción de la prueba, y durante el ejercicio de estos el Juez basado a su vez en el *“iura novit curia”*, indudablemente va a conseguir tener un contacto más directo y sincero con los hechos objeto del proceso, y en consecuencia puede percibir mediante todos sus sentidos elementos, palabras, gestos, derivados de los medios de prueba que modifiquen de forma tangible las circunstancias de modo, tiempo y lugar propia de los hechos, y de esta manera derivar en una modificación de la calificación jurídica –este es el deber ser, para ello fue concebida.
- 1.3. Exceso en el Ejercicio de la Acción Penal:** en la República Bolivariana de Venezuela por mandato constitucional, le corresponde al Ministerio Público el ejercicio de la acción penal, quien la materializa mediante la emisión e interposición de un “Acto Conclusivo.” No obstante, en el último quinquenio, se observa cómo se ha convertido en una práctica errónea por parte del Ministerio Público, el exceso de imputaciones en hechos que en ocasiones no revisten carácter penal; o en su defecto la presunta acreditación de varios tipos penales, cuando en realidad los hechos constituyen únicamente un único supuesto de hecho; ejemplo de ello, es el delito de Asociación para delinquir, cuando en múltiples ocasiones la conducta podría configurar el tipo penal de agavillamiento; o el característico caso de un funcionario público que solicitando dinero por realizar alguna acción u omisión propia de sus funciones, le imputan el delito de Extorsión agravada –por funcionario público- cuando efectivamente dicha conducta es regulada en la norma sustantiva con el delito de concusión.
- 1.4. Falta de Control Formal y Material del Escrito Acusatorio:** la función principal del Juez de Primera Instancia en Funciones de Control durante la fase intermedia –audiencia preliminar- es la de realizar un análisis preciso y exhaustivo del escrito acusatorio; motivo este que obliga al juzgador a verificar que el citado acto conclusivo cumpla con los requisitos formales que exige la norma adjetiva penal para su admisión; y seguidamente a determinar de manera precisa la existencia de elementos de índole fáctica y jurídica que posean un fundamento serio que amerite la realización de un debate oral y público, a fin de determinar la presunta responsabilidad penal del imputado.
- 1.5. Nivel Académico:** un sistema de justicia normativamente es diseñado para encajar de manera perfecta en una sociedad debidamente estructurada, a fin que por medio de éste, se logre generar una convivencia social con relativa normalidad; no obstante, es evidente que en la realidad surgen elementos propios de cada situación –penal- fáctica que trastocan esa “normalidad,” debiendo allí inmiscuirse obligatoriamente el criterio de los operadores de justicia, situación que ha venido a menos durante el último quinquenio, producto de la deficiente

preparación que se refleja de los administradores de justicia penal en Venezuela.

1.6. Obtención de Medidas Cautelares: el sistema procesal penal venezolano, luego de veinte años de su implementación aún no ha logrado superar vestigios propios de su historia, siendo uno de los más graves, el retardo procesal, reflejado en un colapsado poder judicial, que complica en definitiva la realización de audiencias preliminar y mayormente la apertura y continuidad de juicio en tiempos razonablemente cortos, situación que influye psicológicamente en las personas que se encuentran inmersos en un conflicto penal y mayor aun ante sobre aquellos que están sometidos a medidas de privación judicial preventiva de libertad.

Adicionalmente, en la actualidad producto del exceso de investigaciones, existe una mala praxis por parte de los Fiscales del Ministerio Público –bajo la temerosa mirada del poder judicial-, quienes utilizan como mecanismos de presión el no ejercicio de recursos de impugnación, por el otorgamiento de medidas cautelares, siempre y cuando el imputado se adhieran al procedimiento especial por admisión de los hechos.

En definitiva, la presente situación es la más grave, en razón que trajo consigo que en la actualidad se esté siendo mal aplicada la institución de la admisión de los hechos, como vía más rápida para obtener la libertad indebidamente.

En este mismo orden de ideas, al respecto indica Vásquez (2013):

El control formal se reduce a la verificación por parte del juez, del cumplimiento de los requisitos de admisibilidad (...). El control material conlleva al análisis de los requisitos de fondo en que se basa la acusación, esto es, si aquella tiene un fundamento serio. Pág. 159.

Delimitadas las posibles causas que originan la ocurrencia de un cambio de calificación jurídica durante la fase de juicio oral y público, se determina que en ninguna de ellas –o en otras posibles- tiene incidencia el imputado, razón ésta que hace trascender la tutela efectiva de los derechos y garantías constitucionales que le han de asistir al mismo, para lo cual el constitucionalista previno el enaltecer el carácter constitucional que posee cada Juez de la República con base en el control difuso de la constitucionalidad, debiendo en consecuencia permitir la posibilidad real y material que el imputado posterior a dicho cambio de calificación jurídica le sea aplicado el procedimiento especial por admisión de los hechos y en consecuencia goce del beneficio en la rebaja respectiva –según el delito.

Ahora bien, evidentemente la situación jurídica planteada ocasiona un conflicto entre la norma procesal establecida en el artículo 375 del COPP, que fija un límite perentorio para la aplicación del procedimiento especial por admisión de los hechos durante la fase de juicio, como es “antes

de la recepción de pruebas;" y la garantía constitucional de acceso a la administración de justicia, a fin de obtener una tutela efectiva de los derechos prevista en el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en razón que el imputado para ese momento no se encontraba siendo debidamente juzgado por la calificación jurídica correcta, violando a su vez el principio de la verdad, fin último del proceso penal.

No obstante, es necesario recalcar que una vez efectuado el cambio de calificación jurídica en la fase de juicio, la doctrina refiere que se da el nacimiento de un nuevo juicio, razón está que permite tomando la citada corriente dogmática concluir en que las partes tiene la posibilidad de efectuar nuevas peticiones basados en el derecho de acción, sobre la cual Gozaíni (1995) advierte que la misma posee una naturaleza de orden "*constitucional (podríamos decir, de derecho procesal constitucional), porque más allá de la garantía que supone, tiene como finalidad la protección jurisdiccional*". Pág. 664.

En ese orden de ideas, Marinoni (2015) propone "*un derecho a la construcción de la acción adecuada para la tutela del derecho material y el caso concreto, lo que es obviamente autónomo con relación al derecho material y cuya legitimidad depende de la tutela judicial de derecho reclamada en juicio*." Pág. 124, esto, en virtud de que no es posible llegar a la eficacia de la garantía constitucional en estudio, sin que sea en primer lugar garantizado el derecho de acción, debido a que esta última la genera.

CONCLUSIONES

Una vez analizada la institución procesal de la admisión de los hechos, se puede concluir que la aplicabilidad del mismo, se materializa por medio de un procedimiento especial, consistente en que el imputado libre y voluntariamente decide admitir su responsabilidad en los hechos que se enmarcan en la calificación jurídica debidamente admitida por el Juez de Primera Instancia en Funciones de Control o en su defecto por la replanteada por el Juez de Primera Instancia en Funciones de Juicio.

De igual forma, posterior al estudio del cambio de calificación jurídica, se puede determinar que los jueces tanto de Control como de Juicio –dependiendo de la etapa donde ocurra-, poseen la atribución legal de apartarse de la calificación jurídica provisional otorgada a los hechos por parte del Fiscal del Ministerio Público.

Por otra parte, luego del análisis de la tutela efectiva como una garantía de universal juzgamiento y con base en el derecho fundamental de la acción se determinó que para obtener un ejercicio pleno de los derechos y garantías que asisten a los individuos en conflicto con la ley penal, la posibilidad real de peticionar la aplicación del procedimiento especial por admisión de los hechos, debiendo ser procedente su aplicabilidad como garantía real y material tanto de la tutela efectiva como del derecho a la defensa, del derecho al debido proceso, del derecho a ser oído, no siendo posible que el Estado aluda únicamente al principio de economía procesal como sustento

para la no aplicabilidad del procedimiento especial de admisión de los hechos durante la fase de juicio posterior a un cambio de calificación jurídica.

En conclusión, ante la controversia que surge en el escenario planteado evidentemente el juzgador con base en un Estado con preeminencia por los derechos fundamentales se debe otorgar aplicación y disfrute preferente a la garantía de la tutela efectiva en contraposición con la limitación procesal, en virtud que en caso contrario no se estaría garantizando un acceso a la justicia objetiva, imparcial y eficaz a la que se refiere la garantía constitucional establecida en el artículo 26 de la carta magna.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Casal, J. M. (2009) "Los Derechos Humanos y su Protección." Editorial Publicaciones UCAB. Caracas, Venezuela.

Feuerbach, L. (1801) *emeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts*, 1.^a ed., Giessen, § 24 (p. 20). * Tipo (n. del t.)

González. H. (2008) "Derecho Procesal Penal". Editorial Vadell Hermanos. Caracas, Venezuela.

González J. J. (2016) "La acción procesal, entre el derecho a la tutela judicial efectiva y el acceso a la justicia". Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/> (Visita de web el día 22-07-2020).

Gozaíni, O. (1995) Sobre problemas actuales de la legitimación y el proceso judicial. En "Boletín mexicano de derecho comparado". México D.F., México.

Marinoni, L. (2015) "El Derecho de Acción como Derecho Fundamental". Editorial Temis. Bogotá, Colombia.

Pico, J. (1997) "Las Garantías Constitucionales del Proceso", Editorial J.M. Bosch S.A., Barcelona, España.

Rivera, R. (2010) "Aspectos Constitucionales del Proceso", Editorial Colección libro N#12, del Tribunal Supremo de Justicia. Caracas, Venezuela.

Rivera, R. (2012) "Código Orgánico Procesal Penal, comentado y concordado con la Constitución y otras Leyes". Editorial Librería J. Rincón., Caracas, Venezuela.

Vázquez, M. (2013) "Nuevo Derecho Procesal Penal Venezolano", Editorial Hermanos Vadell.

Caracas, Venezuela.

Gaceta Oficial Extraordinaria N° 6.078 de fecha 15 de junio de 2012. Código Orgánico Procesal Penal.

Gaceta Oficial Extraordinaria N° 6.078 de fecha 15 de junio de 2012. Exposición de Motivos del Código Orgánico Procesal Penal.

Gaceta Oficial Extraordinaria N° 5.453, de fecha 24 de marzo de 2000. Con Enmienda N° 1, Gaceta Oficial Extraordinaria N° 5.908, de fecha 19 de febrero de 2009. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-004-95, de fecha 27 de septiembre de 1994. Ponencia del Magistrado José Gregorio Hernández Galindo. Disponible en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/T-004-95.htm>.

Tribunal Supremo de Justicia, Sala Casación Penal, sentencia N° 75 de fecha 08 de febrero de 2001, ponencia de la Magistrada Blanca Rosa Mármol de León. Disponible en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scp/febrero/0075-080201-C001423.HTM>.

Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia N° 752 de fecha 12 de agosto de 2016, con ponencia del Magistrado Calixto Ortega Ríos, disponible en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/agosto/190286-752-12816-2016-16-0203.HTML>

Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia N° 217 de Fecha 2 de junio de 2011, con ponencia de la Magistrada Ninoska Beatriz Queipo Briceño, disponible en <https://vlexvenezuela.com/vid/jose-ernesto-diaz-282948035>

Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia N° 752 de Fecha 12 de agosto de 2016, con Ponencia del Magistrado Calixto Ortega Ríos, disponible en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/agosto/190286-752-12816-2016-16-0203.HTML>

Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional, Sentencia N° 1066 de Fecha 10 de agosto de 2015, Ponencia de la Magistrada Carmen Zuleta de Merchan. Disponible en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/agosto/180601-1066-10815-2015-14-1292.HTML>

Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional, Sentencia N° 03 de Fecha 11 de enero de 2017, Ponencia del Magistrado Juan José Mendoza. Disponible en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/enero/195578-07-26117-2017-17-0010.HTML>

Corte Constitucional colombiana. Sentencia T-004-95, de Fecha 27 de septiembre de 1994. Ponencia del Magistrado José Gregorio Hernández Galindo. Disponible en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/T-004-95.html>

Procedimiento Especial de Admisión de los Hechos Desde la Análisis Jurídico Respecto a la Gobernanza Participativa de las Comunidades Aledañas a Zonas de Extracción de Minera en el Ecuador

Legal Analysis Regarding the Participatory Governance of the Communities Surrounding Mining Extraction Zones in Ecuador

Segundo Méndez Criollo¹

Fecha de Recepción: 15 de agosto de 2023

Fecha de Aceptación: 20 de noviembre de 2023

RESUMEN

El artículo plantea la interacción entre las comunidades donde se realizan actividades de extracción minera y la gobernanza participativa, como medio indispensable para la creación de políticas públicas de desarrollo y respeto a *la naturaleza* como sujeto de derechos. En este sentido, la participación de los ciudadanos de la comunidad en los procesos de extracción, contempla un papel crucial en el desarrollo sostenible e inclusión. La Constitución de Ecuador, y la legislación, son ejemplos de regulaciones que moldean el funcionamiento y el otorgamiento de permisos a las empresas privadas dentro del territorio ecuatoriano. El estudio utiliza el enfoque cualitativo, el diseño etnográfico con la aplicación del método normativista. En los resultados resaltan la importancia de la gobernanza participativa. Además, el ordenamiento territorial y la política minera se presentan como factor clave para el desarrollo estratégico y sustentable. No hay desarrollo sustentable y las afecciones al medio ambiente dejan secuelas permanentes.

Palabras Clave: Extractivismo, política minera, derechos de la naturaleza, desarrollo sostenible.

ABSTRACT

The article raises the interaction between the communities where mining extraction activities are carried out and participatory governance, as an indispensable means for the creation of public policies for development and respect for nature as a subject of rights. In this sense, the participation of community citizens in extraction processes plays a crucial role in sustainable development and inclusion. The Constitution of Ecuador, and legislation, are examples of regulations that shape the operation and granting of permits to private companies within Ecuadorian territory. The study uses the qualitative approach, the ethnographic design with the application of the normativist method. The results highlight the importance of participatory governance. Furthermore, territorial planning and mining policy are presented as a key factor for strategic and sustainable development. There is no sustainable development and the effects on the environment leave permanent consequences.

Keywords: Extractivism, mining policy, rights of nature, sustainable development.

¹ Abogado egresado de la Universidad Central de Ecuador. Juez de la Unidad Judicial Multicompetente de Imbabura con asiento en el Cantón Antonio Ante. Idiomas Dominados. Español y Kichwa. Correo Electrónico: abogado586@yahoo.com ORCID: 0009-0006-3199-867X.] y Pablo Gabriel Recalde Castillo [Abogado egresado de la Universidad Regional Autónoma de Los Andes. Servidor del Poder Judicial. Correo Electrónico: gabrielrecalde021@gmail.com ORCID: 0000-0002-6627-5651.

INTRODUCCIÓN

El presente artículo investigativo versa sobre la gobernanza participativa de las comunidades donde se realizan actividades extractivistas, o sus habitantes se hallan cerca de proyectos mineros, considerando que la extracción minera no genera beneficios en las localidades de donde se realiza dicha actividad, por la falta de participación ciudadana en el diseño de políticas mineras. Para lo cual, se aborda temas relevantes como el derecho a la participación ciudadana, planificación de política minera y derecho ambiental, considerando el derecho al buen vivir de los ecuatorianos.

Es por ello, que en las últimas tres décadas, la gobernanza del sector minero en Ecuador ha sido compleja y polarizada, con un énfasis en la necesidad de obtener recursos para reducir la pobreza de manera ambiental y socialmente responsable (Almeida, 2019).

La participación ciudadana es indispensable para que la sociedad civil tenga una participación en el desarrollo de políticas públicas en cumplimiento del bien común de la población, el derecho a la participación ciudadana está enmarcado en la Constitución de la República del Ecuador a partir del Artículo 61 ya que los ecuatorianos y ecuatorianas tienen derechos a participar en los asuntos de interés públicos que genera cambios en su desarrollo (Asamblea Nacional del Ecuador, 2008).

La gobernanza en los recursos naturales, y en materia de extracción minera implica tener en cuenta los procesos y resultados políticos e institucionales, que son necesarios para alcanzar objetivos de desarrollo, en la actualidad se deja de lado la participación que deben tener las comunidades en dichos procesos y la responsabilidad que debe tener el Estado en su rol dentro de un proceso de gobernanza para involucra a todos los entes responsables; como sociedad civil, organismos no gubernamentales, comunidades, gremios profesionales, gobiernos locales, gobierno regionales, ministerios y órganos reguladores.

La extracción minera en el Ecuador ha estado presente desde la época colonial, el Ecuador es un país rico en recursos mineros, por lo tanto, ha sido constantemente explotado ya sea de manera industrial o artesanal. Sin embargo, *la naturaleza es sujeto de derechos*, tal como lo establece la Constitución de la República del Ecuador a partir del artículo 71 la naturaleza es donde se produce y se realiza la vida, por lo tanto, tiene derecho a se respete su existencia, mantenimiento y regeneración: *“Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de dichos derechos”*. (Asamblea Nacional del Ecuador, 2008).

La gobernanza participativa es vital para el respeto del ecosistema y el desarrollo sustentable, el Estado a través de las diversas instituciones de control ambiental deben estar en constante vigilancia por dichos factores que puedan provocar afectaciones ambientales irreversibles en el ecosistema de la localidad donde se realiza las actividades extractivas. La Constitución de la República del Ecuador a partir del artículo 14 prescribe: *“se reconoce el derecho de la población a vivir en un ambiente sano, equilibrado y sustentable para el desarrollo integral de la población”*. (Asamblea Nacional del Ecuador, 2008).

Es de suma importancia tener en cuenta los factores inmersos en la actividad minera, ya

que proyectan problemas multifactoriales al no estar regulado de una manera adecuada que vaya en función del desarrollo y respeto de los derechos de la naturaleza y promueva un desarrollo equilibrado en las localidades donde se realiza dicha actividad.

En el contexto actual se enfrenta diferentes problemas en materia del extractivismo minero por la falta de control y las afecciones al medio ambiente. En el Ecuador, haciendo referencia al Plan Nacional de Desarrollo del Sector Minero 2020- 2030 se establece la guía principal de la política minera nacional donde el objetivo es orientar las decisiones a corto y mediano plazo para llevar a cabo acciones que cumplan con los objetivos, metas y directrices de la política minera nacional, que cual busca impulsar el desarrollo del sector minero de manera estratégica y sostenible. El ordenamiento territorial y la política minera en función del bien común de la población se presentan como un factor clave para el desarrollo estratégico y sustentable de la naturaleza y de los habitantes de las localidades donde se realiza la extracción minera. Para Barahona (2021):

(...) Organización de las Naciones Unidas es fundamental llevar a la humanidad a tomar conciencia de las amenazas a las que está siendo sometido el planeta. La Tierra es nuestro hogar común y la herencia que debemos preservar para las generaciones futuras. Las acciones que ponen en peligro su biodiversidad, equilibrio, belleza y generación de agua, fuente de vida, han de ser revisadas para evitar daños irremediables. Pág. 3.

En Ecuador, la minería como actividad tiene sus antecedentes desde la época colonial, y recientemente retoma importancia. La extracción de mineral pétreo como: oro, plata, cobre y otros minerales han ocasionado conflictos en determinadas zonas del territorio donde la explotación industrial, artesanal e ilegal provoca conflictos en el desarrollo de la localidad donde se extrae este tipo de material, a su vez la falta de control provoca graves afecciones al medio ambiente y a la salud de los habitantes de la localidad.

El literal i del artículo 7 de la ley minera establece como competencias del ministerio sectorial es: "*Crear los Consejos Consultivos que permitan la participación para la toma de decisiones sobre políticas mineras en la localidad*". (Asamblea Nacional del Ecuador, 2009).

La gobernabilidad y la gobernanza participativa busca dar soluciones a través de los mecanismos de participación a problemas complejos dentro de la localidad. Por lo tanto, la falta de participación ciudadana y la extracción constante en la zona de mascarillas presenta conflictos al buen vivir de la localidad, y además dicha extracción no ha generado recursos para el desarrollo de la localidad, Díaz (2019) determina que:

(...) la minería comprende un potencial estratégico para el desarrollo sustentable de la economía del país, ya que la gobernanza y gobernabilidad en la minería constituye un enfoque fundamental, puesto que un mercado no regulado y descontrolado de minerales y energías traspasa fronteras de índole moral,

política, legal y ambiental. Pág. 3.

Lo cual, sin duda alguna, es esencial para el desarrollo estratégico y nacional del Estado, sin embargo, la falta de compromiso y control por parte de las autoridades encargadas perjudica drásticamente al desarrollo del buen vivir, a través de la creación de mecanismos de participación de la ciudadanía en el desarrollo de políticas mineras.

Para concluir esta fase de la investigación es indispensable señalar que la extracción minera y la participación que desarrolla la gobernanza participativa es indispensable para marcar un desarrollo en la localidad. Sin embargo, no se han encontrado relacionados que estudien la normativa legal de la gobernanza territorial y participativa en relación con la minería extractiva en el territorio.

DESARROLLO

1_ Evolución de la Actividad Minera en Ecuador

La actividad minera en Ecuador se ha dado a través de etapas, lo cual a su vez promueve el desarrollo de la legislación nacional e internacional. Para Ulloa (2023):

Los países en vías de desarrollo enfrentan dificultades financieras para alcanzar su desarrollo, ya que dependen en gran medida de fuentes externas de financiamiento, como préstamos, donaciones y cooperación internacional. Además, aquellos con recursos naturales no renovables pueden caer en una dependencia de su explotación para financiar sus objetivos de desarrollo. Pág. 169.

En concordancia con la cita planteada anteriormente el financiamiento y cooperación internacional fue parte de los planes de evaluación y los primeros contratos con el Estado Ecuatoriano referente a extracción minera. La primera inversión extranjera con South American Development Company en Zaruma Portovelo por la existencia de abundantes recursos en el territorio ecuatoriano, es, para diversos autores, más que un benéfico, es una maldición ya que en la gran parte de los casos la empresa privada es la que se lleva la mayor parte de los beneficios. En palabras de Paredes (2013), la explotación de esta compañía provoca afectaciones irreversibles:

En países en donde el petróleo y los minerales son abundantes, unas pocas empresas son las beneficiarias directas de esta riqueza. Esta explicación puede encontrarse en que, por una parte, para explotar estas riquezas naturales generalmente se requieren grandes flujos de inversión y tecnología extranjera. Pág. 16.

Al ver el potencial que genera la extracción minera en Ecuador, diversas empresas internacionales se proyectaron hacia el desarrollo y establecimiento de concesiones con el Estado,

así como la llegada de Banco Mundial para apoyar a través del proyecto diversas problemática con varias misiones también como la alemana, la británica, la japonesa la italiana, entre otras para el desarrollo de misiones exploratorias de suelo. Posteriormente en 1990 y empiezan a llegar importantes empresas de clase mundial.

Durante la última década, Alvarado (2019):

El desarrollo de proyectos de minería metálica en el Sur Global, en general, y, en Ecuador, en particular, ha contribuido a la proliferación de conflictos entre comunidades rurales, empresas mineras y gobiernos promotores de políticas extractivistas mineras y la aparición de nuevos movimientos sociales anti-mineros. Pág. 2.

Posterior a la creación de la Constitución del 2008 y la Ley de Minería, se generaron nuevos contratos. Además, en el año 2011 fue creada la Empresa Nacional Minera (ENAMI), que es un ente descentralizado funcionalmente.

La Empresa Nacional Minera, Enami Ep, promueve activamente su portafolio de proyectos para atraer inversiones y desarrollar proyectos mineros bajo su titularidad. La selección de proyectos se basa en un análisis interno que considera el Estado de las concesiones, las modalidades de inversión, el impacto social, el potencial de los recursos minerales y otros aspectos relevantes (Empresa Nacional Minera, 2023).

En 2016, se crea el Ministerio de Minas para la regulación de los proyectos que tienen concesiones con el Estado ecuatoriano, lo cual dio mejores retribuciones para el territorio y para la Empresa privada, con el otorgamiento de varias concesiones de gran escala dentro del Ecuador. En 2016 y 2019 inició la producción de minería a gran escala con 2 grandes proyectos Mirador y Fruta del Norte. Lo cual genera ingresos importantes para el desarrollo estratégico del Estado. Sin embargo, la inestabilidad de gobernabilidad produjo la eliminación del ministerio de minas para posteriormente crear el ministerio de minas y energía.

2_. Marco Legal de Industria Minera en Ecuador

A partir de la Constitución del 2008, se limitó el extractivismo descontrolado, significando el fin del boom minero dejando sin efecto la Ley de Fomento Minero. Lo cual a su vez declara una moratoria en el otorgamiento de concepciones mineras y suspende las concesiones mineras a gran escala y empiezan los procesos de extinción y caducidad de extinciones mineras. A partir de esto se hace énfasis en que los recursos naturales son declarados dentro de los sectores estratégicos que son objeto de potestad administrativa del Estado. La Constitución de la República del Ecuador en el artículo 408 alude:

Los recursos naturales no renovables pertenecen exclusivamente al Estado y deben ser explotados con respeto a principios constitucionales.

El Estado garantiza su participación en los beneficios de su explotación en un monto no menor al de la empresa que los explota, y promueve prácticas que respeten los ciclos naturales y aseguren condiciones de vida digna (Asamblea Nacional del Ecuador, 2008).

Tomando en cuenta, a pesar de la existencia de leyes y regulaciones, en la práctica, no se ha logrado cumplir con los principios fundamentales de desarrollo sostenible, protección del medio ambiente, participación activa de la ciudadanía y preservación del patrimonio cultural en las áreas mineras.

En el 2009, ya se promulga el nuevo marco legal regulatorio que es la Ley de Minería, la cual se establece como el primer reglamento que regule la extracción minera de manera sostenible con el medio ambiente. Dentro de la Ley de Minería, el artículo 1 que detalla el objetivo de dicha ley menciona que:

La Ley de Minería regula la gestión del sector minero ecuatoriano, basada en los principios de sostenibilidad, precaución, prevención y eficiencia. Excluye el petróleo y otros hidrocarburos. El Estado puede delegar su participación en el sector minero a empresas mixtas o iniciativas privadas y económicas solidarias para actividades como exploración, explotación, procesamiento y comercialización de minerales (Asamblea Nacional del Ecuador, 2009).

Aunque, la industria minera puede tener impactos positivos, la falta de gestión adecuada en los procesos de extracción conlleva a daños ambientales significativos, especialmente en recursos vitales como el agua, la tierra y los ecosistemas. Esto se debe principalmente al manejo inadecuado de los residuos líquidos mineros.

Por tanto, es crucial una administración eficaz para mitigar estos efectos negativos y lograr un equilibrio sostenible entre el desarrollo económico y la conservación del medio ambiente. En la Ley de Minería, el artículo 16 detalla que:

El Estado tiene el control absoluto sobre los recursos naturales no renovables, como minerales y sustancias del subsuelo, incluyendo aquellos bajo el mar. La explotación de estos recursos debe seguir principios de desarrollo sustentable, protección del medio ambiente y participación social, respetando el patrimonio natural y cultural. La exploración y explotación de minerales se llevará a cabo por personas o empresas, nacionales o extranjeras, bajo una estrategia de sostenibilidad ambiental que priorice la fiscalización, regulación y prevención de la contaminación, así como la participación ciudadana. La actividad minera solo se realizará en áreas definidas en el Plan Nacional de Desarrollo y Ordenamiento Territorial (Asamblea Nacional del Ecuador, 2009).

3_ Funcionamiento de Proyectos de Gran Escala

En el contexto del desarrollo de proyectos de inversión, como el caso de la actividad minera en la zona de influencia del proyecto Fruta del Norte en el cantón Yantzaza, se observan impactos significativos en el entorno social y económico de las comunidades locales.

El informe de la Contraloría, aprobado recientemente, señala incumplimientos en los contratos entre el Ministerio de Energía y la empresa canadiense Lundin Gold Inc., para la explotación del Proyecto Fruta del Norte. Durante esta etapa, la autoridad no solicitó la determinación de reservas probadas de minerales, como lo exige la Ley de Minería, lo que dificulta la evaluación de los recursos naturales explotables por parte del Estado. Además, *“el Municipio de Yantzaza no supervisó ni cobró por la extracción de material árido y pétreo por parte de la empresa, que carecía de los permisos correspondiente”*. (Contraloría General del Estado, 2020).

Es importante reconocer que, si bien la actividad minera puede traer consigo beneficios económicos y sociales para algunas personas y comunidades, también puede suscitar preocupaciones y resistencia en otros sectores. Es crucial abordar estos fenómenos de manera rigurosa y holística, considerando tanto los aspectos positivos como los desafíos y preocupaciones que surgen.

Lo anterior implica la ejecución de políticas y prácticas de desarrollo sostenible que garanticen la participación activa de las comunidades afectadas, la protección del medio ambiente, la creación de empleo digno y la promoción del bienestar social en general. Además, es esencial fomentar el diálogo abierto y transparente entre todos los actores involucrados, con el objetivo de encontrar soluciones equitativas y sostenibles que promuevan el desarrollo integral de la región.

Donde se desarrolla el proyecto Mirador, a pesar de los graves impactos que el plan de adquisición de tierras tendría en las familias de Tundayme, los sucesivos gobiernos no examinaron ni supervisaron su ejecución, dejando a la población en una posición desfavorable frente a la empresa.

La propia empresa admitió que este proceso de adquisición fue irregular. Según el Expediente de Negociación de Tierras Proyecto Mirador del 28 de enero de 2010, elaborado por un exgerente de Relaciones Comunitarias de la empresa Ecuacorriente y el coordinador de las familias campesinas afectadas:

...mientras que en 2006 el Gobierno Municipal de El Pangui valoró la tierra en USD 1.000 por hectárea, la empresa negoció a USD 400 por hectárea en algunos casos y hasta USD 3.000 por hectárea en otros, lo que generó malestar entre las familias”. (INDERDH, 2014).

En Ecuador se han descubierto grandes depósitos de oro, plata y cobre, pero los controles que se deben llevar a cabo por parte de las autoridades a las empresas extractivistas no son

apropiados, ya que desde el inicio de la exploración de recursos por parte de los grandes proyectos mineros se han vulnerado derechos, así como también se evidencia la falta de cumplimiento de los permisos.

4_. Gobernanza en la Extracción de los Recursos no Renovables en Ecuador.

La gobernanza se expresa como la participación de todos. Dentro del sector minero toma realce, ya que dentro de esta materia la gobernanza incorpora al Gobierno, la sociedad civil y a la empresa privada. Empezar hablar de gobernanza genera la creación de espacios de dialogo participativo de todos los sectores miembros para que no exista vulneraciones de derechos.

Los de la región de América Latina desde su descubrimiento han sido víctimas de extracción sin control de recursos mineros, es parte de su historia y evolución. En la actualidad la extracción sigue existiendo y desarrollándose, pero con limitaciones, para que no afecte al medio ambiente. En América Latina y el Caribe. Para Díaz (2019):

La gobernanza de los recursos naturales debe basarse en políticas e instituciones sólidas que regulen la propiedad, distribución y beneficios de los recursos minerales. La colaboración entre Estado, empresas y sociedad es crucial, especialmente en países con economías poco diversificadas. Se necesita fortalecer las capacidades institucionales para gestionar los conflictos relacionados con la extracción de recursos.
Pág. 3.

La gobernanza en Ecuador se basa en crear espacios de desarrollo donde la población civil esté informada de los procesos que se van a desarrollar en su localidad.

a) Derechos de Participación Frente a la Minería

La naturaleza es sujeto de derechos, y es deber del Estado y los ciudadanos hacer respetar los derechos de la naturaleza.

La Constitución de la República del Ecuador en el artículo 71, menciona que, la naturaleza o *pacha mama*, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su (i) existencia y el (ii) mantenimiento y (iii) regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos, y toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. (Asamblea Nacional del Ecuador, 2008).

La participación de la sociedad civil en extracción minera es crucial, ya que los ciudadanos que residen en las comunidades cercanas a las áreas donde se llevan a cabo actividades extractivas, deben tener una participación activa en la elaboración e implementación de las políticas relacionadas con la minería. La participación de los asuntos vinculados a la extracción de recursos naturales, ya que es fundamental para garantizar el bienestar y el desarrollo sostenible de la población. Reconocer y promover la participación ciudadana no solo fortalece la democracia y la inclusión

social, sino que también contribuye a la adopción de decisiones más equitativas y sostenibles en materia de desarrollo económico y ambiental.

En este sentido, la voz y las preocupaciones de las comunidades locales deben ser tenidas en cuenta de forma significativa en los procesos de planificación y toma de decisiones relacionadas con la actividad minera, asegurando así que se aborden adecuadamente sus necesidades y se protejan los derechos constitucionales.

En este sentido, la Constitución de la República del Ecuador (2008) en el artículo 398 prescribe:

El Estado debe consultar a la comunidad antes de tomar decisiones que afecten al medio ambiente, y considerar su opinión conforme a la ley y los derechos humanos. Si la mayoría de la comunidad se opone, la decisión de ejecutar o no el proyecto serán adoptados por resolución debidamente motivada de la instancia administrativa superior correspondiente. (Asamblea Nacional del Ecuador, 2008).

Por tanto, la participación de la comunidad en decisiones ambientales es esencial para garantizar un desarrollo sostenible y respetuoso con los derechos humanos frente a actividades extractivistas que afecten el medio ambiente. Si hay una oposición mayoritaria, se tomará una decisión informada y motivada por una instancia superior, asegurando transparencia y responsabilidad en el proceso.

De igual forma, la Constitución de la República del Ecuador (2008) en el artículo 98 menciona:

Los ciudadanos, tanto individual como colectivamente, desempeñan un papel central en la toma de decisiones, la planificación y la gestión de los asuntos públicos, así como en la supervisión de las instituciones estatales y sociales, y de sus representantes. Esta participación activa es un proceso continuo para fortalecer el poder ciudadano. La cual se guía por valores como la igualdad, autonomía, deliberación pública, respeto a la diversidad, control popular, solidaridad e interculturalidad. El derecho de la ciudadanía a participar en todos los asuntos de interés público se ejerce a través de los diversos mecanismos de democracia, ya sea representativa, directa o comunitaria. (Asamblea Nacional del Ecuador, 2008).

En este sentido, el ciudadano desempeña un papel crucial, tanto de manera individual como de manera colectiva en democracia. La democracia no se limita simplemente a procesos electorales; la participación ciudadana, es respaldada y regulada por la Constitución de la República del Ecuador. La participación es fundamental para asegurar que la voz del pueblo se escuche en todas las esferas de la administración pública. Esta participación permite que los miembros de la sociedad estén activamente involucrados en la toma de decisiones en todos los niveles gubernamentales.

b) **Derechos de la naturaleza en Ecuador**

La naturaleza es sujeto de derechos, el Ecuador fue uno de los primeros países en la región, en declarar la naturaleza como sujeto de derechos. Galeano explica (2008) *“El mundo pinta naturalezas muertas, sucumben los bosques naturales, se derriten polos, el aire se hace irrespirable y el agua intomable, se plastifican las flores y la comida, y el cielo y la tierra se vuelven locos de remate”*. Pág. 124.

La naturaleza no es muda, necesita cuidado y respeto, los seres humanos forman parte del ecosistema biodiverso donde la naturaleza es la parte central. El Ecuador es país biodiverso, sus recursos naturales son la base de las exportaciones e inversiones. La minería es un sector estratégico dentro de la economía del Ecuador, en el cual el Estado no solo debe garantizar los derechos de la inversión extranjera y empresa privada, sino también los derechos de la naturaleza que se contemplan, pues para Galeano (2008):

Suena raro esto de la que la naturaleza tenga derechos, una locura. ¡Como si la naturaleza fuera persona! En cambio, suena de lo más normal que las grandes empresas de Estados Unidos disfruten de derechos humanos. En 1886, la Suprema Corte de Estados Unidos, modelo de justicia universal, extendió los derechos humanos a las corporaciones privadas. Pág. 125.

Las empresas foráneas de USA, dentro de los países de América Latina han estado históricamente extrayendo recursos. El extractivismo de recursos no renovables es un tema delicado, ya que la extracción no renovable cambia la forma de vida y desarrollo sostenible de las comunidades cercanas a la zona de extracción. Es por esta razón que la Constitución de la República del Ecuador busca garantizar el respeto a la naturaleza y el buen vivir de los ciudadanos. La Constitución de la República del Ecuador en el artículo 397 menciona:

En caso de daños ambientales el Estado se compromete a: 1. Permitir a cualquier persona natural o jurídica, colectividad o grupo humano, ejercer las acciones legales y acudir a los órganos judiciales y administrativos, sin perjuicio de su interés directo, para obtener de ellos la tutela efectiva en materia ambiental, incluyendo la posibilidad de solicitar medidas cautelares que permitan cesar la amenaza o el daño ambiental materia de litigio. (Asamblea Nacional del Ecuador, 2008).

Además, el preámbulo de la Constitución de la República del Ecuador enfatiza la importancia vital de la naturaleza para la existencia humana. También se determina una nueva forma de convivencia ciudadana que promueva la diversidad y la armonía con el entorno natural, reconoce que la naturaleza es fundamental para la vida humana, fomentando una relación armoniosa entre las personas y su entorno natural.

4_. Valoraciones Jurídicas Cualitativas y Etnográficas al Tema

a) Enfoque Cualitativo.

En la investigación, se aplicó un enfoque cualitativo en la investigación que se enfoca en comprender las realidades sociales, culturales y humanas desde una perspectiva profunda. Esto permite una comprensión holística de los fenómenos sociales, reconociendo su complejidad y diversidad que según Hernández (2014) “(...) su propósito consiste en “reconstruir” la realidad tal y como la observan los actores de un sistema social previamente definido”. Pág. 20.

b) Diseño Etnográfico.

Se optó por la realización de un supremo diseño etnográfico, ya que permite realizar una descripción y una interpretación en profundidad. El cual se enfoca en estudiar las categorías, temas, problemas y patrones que surgen dentro de la cultura en cuestión, que según Gómez *et al* (2019) “Implica la descripción e interpretación profunda de un grupo, sistema social o cultural, se estudian categorías, temas, problemas y patrones referidos a las culturas”. Pág. 48.

Esto implica observar los comportamientos del objeto de estudio, para comprender su perspectiva desde adentro. En esencia, el diseño etnográfico busca capturar la complejidad y la riqueza de una cultura a través de la observación participante y el análisis de datos cualitativos.

c) Alcance Exploratorio y Correlacional

El tipo de alcance descriptivo se caracteriza por: Gómez *et al* (2019) “(...) analizar cómo es y cómo se manifiesta un fenómeno y sus componentes”. Pág. 50.

A su vez, la aplicación del alcance correlacional forma parte fundamental de la investigación debido a que se caracteriza por ser según Gómez *et al* (2019) “pretende ver cómo se relacionan o vinculan diversos fenómenos: conceptos y variables entre sí”. Pág. 50

d) Método Normativista

El enfoque normativista se centra en el análisis pormenorizado de las leyes y normativas que rigen esta investigación en particular, puesto que, la gobernanza participativa en el sector minero es esencial para el desarrollo de las comunidades inmersas en la actividad minera, además la participación ciudadana es fundamental para el respeto de los derechos de la naturaleza reconocidos en la Constitución de la República del Ecuador. El primer paso es identificar y desglosar todas las leyes y regulaciones nacionales pertinentes.

e) Población y Muestra de Estudio

La población al hablar de este estudio incluyó a la Constitución de la República del Ecuador, tratados internacionales y doctrinas jurídicas, lo que representa una diversidad de perspectivas y criterios al momento de hablar sobre gobernanza participativa en el sector minero. Este enfoque holístico garantiza que la investigación cubra las numerosas dinámicas sociales, económicas y

culturales, ya que el sector minero es un sector estratégico para la economía ecuatoriana, pero eso debe conllevar a la vulneración del derecho de la naturaleza.

Al abordar la población y la muestra desde una perspectiva nacional, este estudio pretende comprender el significado e importancia de la gobernanza participativa en el sector minero, y la participación de los pueblos, nacionalidades y comunidades para promover un desarrollo de los miembros de la comunidad donde se extraen dichos materiales no renovables.

La discusión sobre gobernanza participativa dentro del sector minero del Ecuador, la situación problemática surge al contrastar la realidad de la minería en Ecuador con un ideal de desarrollo sostenible. A lo largo de la historia, la actividad minera ha generado conflictos en diversas regiones debido a la falta de regulación y control, afectando tanto al medio ambiente como a la salud de los habitantes locales.

Aunque la ley establece la participación ciudadana en la toma de decisiones sobre políticas mineras, y en el desarrollo de los proyectos, la falta de implementación efectiva de estos mecanismos ha llevado a una extracción descontrolada, sin generar beneficios significativos para la comunidad. Si bien la minería tiene un potencial estratégico para el desarrollo económico del país, la falta de compromiso y control por parte de las autoridades competentes ha obstaculizado el avance hacia un modelo de gobernanza participativa que garantice el bienestar de la población local.

La vulneración de los derechos participativos de las comunidades conlleva a que estas localidades no tengan un desarrollo integral debido a que su calidad de vida por la afección al medio ambiente es drástica y de difícil reparación.

Dentro del capítulo III a partir del artículo 87 de la ley de minería se establece la participación social y la participación de la comunidad donde el Estado tiene la responsabilidad de llevar a cabo los procesos de participación y consulta social utilizando las instituciones públicas pertinentes, en conformidad con los principios establecidos en la Constitución y las leyes vigentes (Asamblea Nacional del Ecuador, 2009).

A pesar de que la extracción minera en el Ecuador está desde un periodo colonial, siguen existiendo conflictos al establecer los mecanismos de participación adecuados para que la sociedad civil sea parte de los procesos de extracción. Por consecuencia, la minería es un sector que sigue desarrollándose en el país siendo indispensable para el desarrollo estratégico, siendo esta actividad extractivista determinante económicamente para el Estado:

La inversión en el sector minero en el primer trimestre de 2023 fue de USD 39,9 millones; por su parte, las exportaciones de oro y plata, entre enero y mayo 1 de 2023, fueron de 13,46 toneladas con un incremento de 106,96% con relación a similar período de 2022. (Banco Central del Ecuador (BCE), 2023)

Las cifras publicadas por el Banco Central del Ecuador son un tema que debe ser destacado,

ya que su importancia en la actualidad es trascendental. Además, la participación de la minería en pequeña escala tiene un rol en ascenso según el boletín emitido por el Banco Central del Ecuador; sin embargo, los temas de gobernanza siguen siendo complejos y los espacios reducidos para la población civil que atañe a las localidades donde se extrae dichos recursos.

La población exige el cumplimiento de los espacios para la mayor participación y respeto de principios constitucionales, ya que al no respetarse estos derechos participativos se genera afecciones irreversibles en la vida diaria de las localidades de donde se realiza la extracción minera y su convivencia con el medio ambiente las cuales afectan a su estilo de vida.

Para la gobernanza, la academia forma es un rol fundamental para el acceso a la información y la transparencia en procesos y políticas mineras. Los primeros pasos para la gobernanza es educar a los sectores, y desarrollar el bien común para el respeto de derechos y extracción ecológica, es decir que no afecte de manera irreversible a los recursos naturales. Si bien es cierto se reconoce que la extracción de recursos es parte del sector estratégico del país, pero también es importante analizar cómo se está llevando a cabo dicha extracción, buscando objetivos a largo plazo que fortalezcan la economía del Estado, pero también exista un desarrollo integral y respeto de la naturaleza.

Ahora bien, se encontró dentro del marco legal ecuatoriano sobre la gobernanza participativa en el sector minero, que todo se enmarca en un conflicto estructural del Estado por salvaguardar la economía de las empresas extranjeras, y el cumplimiento de la normativa legal del territorio. El daño ambiental causado por proyectos y megaproyectos genera más consecuencias que los beneficios monetarios recaudados por el Estado. Entonces, con mayor razón aún, la participación ciudadana *-según la legislación ecuatoriana-* debe estar incluida en el avance de los proyectos extractivistas, pero en muchas ocasiones, esto es inexistente.

Las comunidades cercanas a las zonas mineras sufren graves consecuencias debido a la extracción de minerales, lo que provoca impactos irreparables en el medio ambiente y en la calidad de vida de los habitantes. A pesar de estas regulaciones, la participación ciudadana no se respeta adecuadamente y las comunidades afectadas por la minería enfrentan pobreza y dificultades económicas. Por eso, Endara (2014) *"la participación ciudadana es indispensable en la aplicación de políticas públicas en el modelo económico extractivo y neoextractivo aplicado en Ecuador"*. Pág. 80.

A su vez, la Agenda 2030 de la Organización de las Naciones Unidas se centra en avivar el crecimiento económico, la equidad social y la sostenibilidad ambiental. Para lograr estos objetivos, se requiere una gestión eficaz de los recursos, la participación ciudadana y la implementación de políticas públicas orientadas al desarrollo integral y sustentable del país.

La planificación y organización del territorio son vitales para lograr los objetivos de desarrollo. Es fundamental distribuir adecuadamente los recursos y las actividades económicas, al mismo tiempo que se protegen las áreas ambientales para evitar daños al entorno y asegurar el bienestar

de la población.

En Ecuador, la descentralización y una gestión territorial eficaz son elementos clave para implementar políticas nacionales de manera efectiva a nivel local. El Ecuador diseña las políticas mineras en base a un desarrollo integral bajo la guía de la Agenda 2030 y su Plan Nacional. La gobernanza participativa emerge como una herramienta clave para llevar a cabo estos planes, asegurando una gestión eficiente de los recursos. No obstante, los desafíos vinculados a la extracción minera demandan atención especial para garantizar que ningún sector de la sociedad quede rezagado en la búsqueda de un desarrollo equitativo y sostenible.

Según el artículo 6 de la Ley de Minería, la Política Minera Nacional tenderá a promover en todos los niveles la innovación, la tecnología y la investigación que permitan un desarrollo interno del sector, para este proceso el Ministerio Sectorial coordinará con las instancias de ciencia y tecnología y de altos estudios que existen en el país (Asamblea Nacional, 2009).

El plan Nacional de Ecuador busca fortalecer el sector minero, priorizando la atracción de inversiones y la lucha contra la minería ilegal. En este sentido, Estupiñán (2021) *“Esto se refleja en la presentación de la nueva Política Minera 2019-2030 y en discusiones sobre reformas a la Ley Minera para fomentar la inversión nacional y extranjera”*. Pág. 537.

La conexión entre estos aspectos es esencial para construir un futuro donde la equidad y la prosperidad sean accesibles para todos los ciudadanos ecuatorianos y no se vulnere los derechos de la naturaleza promoviendo un desarrollo equilibrado y sustentable.

La preocupación por el ambiente contempla un creciente interés a nivel mundial en minimizar el impacto ambiental causado por las actividades humanas, reflejando una tendencia global hacia la conservación y protección de la naturaleza. Para Villegas (2020) la actividad minera realizada sin regulación causa:

La minería, representa muchos riesgos para los medios en donde se practica esta actividad, esto debido a los residuos que genera, afectando así no solo al medio ambiente en general, sino también a las poblaciones aledañas ya que estos desechos son vertidos en los ríos o lagos contaminando así la cadena alimenticia que luego es transmitido al ser humano por medio del consumo de pescado. Pág. 27.

CONCLUSIONES

La investigación resalta la importancia de la participación ciudadana en el contexto del reconocimiento de los derechos de la naturaleza y el desarrollo sostenible de las comunidades de donde se extraen dichos recursos minerales.

Si bien es cierto, que la extracción minera representa ingresos vitales en la economía

ecuatoriana, no es significativo ni pretexto para vulnerar derechos constitucionales. La extracción minera en Ecuador contempla sus inicios en la época colonial, donde su evolución parte de la existencia de primeros estudios de suelo y concesiones donde no se respetaba los derechos de la naturaleza, ni el buen vivir de las comunidades.

Las afectaciones provocadas por dicha actividad son irreparables y los habitantes de las comunidades cercanas son las más afectadas, debido al gran impacto biológico provocado por la extracción de minerales. Desde la Constitución del 2008 se generaron cambios en el sector minero debido a que la naturaleza es *sujeto de derechos*, y el desarrollo sostenible es parte primordial del buen vivir de los habitantes.

Además, posterior a la emisión de la Constitución del 2008 se crea la Ley de Minería en 2009, donde se establecen los requisitos que deben cumplir las empresas que quieran generar recursos de dicha actividad, así como la participación ciudadana dentro del desarrollo de políticas mineras, y los tributos que debe percibir el Estado ecuatoriano. Sin embargo, esto no ha generado que se respete la participación ciudadana, así como los sectores donde se realizan este tipo de actividades sucumben a la pobreza y miseria.

A lo cual, es indispensable la participación ciudadana dentro del desarrollo de los proyectos mineros que se realizan dentro de la comunidad o cerca de sus habitantes. Sin embargo, La falta de participación e información a la población conlleva a que no sea viable la extracción minera dentro del territorio, ya que es importante realizarla de manera responsable. Dentro de este contexto hay otro escenario denominado de minería ilegal, el cual, por la utilización de mercurio, cianuro y por todos los impactos sociales que genera vulnera el derecho al buen vivir y la gobernanza de la población, para Mansilla *et al* (2022):

Las localidades donde se generan las actividades extractivas no perciben las consecuencias por falta de programas de salud, además el mercurio y el plomo son minerales que se ocupan constantemente para la extracción minera generando problemas en la salud, a lo cual, la empresa minera no se hace responsable. Pág. 86.

Las comunidades donde se llevan a cabo actividades extractivas no reciben atención adecuada en materia de salud, lo que resulta en la falta de programas de salud en esas áreas. Además, el uso constante de minerales como el mercurio y el plomo en la extracción minera plantea serios riesgos para la salud, sin que las empresas mineras asuman la responsabilidad conveniente.

La posición de Ecuador en el mercado mundial como productor primario ha llevado a enfrentar diversos costos, como los de producción, transacción y ambientales. Los cuales representan una deuda significativa que las futuras generaciones deberán afrontar debido a la historia de explotación y extracción de recursos.

La extracción minera es un tema actual, ya que el sector extractivo o sector minero es

fundamental para el desarrollo estratégico del Estado ecuatoriano, las políticas mineras y la participación de las y los ciudadanos es indispensable para el desarrollo integral de las localidades de donde se extrae dicho material para que se desarrollen de manera adecuada los derechos de la naturaleza y el derecho al buen vivir y desarrollo sustentable. Para lo cual se necesita la regularización permanente en los sectores inherentes la extracción minera apoyados a través de la participación ciudadana.

El Convenio 169 garantiza que los pueblos indígenas y tribales puedan expresar sus propias preferencias, especialmente cuando estas decisiones impacten en sus vidas, creencias, instituciones, bienestar espiritual, y el territorio ancestral que ocupan o utilizan. Además, les otorga el derecho de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural (Organización Internacional del Trabajo (OIT), 2014).

En América Latina, el Convenio 169 de la OIT ha generado diversas implicaciones, como la falta de progreso en los indicadores laborales y socioeconómicos de las comunidades indígenas. Además, se han evidenciado conflictos persistentes entre las comunidades indígenas, las empresas transnacionales y el Estado debido a la búsqueda y reivindicación de derechos reconocidos. Para Ochoa *et al* (2022) la Declaración de las Naciones Unidas establece responsabilidades de los Estados miembros, tales como:

Se reconoce el derecho a la libre determinación, y a su vez se establece el estándar mínimo de derechos de los pueblos indígenas, obligatorio para los Estados, en cinco dimensiones: 1. Derecho a la no discriminación; 2. Derecho al desarrollo y el bienestar social; 3. Derecho a la integridad cultural; 4. Derecho a la propiedad, acceso, uso y control de las tierras, territorios y recursos naturales, 5. Derecho a la participación política y al consentimiento libre, previo e informado. Pág. 11.

Este reconociendo se da por el respeto al Estado plurinacional y a su vez al reconocimiento de la naturaleza como sujetos de derechos del fin en sí mismo, para promover el desarrollo equilibrado y sustentable de la población.

El reconocimiento de los derechos de la naturaleza es relativamente moderno, si bien es cierto el Estado ecuatoriano fue el primer Estado en el mundo en reconocer a la naturaleza como sujeto de derechos debido a su importancia para el ser humano y la trascendencia cultural en un Estado Nación como es el Estado ecuatoriano, el avance y desarrollo de la normativa local no ha generado una preocupación acorde con la sociedad ecuatoriano debido a la falta de control de las actividades mineras que se realizan dentro del territorio ecuatoriano.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

Almeida, M. (2019) "Estudio de caso sobre la gobernanza del sector minero en el Ecuador".

Alvarado, J. (2019) ¿Después de la minería qué?: Minería y conflictos de contenido ambiental en Ecuador. El big bang de los movimientos sociales antimineros en la provincia del Azuay (Tesis de doctorado, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales). Repositorio Institucional. Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales.

Asamblea Nacional del Ecuador. Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial 449 de 20-oct-2008. Consultado el 28 de abril de 2024.

Asamblea Nacional del Ecuador. Ley de Minería. Registro Oficial 517 de 29-enero-2009. Consultado el 28 de abril de 2024.

Banco Central del Ecuador (julio de 2023) “Boletín del Sector Minero”.

Barahona, D. (2021) “Comunicado en el Día Mundial de la Tierra sobre la extracción minera en el Bahuco Oriental en Barahona”.

Contraloría General del Estado (noviembre de 2020) “Boletín de la Contraloría General del Estado”.
Díaz, D. (2019) Análisis de Gobernabilidad y Gobernanza del sector minero en el Ecuador (Tesis de grado, Universidad Técnica Particular de Loja).

Empresa Nacional Minera (julio de 2023) Informe de Rendición de cuentas 2023.

Endara, D. (2014) “Análisis de Gobernanza en el Sector minero ecuatoriano: enfoque extractivista y neoextractivista en el caso mega proyecto “Mirador” periodo 2006- 2012”. (Tesis de grado, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales Sede Ecuador).

Estupiñán, R., Romero, P., García, M., Garcés, D., & Valverde, P. (2021). La minería en Ecuador. Pasado, presente y futuro. Boletín geológico y minero, 132(4). Fuchslocher, G. (2010). Texto Guía de Ciencias Políticas. Corporación para el Desarrollo de la Educación Universitaria – CODEU.

Gómez, C., Álvarez, G., Romero, A., Castro, F., Vega, V., Comas, R., & Velázquez, M. (2019) La investigación científica y las formas de titulación: Aspectos conceptuales prácticos. Editorial Jurídica del Ecuador.

Hernández, R., Fernández, C., & Baptista, P. (2014) "Metodología de la Investigación" (5a ed.). McGRAW-HILL. INDERDH (2014, 20 de enero). Proyectos mineros a gran escala y vulneración de derechos humanos. Mansilla, K., Guinez, N., & Jeldes, F. (2022) Cuando la comunidad es invisible: responsabilidad social empresarial en la industria minera. Letras Verdes, Revista Latinoamericana de Estudios Socioambientales, (31), 77-94.

Ochoa, J., & Vásquez, J. (2022) Impactos ambientales de la minería: estudio de caso transnacional "Lundin Gold" en la comunidad Shuar de Nankais en Zamora Chinchipe entre 2019 a 2021 (Tesis de grado, Universidad de Azuay). Repositorio Institucional. Universidad de Azuay.

Organización Internacional del Trabajo (2014) Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales.

Paredes, D. (2013) ¿Después de la minería qué?: análisis del impacto socioeconómico y ambiental de la minería: caso South American Development Company (SADCO - CIMA), Portovelo y Zaruma - El Oro - Ecuador (Tesis de maestría, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales). Repositorio Institucional. Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales.

Ulloa, W. (2023) Relación de las regalías mineras y el desarrollo del cantón Portovelo en Ecuador. Estudios de la Gestión: revista internacional de administración, (13), 149-172.

Villegas, C. (2020) Impacto ambiental por el uso de mercurio en minería aurífera: una revisión de la literatura científica entre los años 2009-2019.

Semillero Académico
Estados de Excepción en Venezuela
States of Exception in Venezuela

Maribel Santiago Santiago¹

Fecha de Recepción: 31 de julio de 2023

Fecha de Aceptación: 20 de octubre de 2023

RESUMEN

El término «*Estado de Excepción*» es acuñado por primera vez en la Constitución del año 1999. No obstante, es posible encontrar normas que versan sobre el derecho de excepción en toda la historia constitucional de Venezuela desde el año 1811, permitiendo sostener que el derecho de excepción en Venezuela evolucionó, al pasar de ser únicamente para supuestos de conflictos armados, a otras circunstancias como epidemias, calamidades o condiciones socioeconómicas de gravedad. En este contexto, se abordará, analizando ¿quién puede decretar un estado de excepción?, y estableciendo ¿Cuáles son los motivos del estado de excepción?, documentando aproximadamente, el contenido de los decretos de excepción, el control político y jurídico, en Venezuela. Estas medidas consistieron en la restricción de las garantías constitucionales: la inviolabilidad del hogar y las comunicaciones privadas, el libre tránsito, la reunión, la manifestación y, obvio, la libertad económica; los estados de excepción sería el mecanismo del gobierno implementado para contener la inestabilidad.

Palabras clave: Estado de excepción, derechos humanos, control ejecutivo, derecho de excepción.

ABSTRACT

The term “State of Exception” is coined for the first time in the Constitution of 1999. However, it is possible to find norms that deal with the right of exception throughout the constitutional history of Venezuela since 1811, allowing us to maintain that the right of exception in Venezuela evolved, from being only for cases of armed conflicts, to other circumstances such as epidemics, calamities or serious socioeconomic conditions. In this context, it will be addressed, analyzing who can decree a state of exception? and establishing what are the reasons for the state of exception?, documenting approximately the content of the decrees of exception, political and legal control, in Venezuela. These measures consisted of the restriction of constitutional guarantees: the inviolability of the home and private communications, free movement, assembly, demonstration and, obviously, economic freedom; States of exception would be the government mechanism implemented to contain instability.

Keywords: State of exception, human rights, executive control, right of exception.

1 Estudiante del tercer año de la carrera de derecho de la Universidad de Los Andes (ULA).

... como un mecanismo previsto en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela para la protección del orden constitucional que, frente a una circunstancia fáctica determinada que por su gravedad hace insuficiente al ordenamiento jurídico ordinario, faculta al Presidente de la República para dictar los actos que sean estrictamente necesarios para lograr una respuesta oportuna que ponga fin a la crisis -o, *al menos, la haga manejable*-, pudiendo este mandatario incluso restringir determinadas garantías, debiendo su actuar, en todo momento, respetar los principios que rigen al régimen de excepción y estar fundamentado en una emergencia cierta. Pág. 41.

Es necesario también recordar, que históricamente surge primero el **título** “*derecho de excepción*”, traducido en el conferimiento de poderes extraordinarios al Estado para encarar crisis originadas en situaciones de emergencias de variada índole y de tal magnitud que ponían en peligro lo que hoy se llama *institucionalidad o gobernabilidad*.

Por las características de los estados de excepción, algunos tratadistas, como Tocora L. (1992) la denominan “**Dictadura Constitucional**, por cuanto esta está prevista en la norma fundamental y en algunos casos puede llegar a suspender garantías y derechos constitucionales”. Pág. 77.

La declaratoria de los estados de excepción es una facultad del Ejecutivo Nacional, concretamente del Presidente Ejecutivo reunido en Consejo de Ministros (*Gobierno stricto sensu*) –*artículo 236.2 constitucional, y, artículo 236 aparte único*- para hacer frente a situaciones de crisis que no pueden ser resueltas por la legislación ordinaria, quedando así, revestido para dictar las medidas administrativas estrictamente necesarias para conjurar las situaciones de crisis originadas en cualquier modalidad de excepción y procurar restablecimiento de la normalidad e impedir la extensión de sus efectos.

Sin embargo, esa facultad no es ilimitada ni absoluta, sino limitada por la misma Constitución, a situaciones de tipo excepcional que no pueden ser conjuradas con las medidas ordinarias, la negativa de suspender las garantías y derechos fundamentales, la no interrupción del funcionamiento de las ramas del poder público, ni de los órganos del Estado y la responsabilidad del Presidente y sus Ministros cuando no se den las causas de la declaratoria.

En cuanto a lo arriba expuesto, se precisa que, conforme al ordenamiento jurídico, la declaratoria demanda tres requisitos concurrentes: 1.- que exista una circunstancia de orden social, económico, político, natural o ecológico; 2.- que esta circunstancia afecte gravemente la seguridad de la Nación, de las instituciones o de los ciudadanos; y 3.- que las facultades en el sistema jurídico ordinario resulten insuficientes para hacerles frentes.

Ahora bien, como quedó dicho antes, todos esos nombres particulares aparecen sustentados en la consagración en el texto constitucional del referido régimen jurídico extraordinario. En los

últimos tiempos, en la mayoría de países, se ha optado por otorgarle al aludido régimen jurídico extraordinario el título de estados de excepción, la cual es susceptible de admitir todas las modalidades arriba exhibidas, pues se trata de un “*corpus jurídico*” trazado en las Constituciones, destinado a normar la definición de las situaciones fácticas constitutivas de la emergencia, la competencia para apreciar la configuración de la situación y para declararla.

DESARROLLO

1_. Antecedentes de los Estados de Excepción.

El régimen de excepción o “*dictadura constitucional*”, como se le ha denominado por algunos autores, surgió en 1791, poco después de la Revolución Francesa para impedir acciones contrarrevolucionarias, y que se conoce como “*el régimen del terror*”, cuando se expidió la ley que fijó las competencias para el “*estado de paz*” y el “*estado de guerra*”. Dicho estado de guerra o de sitio también sirvió de instrumento para conjurar las crisis de orden interno.

El Terror, es un periodo de la historia de la Revolución francesa que duró de septiembre de 1793 a la primavera de 1794 y que ha generado numerosos debates. Según algunos historiadores, el Terror estaba “*caracterizado por la brutal represión de los revolucionarios mediante el recurso al terrorismo de Estado*”.

No obstante, en épocas del Imperio Romano existió una figura similar denominada “*ley de la majestad*”, en la cual los romanos crearon una especie de dictador dotado de todos los poderes para gobernar el Estado y disponer de las fuerzas necesarias para defender el imperio de invasiones externas o sediciones internas. Una vez restablecido el orden, el dictador hacía dejación de su cargo y las instituciones continuaban funcionando normalmente. En Inglaterra, también:

...se expidió la *Ley Marcial*, poco después de terminada “*la Guerra de las Dos Rosas*”, otorgándole facultades al ejército para juzgar al margen del ***common law***, mediante un procedimiento sumario, simple y secreto. Esta ley también se aplicó a los acusados políticos con ocasión de la expedición armada en 1588. (Camargo, 2008, Pág. 19.).

La *Guerra de las Dos Rosas* fue una larga y cruenta guerra civil que enfrentó intermitentemente a los miembros y partidarios de la Casa de Lancaster contra los de la Casa de York entre 1455 y 1485. Ambas familias pretendían el trono de Inglaterra, por origen común en la Casa de Plantagenet, como descendientes del rey Eduardo III.

El nombre “*Guerra de las dos Rosas*” o “*Guerra de las Rosas*”, en alusión a los emblemas de ambas casas, la rosa blanca de York y la roja de Lancaster.

2._ Aspectos Conceptuales de los Estados de Excepción.

2.1. El Estado.

El Estado desde un sentido formal es la organización jurídica de la sociedad, que se expresa como un conjunto coherente de instituciones dentro de un ordenamiento político y administrativo, y con un sistema jerárquico.

Asimismo, el Estado en América Latina dice González Casanova (2003), que “es una forma de organización moderna, dentro de la cual vivimos los seres humanos. Constituye un poder permanente y organizado con capacidad real para monopolizar la creación del orden jurídico, económico, político y social con plena capacidad para imponer su soberanía, imponer los instrumentos de aplicación y vigencia para garantizar el cumplimiento de sus sanciones.” Pág. 175.

2.2._ Territorio.

El territorio, el espacio físico en donde se asienta la población, constituye uno de los elementos fundamentales del Estado. Según algunos, más que un elemento, sería una *condición de existencia*, pues sin territorio desaparece el Estado. Sin embargo, solo si el territorio fuera la única condición de existencia del Estado, y, además, porque los Estados de Excepción pueden delimitarse territorialmente, esto es, en áreas específicas del territorio nacional, bien representando el todo; o, solo un Estado, o un conjunto de Estados; o, un Municipio, o incluso áreas más pequeñas que un Municipio.

2.3._ Población.

Primer elemento del Estado por cuanto este es, ante todo, una agrupación humana. La población es un conjunto de personas naturales que habitan en un territorio de manera estable. El Estado de Excepción puede quedar circunscrito a una sola agrupación humana como objeto de regulación en el decreto gubernativo, aunque no es lo recomendable por razones de derechos humanos, pero puede haber excepciones muy particulares. Puede darse en Estados, que carecen de una población homogénea, y que pueden representar un peligro para la estabilidad en la convivencia pacífica de la nación.

2.4._ Pueblo.

El pueblo o ciudadanía, o, cuerpo electoral, es el conjunto de individuos que dentro de la población se halla habilitado para ejercer los derechos políticos. Estos individuos, constituidos como pueblo colectivamente integran un todo, que es el titular de la soberanía, y por ende ambos tienen derechos políticos de igual tipo. El concepto del pueblo no es importante en el tema de los Estados de Excepción, pues en tal caso, las *medidas administrativas que pueden derivarse del Decreto Gubernativo* deben ir dirigidas a salvaguardar la integridad jurídica de nacionales y extranjeros por igual, dentro del territorio nacional.

2.5._ Poder Estatal.

El poder estatal es, por consiguiente, aquella especie de poder político que le corresponde a los poderes públicos y que consiste en la capacidad de dirección superior de todos los asuntos que se incluyen en el ámbito político de un sistema dado. El Estado de Excepción es un poder jurídico estatalizado dentro de la figura constitucional del Gobierno, que se halla en el tope del Poder Ejecutivo Nacional, a los fines de dirigir políticamente a la administración pública en el cumplimiento de sus fines *constitucionales* de modo objetivo, transparente y conforme a los Derechos Humanos, a la Ley y al Derecho.

2.6_. Sociedad

La sociedad, es un término amplio. Comprende cualquier masa humana sin importar su forma, modalidad, extensión o grado de desarrollo. Y esta puede definirse como la reunión de personas que llevan una vida en común; resultado, pues, de la propia naturaleza humana, pues toda persona es un ser social por naturaleza, y debe tener normas jurídicas que regulen cualquier evento en tiempos de normalidad, o incluso, de anormalidad institucional.

2.7_. Derecho

El Derecho se presenta como la institucionalización del orden y se revela, así como un instrumento de la vida que pone al servicio del individuo y el colectivo; que da lugar a la justicia conmutativa y da lugar a la justicia distributiva y legal, definiendo las distintas posiciones y relaciones, distribuye y coordina los elementos de la convivencia humana-personas, cosas, instituciones, y establece el orden social. El Derecho acaba siendo el elemento juridificador de la sociedad, a los fines de conferir un enmarcamiento finalístico de carácter holístico al Estado como personificación jurídica de la sociedad, pues, en tal caso, el Estado no puede volverse contra la sociedad que lo erige como institución, sino a favor esta.

De tal manera, que, aunque el Estado puede decretar Estados de Excepción para asegurar su subsistencia, su subsistencia misma con un Estado de Excepción no puede ir en contra de la misma sociedad, pues en tal caso, el Estado y la Sociedad van de la mano, e ir en contra de la sociedad como si fuese un enemigo, implica ir en contra del mismo Estado. Esto, entendiendo, que la protección de los Derechos Humanos, conforma el ADN estructural del *Estado Constitucional* según el artículo 3 constitucional, que reza, diciendo, que:

el fin del Estado es el dogma del respeto a los Derechos Humanos, el desarrollo de la persona, más el respeto de la dignidad del individuo, e incluso, fomentar el ejercicio democrático de la voluntad popular, la construcción de una sociedad justa y amante de la paz, la promoción de la prosperidad y el *bienestar del pueblo*. (Cursivas Añadidas).

2.8_. Soberanía

Según Ferrerol (1998):

La soberanía ha sido durante muchos años el concepto central de una teoría política. Esta hace referencia al lugar que ocupa el Estado en sí mismo, dentro del conjunto de las organizaciones humanas. Jurídicamente, significa que ese Estado es el máximo poder dentro de una nación, que se impone a todos y que no hay nada por encima de él. Significando suprema autoridad o mando superior o, se define como la competencia estatal al mando. Pág. 193.

En este sentido, los Decretos de Estados de Excepción son objeto de estudio por la *Teoría Política*, pues esto ayuda a entender, que jurídica y políticamente, el Gobierno durante la vigencia de un Estado de Excepción, no puede suprimir de manera desmedida los derechos humanos de los individuos; que el objetivo final de un *Estado de Excepción* es asegurar la gobernabilidad necesaria para reestablecer el orden jurídico, político, económico, social, en fin; no puede el *Estado de Excepción* ser una medida de exterminio de grupos humanos, ni mucho menos de represión, sino de cese de hostilidades entre factores políticos con posiciones antagónicas; se trata de suspender la hostilidad, para poder luego, conciliar.

2.9_. Los Estados de Excepción.

Los Estados de Excepción causan diversos efectos en la vida constitucional de los Estados y en la vigencia efectiva de los derechos humanos y las libertades fundamentales. Por otra parte, causan alteraciones en la vida jurídica institucional. La legislación de excepción modifica el ordenamiento jurídico, especialmente en materia de leyes penales sustantivas y procesales. También, se observan ciertos cambios en la forma de impulsar los procesos de investigación judicial y policial por determinados delitos o hechos punibles relacionados con la situación de crisis.

Fundamentalmente, se observa una alteración en el equilibrio de los poderes del Estado, al producirse la concentración de poderes en el Ejecutivo y el consecuente debilitamiento del Poder Judicial ordinario, que en algunos casos se ve desplazado por la jurisdicción militar, perjudicando sustancialmente la independencia judicial, propia de un Estado de Derecho.

Los estados de excepción, también, alteran sustancialmente la vida social y económica de la sociedad; distintas actividades se ven obstaculizadas al no haber condiciones para su pleno desarrollo, entre ellas, las de índole religiosa, cultural, educativa, deportiva, científica, académica, productiva y laboral. Estas alteraciones en la vida social y política de una comunidad inciden directamente y de manera negativa en la democracia, al producirse una restricción en los niveles de participación en lo social y en lo político.

Los estados de excepción, como es natural, conllevan medidas que *restringen* el ejercicio de ciertos derechos y garantías que son susceptibles de suspensión temporal por razones de extrema

necesidad. Las libertades públicas se ven *alteradas* en su ejercicio, por ejemplo, la libertad de expresión y opinión, la libertad de prensa y la libertad de reunión, de manifestación pública y de asociación, al igual que otros derechos humanos, también reciben el mayor impacto en los estados de excepción dada su naturaleza y su íntima conexión con las situaciones de crisis extraordinarias.

Por tanto, Meléndez (1997) expresa que:

...es necesario afirmar la necesidad de regular adecuadamente los estados de excepción de tal manera que su impacto en las instituciones democráticas y en el goce y ejercicio de los derechos humanos y libertades fundamentales, no altere sustancialmente el funcionamiento y objetivos de dichas instituciones, ni afecte la naturaleza y el contenido esencial de los derechos fundamentales, que deben ser protegidos en una sociedad democrática. Pág. 74.

Según Sira Santana (2017):

... un mecanismo previsto en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela para la protección del orden constitucional que, frente a una circunstancia fáctica determinada que por su gravedad hace insuficiente al ordenamiento jurídico ordinario, faculta al presidente de la República para dictar los actos que sean estrictamente necesarios para lograr una respuesta oportuna que ponga fin a la crisis - o, al menos, la haga manejable -, pudiendo este mandatario incluso restringir determinadas garantías. Pág. 41.

Para Casal (1993) los estados de excepción, en sentido estricto:

En verdad, las situaciones excepcionales no son ajenas al Derecho; lo que ocurre es que, cuando ellas se presentan, la legalidad ordinaria resulta inadecuada para asegurar la sola existencia de la organización política y para establecer la normalidad, por lo que, en atención al bien común, tiene que ser reemplazada, en cuanto concierne a tales situaciones, por un derecho especial. El Derecho de Excepción: La *ratio iuris* comulga con la *ratio status*. El Derecho de Excepción, es precisamente esa legalidad extraordinaria, que emerge para reivindicar la vigencia del derecho, aun en situaciones de emergencias, y que se sostiene sobre criterios de justicia que en su esencia inspiran también a la legalidad ordinaria. El Derecho de Excepción es, además, la manifestación de que la emergencia no comporta el tránsito de un Estado de Justicia – que hoy llamamos Estado de Derecho- a un Estado de Poder, sino la adecuación del Derecho a una situación excepcional. Pág. 23.

3_ Fundamentación y Naturaleza:

Los orígenes de esta institución en la dictadura comisoraria de la República Romana según la fórmula latina *Videant consules ne quid detrimentum capiat Republica*, que a su vez tiene como precedente la tiranía electiva de los griegos. El dictador romano era un magistrado extraordinario investido de plenos poderes y de la suprema dirección del ejército, designado en caso de peligro interior o exterior, por los cónsules, previa autorización del Senado, hasta que el peligro terminara o por un máximo de seis meses.

Se tienen como antecedentes el *podestá* y el *capitano del popolo* de las ciudades italianas del Medioevo, los *commissaire* del Rey francés, la *martial law* inglesa de fines de la edad media que ampliaba los poderes de ciertas autoridades militares en tiempos de guerra, o la “*Riot Act*” de 1714 que ofrecía una protección especial a las autoridades civiles en el cumplimiento de sus funciones de represión de las alteraciones del orden público interno y que serviría de base al *Décret contre les attroupements, ou loi martiale* de la Asamblea Nacional francesa del 21-10-1789. Durante el Directorio se dictaría la “*Ley sobre la conservación y clasificación de las plazas de guerra y los puestos militares*” del 10-07-1791 (*état de siège*). Luego se tendrían las previsiones de la Constitución francesa de 1799 de suspensión de las garantías que pronto aparecerían en las constituciones europeas del siglo XIX.

La expresión “*estados de excepción*” utilizada en el Capítulo II del Título VIII de la Constitución de 1999, que apropiadamente se denomina “*De la protección de la Constitución*” es mucho más exacta técnicamente, y de más frecuente uso, hoy en día, que la de “*emergencia*” empleada en las Constituciones de 1953 y 1961; en la Constitución de 1947 se incluyó en un capítulo sobre la suspensión y restricción de garantías.

En el derecho comparado encontramos múltiples denominaciones. Además del tradicionalmente utilizado “*estado de sitio*” se usan: “*estado de urgencia*”, “*estado de alarma*”, “*estado de prevención*”, “*estado de guerra interna*”, “*estado de anormalidad*”, “*estado de asedio*”, “*estado de crisis*”, “*situaciones o circunstancias extraordinarias*”, “*suspensión de garantías*”, “*ley marcial*”, “*poderes de crisis*”, “*poderes especiales*”, “*toque de queda*”, “*estado de calamidad*”, “*estado de catástrofe*”, “*estado de emergencia ecológica*”, entre otras. Por otra parte, el alcance de las situaciones extraordinarias ha variado agregándose a las primigenias crisis de carácter político las de carácter económico y las provocadas por desastres naturales.

En Venezuela, los estados de excepción cuyos supuestos no se encuentran taxativamente definidos por la Constitución ni la legislación, se definen como “...*las circunstancias de orden social, económico, político, natural o ecológico, que afectan gravemente la seguridad de la Nación, de sus ciudadanos o de sus instituciones*”. (*artículo 337 Constitucional*).

En tal situación, resultando insuficientes, las facultades de las cuales se disponen para hacer frente a tales hechos, el Presidente de la República, en Consejo de Ministros, puede, decretando el estado de excepción, restringir temporalmente las garantías constitucionales, salvo las referidas al derecho a la vida, prohibición de incomunicación y tortura, el derecho al debido proceso, el derecho

a la información y los demás derechos humanos intangibles, entre otras prohibiciones más, que se hallan contempladas en el artículo 7 de la Ley Orgánica de Estados de Excepción, que, a su vez, remite expresamente al *Pacto de Derechos Civiles y Políticos*, y, la *Convención Americana de Derechos Humanos*.

Sin embargo, si es verdad, que, del articulado constitucional referente a los Estados de Excepción, junto con la *Ley homónima*, que para que sea procedente, la declaratoria de un Estado de Excepción, se requerirá según Sira Santana (2017):

La concurrencia de tres requisitos: *Primero*, que exista una circunstancia de orden social, económico, político, natural o ecológico; *Segundo*, que esta circunstancia afecte gravemente la seguridad de la Nación, de las instituciones o de los ciudadanos. Y *tercero*, que las facultades en el ordenamiento jurídico ordinario, resulten insuficientes para hacerles frentes". Pág. 61.

Se recoge el principio de la intangibilidad, de acuerdo al cual determinados derechos son inalienables, y en consecuencia no pueden limitarse su ejercicio por un acto ejecutivo. Como se puede observar, la Constitución vigente adiciona, a las previsiones de la Constitución de 1961, la garantía adjetiva al debido proceso y los derechos humanos, e incluso el *principio de necesidad*, el *principio de proporcionalidad y gradualidad*, así como también el *principio de temporalidad*, que constituyen sendos límites precisos a la potestad gubernativa del Presidente Ejecutivo.

Sira Santana (2018) define los anteriores principios así:

El primero significa que los Estados de Excepción surgen por circunstancias apremiantes; el segundo, que el Ejecutivo nacional no puede excederse; el tercero, que pueden irse aumentando o disminuyendo en intensidad las medidas tendentes a asegurar la estabilidad social; y el cuarto, que los Estados de Excepción poseen una duración de tiempo determinada. (Págs. 90 y ss.).

No obstante, señala Brewer-Carías que, en la lista de la Ley Orgánica de Estados de Excepción, habría que haber adherido la prohibición de incomunicación y tortura previstos expresamente en la Constitución, la garantía de no ser penado a prisión por obligaciones contractuales y *los derechos del niño consagrados en tratados internacionales suscritos por la República de Venezuela, y que tienen rango constitucional*. En todo caso, la Constitución de 1999 en esta específica área, supera largamente las imprecisiones y deficiencias de la Constitución de 1961.

Determina la Ley Orgánica de Estados de Excepción, que de conformidad con su artículo 7, y la Constitución vía artículo 337, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que no pueden restringirse las garantías ni los derechos a:

1. La vida.
2. El reconocimiento a la personalidad Jurídica.
3. La

protección de la familia. 4. La igualdad ante la ley. 5. La nacionalidad. 6. La libertad personal y la prohibición de práctica de desaparición forzada de personas. 7. La integridad personal, física, psíquica y moral. 8. No ser sometido a esclavitud o servidumbre. 9. La libertad de pensamiento, conciencia y religión. 10. La legalidad y la irretroactividad de las leyes, especialmente de las leyes penales. 11. El debido proceso. 12. El amparo constitucional. 13. La participación, el sufragio y el acceso a la función pública. 14. La información.

5_. Tipos Estados de Excepción.

Tres son los tipos o formas del estado de excepción previsto en Venezuela: estado de alarma, estado de emergencia económica y estado de conmoción interior o exterior. *Estado de alarma* cuando se produzcan catástrofes, calamidades públicas u otros acontecimientos similares que pongan seriamente en peligro la seguridad de la Nación, o de sus ciudadanos; *estado de emergencia económica* cuando se susciten circunstancias económicas extraordinarias que afecten gravemente la vida económica de la Nación; *Estado de conmoción interior o exterior* en caso de conflicto interno o externo, que ponga en peligro seriamente la seguridad de la Nación, de sus ciudadanos o de sus instituciones. (*Artículo 338 Constitucional*).

6_. Causas.

Dispone la Ley, que constituyen causas, entre otras, para declarar el estado de conmoción interior, todas aquellas circunstancias excepcionales que impliquen grandes perturbaciones del orden público interno y que signifiquen un notorio o inminente peligro para la estabilidad institucional, la convivencia ciudadana, la seguridad pública, el mantenimiento del orden libre y democrático, o cuando el funcionamiento de los Poderes Públicos esté interrumpido. Asimismo, constituyen causas, entre otras, para declarar el estado de conmoción exterior todas aquellas situaciones que impliquen una amenaza a la Nación, la integridad del territorio o la soberanía. (*Artículo 1 LOEE*).

7_. Requisitos Formales y Procedimiento.

La expresión “*estados de excepción*” utilizada en el Capítulo II del Título VIII de la Constitución de 1999, que apropiadamente se denomina “*De la protección de la Constitución*” es mucho más exacta técnicamente, y de más frecuente uso, hoy en día, que la de “*emergencia*” empleada en las Constituciones de 1953 y 1961. En la Constitución de 1947 se incluyó en un capítulo sobre la suspensión y restricción de garantías y en las anteriores lo relativo a esta materia se consideraba en el capítulo de los derechos y dentro de las atribuciones del Presidente de la república.

El Decreto que declare el Estado de Excepción deberá regular el ejercicio del derecho cuya garantía se restringe y cumplir con las exigencias, principios y garantías establecidos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Los Decretos que decretan el Estado de Excepción son actos de efectos generales de ejecución directa de la Constitución; tienen rango y fuerza de ley y están sometidos a la jurisdicción constitucional. En Venezuela, aunque la doctrina, la jurisprudencia y ahora la ley, le reconocen ese rango, se ha sostenido que tienen carácter reglamentario y no legislativo; dichas medidas tienen como base un acto de gobierno, *una ejecución directa e inmediata de la Constitución*, por lo cual las disposiciones generales dictadas constituyen una ejecución del mismo.

Así mismo, tal como lo exige la Constitución al establecer el procedimiento de formación de la ley, y el principio de proclamación (*formalidad*) derivado de las convenciones internacionales, el Decreto que declare el estado de excepción estará vigente a partir de su publicación oficial; que debe publicarse, tras cumplimentar con todo su cauce parlamentario y jurisdiccional ante la *Sala Constitucional del TSJ*.

Cabe decir, que se considera, que el artículo 22 de la ley orgánica de Estados de Excepción, es inconstitucional al establecer que el decreto “*entrará en vigencia una vez dictado por el Presidente de la República, en Consejo de Ministros*”, es decir, antes de la posterior publicación que ordena, y de los controles parlamentarios y de carácter jurisdiccional que incumbe someter al Decreto Gubernativo, conforme a la Constitución, y al procedimiento parlamentario y jurisdiccional, que indican de una manera expresa la *Ley Homónima*, en su último capítulo. El Decreto que declara el Estado de Excepción es “*un acto de gobierno*”, aun cuando sea normativo, es un acto del Presidente Ejecutivo de la República que se dicta por Decreto.

El Presidente “*decreta su decisión*” por lo cual, mal le corresponde ponerle el “*cúmplase*”, que no es otra cosa que un acto homologatorio de una providencia dictada por un órgano diferente al autor del acto. En consecuencia, el artículo 215 no le es aplicable a los actos de gobierno”.

En este sentido, los Decretos de Estado de Excepción deben someterse a dos tipos de controles: 1) El control político o parlamentario; 2) El Control jurídico o jurisdiccional. El primero de estos controles, conforme a Sira Santana (2017) es “*Aquella función indeclinable del parlamentarismo democrático que, al utilizar, un criterio de oportunidad política, produce una valoración subjetiva condicionante de la acción de gobierno al fijar las líneas de actuación que operarán como marco habilitante*”. Pág. 104-105. En igual sentido, opinan Alonso de Antonio.

Este control parlamentario, es llevado a cabo ante la Asamblea Nacional, y en su defecto por la Comisión Delegada, dentro de los ocho (08) días siguientes de haberse dictado para su consideración y aprobación.

En este orden de ideas, el artículo 26 de la Ley Homónima repite lo ya dicho por el Constituyente de 1999, pues la ley precisa que “*la aprobación del Decreto no requerirá de la mayoría absoluta de los diputados presentes en la sesión especial que se realizará sin previa convocatoria, dentro de las 48 horas de haberse hecho público el Decreto*”. (*Artículo 26 LOEE*); y que “*si por caso fortuito o fuerza mayor la Asamblea Nacional no se pronunciare dentro de los 08 días continuos siguientes a la recepción del Decreto, éste se entenderá aprobado*”. (*Artículo 27 LOEE*).

Es decir, que el legislador no sólo previó dos lapsos distintos (cuarenta y ocho días) para una misma consecuencia jurídica –*la aprobatoria o no del Decreto*- sino que estos se computarán, a su vez, a partir de momentos diferentes: la publicidad del Decreto o su recepción por parte de la Asamblea Nacional, respectivamente. Planteándose así 2 opciones temporales, conforme menciona Sira Santana, quedando aceptar la primera opción, esto es, que el Presidente Ejecutivo declara el Estado de Excepción, por lo que éste entra en vigencia según el artículo 22 de la *Ley homónima*. De seguida, inicia el lapso de ocho días para su remisión a la Asamblea Nacional, pudiendo darse 2 supuestos: **uno**, que el Presidente Ejecutivo incumpla con esta obligación –en cuyo caso, transcurridos los ocho días, el Poder Legislativo conocerá el Decreto de oficio- y **dos**, que si lo remita.

De darse esta última posibilidad, recibido el *Decreto Ejecutivo de la Asamblea Nacional* contará con ocho días para pronunciarse aprobando o no la declaratoria. Si la Asamblea incumple esta obligación por motivos de fuerza mayor o caso fortuito, el Decreto se entenderá aprobado.

En cuanto al control jurídico, pues, constitucionalmente, el Decreto gubernativo del Estado de Excepción no se encuentra sometido únicamente a un control político, sino que, también, sus disposiciones han de ser declaradas conforme a Derecho.

Todo ello, quizás, para prevenir que se implante un régimen de excepción en el que se suspendan las garantías de los administrados, y que cuente con la anuencia del Poder Legislativo, aun cuando carezca de fundamento jurídico. Pero ¿En qué consiste ese control? Una respuesta minimalista, llevaría a asegurar que a determinar la constitucionalidad –o no- del Decreto, pero se cree, que limitarse a esta aseveración es insuficiente y nada agregaría a lo que dice la Constitución. El autor Brewer-Carías (2006) considera:

Que puede pronunciarse no sólo sobre la constitucionalidad de los decretos que declaren el Estado de Excepción, sino sobre la constitucionalidad del contenido de los mismos en la Gaceta Oficial, conforme a lo dispuesto en los artículos 337 y siguientes de la Constitución, señalando, como ejemplo, el deber de verificar que el decreto contenga la necesaria regulación sobre el ejercicio del derecho cuya garantía se restringe. Pág. 229.

No obstante, se puede afirmar, incluso, ir más allá, como aseverar, que no es solo la constitucionalidad, sino la juridicidad del *Decreto Ejecutivo* ante los referidos Tratados Internacionales firmados, suscritos y ratificados por la República, pues el artículo 7 de la *Ley Homónima* remite al *Pacto de Derechos Civiles y Políticos*, así como a la *Convención Americana de Derechos Humanos*, en cuanto a los derechos y a las garantías constitucionales, que no pueden suspenderse; partiendo desde una *ley interna* que remite a la regulación internacional. Como queriendo decir, que esos tratados si forman parte del parámetro en el control jurisdiccional para cualquier Decreto de Estado de Excepción que sea dictado en Venezuela.

8_ Normas de las Constituciones venezolanas con los Estados de Excepción:

a) **Constitución de 1961. Título IX. De la Emergencia. Artículo 240.** El Presidente de la República podrá declarar el estado de emergencia en caso de conflicto interior o exterior, o cuando existan fundados motivos de que uno u otro ocurran. Artículo 241. En caso de emergencia, de conmoción que pueda perturbar la paz de la República o de graves circunstancias que afecten la vida económica o social, el Presidente de la República podrá restringir o suspender las garantías constitucionales, o algunas de ellas, con exclusión de las consagradas en el artículo 58 y en los ordinales 2° y 7° del artículo 60. Artículo 242. El Decreto que declare el estado de emergencia u ordene la restricción o suspensión de garantías será dictado en Consejo de Ministros y sometido a consideración de las Cámaras en sesión conjunta o de la Comisión Delegada, dentro de los diez días siguientes a su publicación. Artículo 243.

El Decreto de restricción o suspensión de garantías será revocado por el Ejecutivo Nacional, o por las Cámaras en sesión conjunta, al cesar las causas que lo motivaron.

b) **Constitución de 1953. Artículo 36.** En caso de emergencia nacional o internacional el Presidente de la República podrá, por decreto Dictado en Consejo de Ministros, restringir o suspender, total o parcialmente, las garantías ciudadanas en todo o parte del territorio nacional, con excepción de las enunciadas en el ordinal 1° del artículo 35 de esta Constitución y en la letra g) del ordinal 2° del mismo artículo. Artículo 37. La restricción o suspensión de garantías no afectará en ningún caso el funcionamiento del Poder Público.

Constitución de 1947. Artículo 76: En los casos de guerra civil o internacional o cuando exista peligro inminente de que una u otra ocurra, o de graves circunstancias que afecten la vida económica o social de la nación, el Presidente de la República en Consejo de Ministros, podrá restringir o suspender en todo el territorio nacional, o en parte de él, el ejercicio de las garantías constitucionales, con excepción de las consagradas en el artículo 29 y en el ordinal 9. ° del artículo 30 de esta Constitución. El decreto de restricción o suspensión de garantías expresará: 1. ° Los motivos que lo justifiquen. 2. ° La determinación de las garantías que se restrinjan o suspendan. 3. ° El territorio que afectará la restricción o suspensión.

c) **Constituciones de 1936 y 1945. Artículos 36 y 37, respectivamente.** Artículo 36. Cuando la República se hallare envuelta en guerra civil internacional o estallaré en su seno la guerra civil o exista peligro de que una u otra ocurran, de epidemia o de cualquier otra calamidad pública, o cuando por cualquier otra circunstancia lo exija la defensa, la paz o seguridad de la Nación o de sus instituciones o forma de gobierno, el Presidente de la República en Consejo de Ministros, podrá, por un Decreto, restringir o suspender, en todo o en parte del territorio nacional, el ejercicio de las garantías ciudadanas, con excepción, en todo caso, de las relativas a la inviolabilidad de la vida, la proscripción de la esclavitud y a la no condenación de penas infamantes.

d) **Constituciones de 1931, 1929, 1928 y 1925:** Artículo 36: Cuando la República se hallare envuelta en guerra civil internacional o estallaré en su seno la guerra civil o exista peligro de

que una u otra ocurran, el Presidente de la República, en Consejo de Ministros, lo declarará así y suspenderá las garantías constitucionales en todo el territorio de la Nación o en la sección que en el propio Decreto se determine; pero esta suspensión no tendrá efecto sino en tanto se restablece la paz y quedará sujeta a las restricciones siguientes: 1ª. En ningún caso se podrá privar a nadie de la vida, que será siempre inviolable; ni se podrán decretar ni aplicar castigos infamantes. 2ª. No se decretarán ni llevarán a cabo confiscaciones de bienes, salvo, únicamente, como medida de represalias en guerra internacional, contra los nacionales del país con el cual se estuviere en guerra, si éste hubiere decretado previamente la confiscación de los bienes de los venezolanos. 3ª. Podrá arrestarse, confinarse o expulsarse del territorio de la República a los individuos, nacionales o extranjeros que sean contrarios al restablecimiento o conservación de la paz; pero tales medidas cesarán al terminar las circunstancias que las hubieren motivado, salvo la expulsión de extranjeros, que podrá no revocarla el Ejecutivo Federal si no lo creyere conveniente.

- e) Constitución de 1922: Artículo 79:** Son atribuciones del Presidente de los Estados Unidos de Venezuela: Hacer uso en caso de guerra extranjera o de conmoción interior o de rebelión a mano armada contra las instituciones, previa declaración de estar trastornado el orden público, y hasta el restablecimiento de la paz, de las siguientes facultades: A) Pedir a los Estados los auxilios necesarios para la defensa nacional o de las instituciones. B) Exigir anticipadamente las contribuciones. C) Arrestar, confinar o expulsar del territorio de la República a los individuos nacionales o extranjeros que sean contrarios al restablecimiento de la paz. D) Suspender, en caso de guerra internacional, los derechos cuyo ejercicio sea incompatible con la defensa del país, excepto el de la inviolabilidad de la vida. En los casos de guerra interior podrá hacer uso de la misma atribución en todo el territorio el territorio de la República o en aquellas localidades que a su juicio fuere necesario; pero sólo en tanto se restablece la paz.
- f) Constitución de 1914. Artículo 79.** Son atribuciones del Presidente de los Estados Unidos de Venezuela: ...D) Suspender, en caso de guerra internacional, los derechos cuyo ejercicio sea incompatible con la defensa del país, excepto el de la inviolabilidad de la vida. En los casos de guerra interior podrá hacer uso de la misma atribución en todo el territorio de la República o en aquellas localidades que a su juicio fuere necesario; pero sólo en tanto se restablece la paz.
- g) Constitución de 1909. Artículo 82.** Además de las anteriores atribuciones, el Presidente de la Unión, previo el voto deliberativo del Consejo de Gobierno, ejercerá las siguientes: ...
- D) Suspender, en caso de guerra internacional, los derechos cuyo ejercicio sea incompatible con la defensa del país, excepto el de la inviolabilidad de la vida. En los casos de guerra interior podrá hacer uso de la misma atribución, pero sólo en tanto se restablece la paz.
- h) Constitución de 1904. Artículo 80.** Son atribuciones del Ejecutivo Federal: ... Hacer uso en los casos de guerra extranjera o de conmoción interior o rebelión a mano armada contra las Instituciones, previa declaración de estar trastornados el orden público y hasta el restablecimiento de la paz, de

las siguientes facultades. ...D) Suspender los derechos cuyo ejercicio sea incompatible con la defensa del país o el restablecimiento del orden, excepto el de la inviolabilidad de la vida.

i) Constitución de 1901. Artículo 89. Son atribuciones del Ejecutivo Federal: Hacer uso de la fuerza pública y de las facultades expresadas en los números 1°, 2°, 5° y 7° del inciso anterior y en la forma en él indicada, con el objeto de restablecer el orden constitucional, en los casos de sublevación a mano armada contra los Poderes Públicos e Instituciones políticas que se ha dado la Nación. Disponer de la fuerza pública en el caso de ser ineficaz la interposición de sus buenos oficios, para poner término a la colisión armada entre dos o más Estados, y exigirles que depongan las armas y sometan sus controversias a los Jueces que deban conocer de ellas, según lo dispuesto en el número 26 del artículo 6 de esta Constitución.

j) Constitución de 1893. Artículo 77. Además de las atribuciones anteriores, que son privativas del Presidente de los Estados Unidos de Venezuela, éste, con el voto consultivo del Consejo de Gobierno, ejercerá también las siguientes: En los casos de guerra extranjera podrá: ...4. ° Suspender los derechos cuyo ejercicio sea incompatible con la defensa de la República, excepto el de la vida. **Artículo 78.** Además de las anteriores atribuciones, el Presidente de la República, previo el voto deliberativo del Consejo de Gobierno, podrá ejercer las siguientes: Hacer uso de la fuerza pública y de las facultades expresadas en los números 1°, 2° y 5° de la atribución 9° del artículo anterior, con el objeto de restablecer el orden constitucional, en los casos de sublevación armada contra las instituciones que se ha dado la República.

k) Constituciones de 1881 y 1891. Artículo 66. Fuera de las anteriores atribuciones que son privativas al Presidente de los Estados Unidos de Venezuela, éste, con el voto deliberativo del Consejo Federal, ejercerá las siguientes: ... En los casos de guerra extranjera podrá: ..., suspender las garantías que sean incompatibles con la defensa de la República, excepto la de la vida...

Hacer uso de la fuerza pública y de las facultades contenidas en los números 1°, 2° y 5° de la atribución precedente, con el objeto de restablecer el orden constitucional en el caso de sublevación a mano armada contra las instituciones que se ha dado la Nación.

l) Constituciones de 1864 y 1874. Artículo 72. El Presidente de la Unión tiene las siguientes atribuciones: En los casos de guerra extranjera: Suspender las garantías que sean incompatibles con la defensa del país, excepto la de la vida... . Hacer uso de la fuerza pública y de las facultades contenidas en los números 1°, 2° y 5° de la atribución precedente, con el objeto de restablecer el orden constitucional, en el caso de sublevación a mano armada contra las instituciones políticas que se ha dado la Nación.

m) Constitución de 1858. Artículos 95. En los casos de conmoción interior a mano armada que amenace la seguridad de la República o de invasión exterior repentina, el Presidente podrá solicitar del Congreso que lo autorice para ejercer todas o algunas de las facultades siguientes: 1° Llamar al servicio aquella parte de la milicia nacional que el mismo Congreso juzgue necesaria, Exigir anticipadamente las contribuciones o negociar empréstitos por las sumas suficientes, si no

pueden cubrirse los gastos con las rentas ordinarias. Establecer el requisito de transitar por el territorio de la República o salir de él con pasaporte. Conceder indultos generales y particulares a los comprometidos por delitos políticos.

n) Constitución de 1857. Artículo 54. En los casos en que, con fundamento, se tema conmoción interior o que la paz pública sea amenazada del exterior el Poder Ejecutivo acudirá al Congreso si estuviere reunido o, en su receso, al Consejo de Gobierno para que, considerando la urgencia, le conceda las facultades extraordinarias que juzgue convenientes de las comprendidas en los números siguientes: 1.^a Llamar al servicio aquella parte de la milicia nacional que se considere necesaria. 2.^a Exigir anticipadamente las contribuciones y contratar empréstitos hasta las sumas que se fije en la misma autorización. 3.^a Librar órdenes por escrito de comparecencia o arresto, debiendo poner los arrestados a disposición del juez competente, dentro de los tres días para ser juzgados o en libertad si no resultare suficiente fundamento para el juicio. 4.^a Conceder indultos generales o particulares.

o) Constitución de 1830. Artículo 118. En los casos de conmoción interior a mano armada que amenace la seguridad de la República o de la invasión exterior repentina, el Presidente del Estado ocurrirá al Congreso si está reunido para que lo autorice o, en su receso, al Consejo de Gobierno para que, considerando la exigencia, según el informe del Ejecutivo, le acuerde las facultades siguientes: 1.^a Para llamar al servicio aquella parte de la milicia nacional que el Congreso o el Consejo de Gobierno considere necesaria. 2.^a Para exigir anticipadamente las contribuciones que uno u otro cuerpo juzgue adecuadas o para negociar por vía de empréstito las sumas suficientes, siempre que no puedan cubrirse los gastos con las rentas ordinarias. 3.^a Para que, siendo informado de que se trama contra la tranquilidad o seguridad interior o exterior del Estado, pueda expedir ordenes por escrito de comparecencia o arresto contra los indiciados de este crimen, interrogarlos o hacerlos interrogar, debiendo poner los arrestados dentro de los tres días a disposición del juez competente, a quien pasará el sumario informativo que dio lugar al arresto, siendo esta última autorización temporal. 4.^a Para conceder amnistías o indultos generales o particulares.

p) Constitución de 1821. Título V. Sección segunda. De las funciones deberes y prerrogativas del Presidente de la República. Artículo 128: En los casos de conmoción interior a mano armada que amenace la seguridad de la República y en los de una invasión exterior y repentina, puede, con previo acuerdo y consentimiento del Congreso, dictar todas aquellas medidas extraordinarias que sean indispensables y que no estén comprendidas en la esfera natural de sus atribuciones. Si el Congreso no estuviere reunido tendrá la misma facultad por sí solo; pero lo convocará sin la menor demora para proceder conforme a sus acuerdos. Esta extraordinaria autorización será limitada únicamente a los lugares y tiempos indispensables necesarios.

q) Constitución de 1819. Título VII. Sección Tercera. Funciones del Presidente. Artículo 20. En caso de conmoción interior a mano armada que amenace la seguridad del Estado puede suspender el imperio de la Constitución en los lugares conmovidos o insurrectos por un tiempo determinado

si el Congreso estuviere en receso. Las mismas facultades de le conceden en los casos de una invasión exterior y repentina, en los cuales podrá también hacer la guerra, pero ambos decretos contendrán un artículo convocando al Congreso para que confirme o revoque la suspensión.

r) Constitución de 1811. Se refiere muy someramente a los poderes especiales en los artículos 71, 100, 104, 177 y 185.

CONCLUSIÓN

El estado de excepción configura una situación anormal e imprevista que es necesario e indispensable regular para enfrentarlas sin desnaturalizar el estado de derecho, por el contrario, se trata de mantener su vigencia plena. Por ello, ante una situación extraordinaria, previamente determinada, se flexibiliza el principio de separación de los poderes, se amplían los poderes del gobierno, es decir, del Poder Ejecutivo para superar la situación anormal y garantizar y sólo para ello, la permanencia del estado de derecho, la estabilidad de las instituciones y la protección de los derechos ciudadanos. Para alcanzarlo, y siempre sujeto al control político del Poder Legislativo, jurisdiccional del Poder Judicial, internacional de las organizaciones mundiales y regionales, y pudiéramos agregar de la comunidad organizada mediante los mecanismos de consulta previstos propios de una democracia participativa; el Poder Ejecutivo incrementa sus facultades, temporalmente, limitando el ejercicio de derechos ciudadanos por un tiempo previamente determinado.

Esta ampliación de facultades, frente a una situación imprevisible, debe ser regulada de tal manera que no derive en arbitrariedad y permita, a la brevedad posible, retornar a la normalidad. El Estado seguirá funcionando y sus funcionarios continuarán siendo plenamente responsables de sus actuaciones. Como señala **Rondón de Sansó**, el estado de excepción “*es la regulación de la anormalidad durante la normalidad*”.

Se ha dicho que la declaratoria de los estados de excepción se corresponde con un estado de necesidad, con la legítima defensa del estado de derecho. Una situación anormal, dónde los mecanismos ordinarios de que se disponen no son suficientes para garantizar la permanencia del estado de derecho, ni una acción cónsona con la naturaleza de los acontecimientos imprevistos.

Es necesario actuar de inmediato y para ello se incrementa las facultades del Poder Ejecutivo, pero creando los mecanismos de control necesarios que impidan la arbitrariedad y la permanencia innecesaria de una situación por naturaleza transitoria. Hay un conflicto entre el orden y el derecho en el corto plazo dónde, por tiempo breve y determinado, se limita el ejercicio de algunos derechos en beneficio del mantenimiento del orden jurídico que resuelta la situación transitoria permitirá permanentemente la protección de los derechos fundamentales.

Actualmente Venezuela, cónsona con el Estado moderno, se justifica la existencia de los estados de excepción en el deber estatal de cumplir en todo momento con la obligación principal de proteger y garantizar los derechos fundamentales de la persona humana. Ya no se trata, como se llegó a considerar en el pasado, una atribución absolutamente discrecional de los gobiernos, manifestación de la soberanía del Estado. Atrás han quedado las tesis sobre la excepción

poder del soberano para tomar decisiones en función de sus deseos políticos, en lugar de supeditado al derecho normativo.

En las constituciones contemporáneas, particularmente, después de las experiencias totalitarias que desembocaron en la segunda guerra mundial, la ideología de los derechos humanos ha ido adquiriendo relevancia tanto en el derecho internacional como en el derecho interno regulando y limitando los poderes extraordinarios estatales.

En la actualidad, conforme a Carrillo (2023) puede verse que:

Muy a pesar de que no es sencillo, por la propia lógica que ha venido construyendo las salas como doctrina, no verse arrastrado sin que esto no disminuya nuestra conexión con el derecho mundial como ciencia. Toca dejar los testimonios de las denuncias de estos excesos y sistematizar el estudio de estas para conseguir los antídotos, las soluciones concretas y técnicas que debemos dar al país en nombre del gremio. Parece indefectible que, aún tendrán que pasar muchas cosas donde nos veremos probados como juristas y deberemos seguir firmes en nuestra diezmada academia, en cosas tan básicas y trascendentales como vivir honestamente, no dañar a otros, y dar a cada quien lo que le corresponde. Pág. 10.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

- Alonso de Antonio, J.-Alonso de Antonio, A.L. (2000) "Derecho Parlamentario". Bosch. Madrid, España.
- Badell, R. (2016) "Régimen Jurídico de los Estados de Excepción en Venezuela". Disponible: www.badellgrau.com/?pag=37&ct=1096
- Brewer Carías, A. (1989) "Comentarios al Régimen Constitucional y Legal de los Estados de Excepción. 1989". Disponible: <http://www.allanbrewercarias.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea8/Content/II,%204,%20441.%20COMENTARIOS%20AL%20REGIMEN%20CONSTITUCIONAL%20Y%20LEGAL%20DE%20LOS%20DECRETOS%20DE%20EXCEPCION.pdf>
- Brewer-Carías, A. R. (2006) Régimen y Alcance de la Actuación jurídica de Oficio en Materia de Justicia Constitucional en Venezuela En "Revista de Estudios Constitucionales, Vol. 4, N° 2". Universidad de Talca. Talca, Perú.
- Camargo, P. P. (2008) "Los Estados de Excepción". Leyer. Bogotá, Colombia.
- Casal, J. M. (1993) "Dictadura Constitucional y Libertades Públicas". Cuadernos de la Cátedra de Allan Randolph Brewer-Carías de Derecho Administrativo. N° 5. UCAB. Caracas D.F., Venezuela.
- Despouy, L. (1999) "Los Derechos Humanos y los Estados de Excepción". UNAM. México D.F., México.

- Echeverri, S. (2014) Los Estados de Excepción en Colombia, un Estudio de Caso En “Revista CES Derecho, Vol. 5, N° 1”. Universidad CES. Medellín, Colombia.
- Fernández, F. (1978) El Estado de Excepción en el Derecho Constitucional Español En “Revista de Documentación Administrativa N° 179”. Secretaría General Técnica de la Presidencia del Gobierno. Madrid, España.
- Ferrerol, R. (1998) “Ciencia Política, Teoría del Estado y Derecho Constitucional”. Editora Jurídica Grijley. Lima, Perú.
- Goig, J.M. (2014) Defensa Política de la Constitución. Emergencia, Excepcionalidad y Democracia En “Revista Cuestiones Jurídicas, Vol. 8, N° 2”. Universidad Rafael Urdaneta (URU). Maracaibo, Zulia, Venezuela.
- Academia de Ciencias Políticas y Sociales (1997) “Las Constituciones de Venezuela”. Caracas D.F., Venezuela.
- Meléndez, F. (1997) “Los Derechos Fundamentales en los Estados de Excepción según el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”. Madrid, España: Universidad Complutense.
- Notas Sobre el Ámbito y Requisitos del Estado de Excepción (2012) UCV. Caracas. Venezuela. Disponible: <http://redav.com.ve/wp-content/uploads/2015/09/CGS-%C3%81mbito-y-requisitos-del-Estado-de-excepci%C3%B3n.pdf>
- Questiaux, N. (1982) Documento del Comité Económico y Social de las Naciones Unidas identificado bajo el N° ONU E/CN.4/Sub2/1982/15.
- Rey, J. C. (1987) El Derecho de Excepción y el Régimen Jurídico de la Seguridad y Defensa en Venezuela En “Estados de Emergencia en la Región Andina”. Comisión Andina de Juristas. Lima, Perú.
- Rondón de Sansó, H. (1992) “Los Estados de Excepción en el Derecho Venezolano”, en Libro de La Amistad. Editorial EX Libris. Caracas D.F, Venezuela. p. 227.
- Sira, G. (2017) “El Estado de Excepción en la Constitución de 1999”. CIDEP/Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, Venezuela.
- Sira, G. (2017) “El Estado de Excepción Fronterizo y la Gaceta Oficial”. Recopilación de los actos publicados en la Gaceta Oficial que guardan relación con los ocho estados de excepción decretados en la frontera colombo-venezolana durante el año 2015. Centro para la Integración y el Derecho Público. Caracas, 2017, disponible: <http://cidep.com.ve/files/libros/GSS.%20El%20estado%20de%20excepcion%20fronteriz%20y%20la%20gaceta%20oficial.pdf>.
- Silva, A. (2018) “Recensión del libro El Estado de Excepción a Partir de la Constitución de 1999, de Gabriel Sira Santana. RVLJ, N° 11”. Pág. 459-467.
- Torrealba, J. (2010) “Los Estados de Excepción en Venezuela”. Ediciones Paredes. Caracas, Venezuela.

Addendum Jurisprudencial

¿Allanamiento del Velo Societario o Grupo de Empresas?

Caso de estudio: Sentencia de la Sala Constitucional Número 903

de fecha 14 de mayo de 2004, caso Transporte SAET S.A.

Luis Alberto Martínez Chacón¹

Fecha de Recepción: 10 de julio 2023 Fecha de Aceptación: 15 de septiembre de 2023

En el foro jurídico, no pocas veces al analizar esta sentencia, o bien, al tratar el tema de los grupos de empresas, o, el del allanamiento del velo corporativo, se terminan al menos mencionando estos dos últimos conceptos y la sentencia *in comento*, relacionando siempre estos tres, de manera que usualmente se cita la sentencia como un ejemplo jurisprudencial de la aplicación de ambos conceptos, y en dicha argumentación suele incluso equipararse la teoría del levantamiento del velo corporativo a la de grupo de empresas, hasta usarse indiscriminadamente los términos, como si se trataran sinónimos de una misma institución².

En la opinión de quien escribe, esto supone un error pues, se trata de instituciones diferentes, que responden a materias específicas, diferenciadas, que responden a objetivos y principios muy distintos y que para colmo tienen efectos diferenciados. Hecho este planteamiento, ¿es el caso Transporte SAET S.A. un ejemplo de la aplicación de grupos de empresas o de allanamiento del velo corporativo?, es la cuestión que se pretende responder con esta investigación, partiendo del análisis de ambos conceptos en contraste con los motivos que influyen directamente en el dispositivo de fallo bajo estudio.

I.- El Grupo de Empresas

Son diversas las definiciones que se han dado de grupo de empresas. La Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia la define como:

Existe un grupo de empresas cuando estas se encontraren a una administración o control común y constituyan una unidad económica de carácter permanente, con independencia de las diversas personas naturales o jurídicas que tuvieran a su cargo, la explotación de las mismas...

Aunque en el régimen actual laboral, se corresponde casi idénticamente con la definición supra transcrita, dicha sentencia es anterior al régimen laboral vigente, lo que supone que aun

¹ Abogado Cum Laude. Universidad de Los Andes – Venezuela (2018). Técnico Superior Universitario en Administración de Empresas IUTCM (2014). Cursante de la Especialización de Derecho Mercantil (ULA). E-mail: Albertomchacon96@gmail.com Investigador del Grupo de Investigación Robert Von Möhl (GIROVOM).

² Vid. Peña, M. (2006) “Grupo De Empresas en Venezuela. Visión Doctrinaria y Análisis de la Normativa Jurídica Reguladora”. En el Capítulo IV de este trabajo se trata al grupo de empresas como equivalente al levantamiento del velo corporativo, sin hacer ninguna distinción sobre estas instituciones y se vincula al Caso Transporte SAET S.A.

antes de la entrada en vigencia de la LOTTT, se podía observar la tendencia transformadora del derecho laboral venezolano, ello, en opinión de quien escribe, por el cambio político y jurídico que supone el la formación de una nueva constitución¹.

No obstante, otras sentencias más antiguas en el ámbito laboral, ya habían asomado estas características asociadas a la responsabilidad solidaria de varios sujetos frente a los derechos adquiridos por los trabajadores, tal es el caso de la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, popularmente denominada “ el Caso CADAPE” en la cual la sala explicó:

El desarrollo de los negocios ha llevado a la existencia de personas (naturales o jurídicas), que dirigen una serie de actividades económicas, o que adelanta una sola mediante diversas compañías o empresas, formalmente distintas a la principal, pero unidas a ella, no solo por lazos económicos, sino de dirección, ya que las políticas económicas y gerenciales se las dicta el principal, quien a veces nombra los administradores de estas sociedades o empresas, debido a que tiene en las compañías -por ejemplo- una mayoría accionaria o de otra índole, que le permite nombrarlos.

Así, puede resumirse que, los elementos del grupo de empresa son:

- 1) Pluralidad de sujetos pluripersonales o entes colectivos.
- 2) Actividad económica común entre los sujetos.
- 3) Influencia en la toma de decisiones de unos miembros del grupo. sobre otros.
- 4) Identidad de quienes ejercen la administración entre los diversos miembros del grupo.

Ahora bien, la consecuencia jurídica de establecer que existe un grupo de empresas en el ámbito laboral, ha sido la misma en todas las sentencias antes referidas, incluso en “*el caso SAET*”, y no es otra que la de establecer un régimen de solidaridad entre los miembros del grupo frente a las obligaciones laborales, que no se incluyó en la ley sustantiva laboral vigente para el año 2004 pero si está previsto en el artículo 46 de la LOTTT vigente. Es importante destacar que la obligación solidaria implica reconocer personalidad jurídica a una pluralidad de sujetos, solo que el pago total de la obligación puede ser requerido a los codeudores.

II.- Allanamiento del Velo Societario

Antes de discutir el levantamiento del velo societario, es importante entender que se entiende por velo societario. De esta manera, la Extinta Corte Suprema de Justicia, en sentencia de fecha 28 de marzo de 1985, citada por Castillo (2007) dispuso:

La personalidad jurídica de las sociedades significa, en líneas generales, hacer referencia a su condición de sujeto de derecho; es decir, capaces de asumir obligaciones; de adquirir derechos; y de poseer un patrimonio

¹ Vid. La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, G. O. 5.908 del 19 de febrero de 2009, artículo 94 que, en contexto distinto, adelanta régimen de solidaridad de obligaciones laborales para diversos patronos

propio y autónomo distinto del patrimonio de los sujetos que la integran. Al hablar de patrimonio propio separado del patrimonio de los socios se quiere poner de manifiesto que el patrimonio social no puede ser afectado por los acreedores particulares de los socios individuales y que los acreedores sociales no pueden actuar, al menos directamente, sobre el patrimonio de los socios individuales con ocasión de obligaciones asumidas por la sociedad. Pág. 46.

Lo que se resume en que la responsabilidad patrimonial de la sociedad está separada de la de los socios, y en tanto se mantenga el velo societario, será el patrimonio social el afectado por las obligaciones de la sociedad y no el de los socios; en contrario, si se levanta o allana el velo societario, las obligaciones contraídas por la sociedad afectarían el patrimonio individual de los socios. Para el autor supra citado el allanamiento del velo societario:

Se trata de un instituto de elaboración doctrinaria y jurisprudencial predestinado a reprimir el uso indebido de la estructura formal de la personería jurídica mediante la imputación a sus integrantes culpables de los perjuicios que el resultado disvalioso de sus actos generan en contra de terceros con quienes esta se relaciona. Pág. 52.

Por uso indebido de la estructura formal de la personería jurídica debe entenderse el uso de la misma para defraudar la ley o su empleo abusivo. De esta manera pueden sintetizarse sus características:

- 1) Siempre se trata de un ente colectivo individualmente considerado (agrega este autor una sociedad mercantil de base capital).
- 2) Uso de personalidad jurídica con abuso de derecho o en fraude a la ley.
- 3) El perjuicio a terceros (o socios).
- 4) Acto ilícito imputable a los socios.
- 5) Desconocimiento de la personalidad jurídica para el caso concreto.

Ello trae como consecuencia jurídica la afectación del patrimonio de la sociedad y de los socios para cubrir la responsabilidad patrimonial que haya adquirido la primera cuando el patrimonio de esta no sea solvente. Es importante recordar que la afectación patrimonial de los socios solo se justificaría en caso de insolvencia total o parcial de la Sociedad de que se trate.

III. El Caso Transporte SAET S.A

En el último capítulo de la motiva de la sentencia analizada la sala establece su conclusión, abandonando ya las consideraciones generales y el lenguaje abstracto, para referirse a lo que concretamente, según las circunstancias específicas del caso motivaron su decisión, en los términos siguientes:

Addendum Jurisprudencial ¿Allanamiento del Velo Societario o Grupo de Empresas? Caso de estudio: Sentencia de la Sala Constitucional Número 903 de fecha 14 de mayo de 2004, caso Transporte SAET S.A.

En el caso de autos, la Sala observa que de los folios 17 y 35 del expediente, se evidencia que la Presidenta de TRANSPORTE SAET, S.A. y de TRANSPORTE SAET LA GUAIRA, C.A., es la misma persona (omissis), y que en los estatutos de TRANSPORTE SAET LA GUAIRA, C.A. se declara que su principal accionista es TRANSPORTE SAET, S.A. (folios 37 y 38), lo que demuestra que entre ambas sociedades, con la denominación común «TRANSPORTE SAET», existe unidad de gestión y unidad económica, por lo que se está ante un grupo, que debe responder como tal a los trabajadores del mismo, así los servicios se presten a una de las sociedades que lo conforman.

Siendo ello así, al condenarse al pago de una obligación laboral indivisible a la empresa controlante ... (omissis)

Así, en la conclusión no aparecen las características de la teoría del allanamiento del velo Corporativo; en cambio sí, todos los elementos de la teoría del grupo de empresas¹; por lo que resulta forzoso concluir que la sentencia bajo estudio aplicó el grupo de empresas y no la teoría del levantamiento del velo corporativo, y aun cuando la menciona con un lenguaje general y abstracto en su motiva, la realidad es que concretamente en su conclusión no la aplica.

En el **Capítulo VI** de la sentencia analizada se expresa que la existencia del grupo debe ser probada mediante documentos, tales como actas y estatutos, lo que en la conclusión se expresó al referirse que en los folios del **17** al **35**, reposan los estatutos de Transporte **SAET LA GUAIRA C.A.** de los que verifico accionistas y administradores que las relacionan.

ANEXOS

Cuadro Anexo N° 1

En morado las categorías, en azul los aspectos comunes y en rojo los no comunes

1 Vid. Cuadro anexo N° 1

Categorías	Grupo de Empresas	Caso Transporte Saet S. A.	Allanamiento del Velo Societario
Sujeto Pasivo	Pluralidad de sujetos	Transporte SAET S. A Trasporte SAET LA GUAIRA C.A.	Sociedad Mercantil Particular
Supuesto de Hecho	Actividad Económica Común	existe unidad de gestión y unidad económica	Fraude o abuso de derecho
Supuesto de Hecho	Influencia en la Toma de Decisiones	en los estatutos de TRANSPORTE SAET LA GUAIRA, C.A. se declara que su principal accionista es TRANSPORTE SAET, S.A	Daño a terceros o socios
Supuesto de Hecho	Identidad de los Administradores	se evidencia que la Presidenta de TRANSPORTE SAET, S.A. y de TRANSPORTE SAET LA GUAIRA, C.A., es la misma persona	Acto ilícito imputable a los socios
	Solidaridad entre los miembros del grupo	se está ante un grupo, que debe responder como tal...(omisis)... al condenarse al pago de una obligación laboral indivisible	

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Gaceta Oficial Extraordinaria 5.908. 19 de febrero de 2009. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Asamblea Nacional.

Gaceta Oficial Extraordinaria 6.076. 07 de mayo de 2012. Decreto con Rango Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras. Presidencia de la República.

Castillo, A. (2007). "El Levantamiento del Velo Corporativo". Universidad de Los Andes. Págs. 297 Mérida, Venezuela

Peña, M. (2006) "Grupo De Empresas en Venezuela. Visión Doctrinaria y Análisis de la Normativa Jurídica Reguladora" Trabajo Especial de Grado para el título de Especialista en Derecho Corporativo. Universidad Metropolitana de Caracas. Págs. 68. Caracas, Venezuela. Disponible en : https://www.academia.edu/26073121/Grupo_de_empresas_en_Venezuela_Visi%C3%B3n_doctrinaria_y_an%C3%A1lisis_del_marco_jur%C3%ADdico_regulador.

Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia número 558 de fecha 18 de abril de 2001, expediente número 00-2385, Magistrado Jesús Eduardo Cabrera Romero.

Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. Sentencia número 903 de fecha 14 de mayo de 2004, expediente número 03-0796, Magistrado Jesús Eduardo Cabrera Romero.

Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Sentencia número 110 de fecha 11 de marzo de 2005, expediente número 04-0802, Magistrado Ponente Juan Rafael Perdomo.



Obra Colectiva (2022) “Curso de Derechos Humanos”

Ana María Ibarra Olguín (Coordinadora) Centro de Estudios Constitucionales SCJN.

México D.F.

Por: **Jean-Denis Rosales Gutiérrez**¹

Fecha de Recepción: 01 de julio de 2023

Fecha de Aceptación: 10 de octubre de 2023

Durante casi cuatro años, el Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (CEC-SCJN) ha detonado discusiones académicas en temas que inciden directamente en la vida de las personas, pero que frecuentemente han sido olvidados en la literatura jurídica mexicana. Me refiero a aquellas materias que se ocupan del derecho cotidiano, de la interacción de las personas con las normas. Por ejemplo, la vida familiar y sus reflejos en áreas más específicas como el interés superior de los niños y niñas, gestación por subrogación, restitución internacional de la infancia; así como los debates sobre la desigualdad, pobreza, diversidad sexual y los diferentes feminismos, entre muchas otras. Estos acercamientos al derecho que impactan directamente a los justiciables han sido publicados en más de cincuenta obras.

A la par, el CEC-SCJN ha desarrollado un modelo de formación de líneas jurisprudenciales, analizando en cuarenta cuadernos de jurisprudencia todos los criterios de la Suprema Corte de la novena, décima y, recientemente, la undécima épocas en materia de derechos humanos y otras instituciones jurídicas que han sido revolucionadas por la Suprema Corte, como el derecho de familia, el derecho de daños y el uso de evidencia científica. Así, pueden encontrarse las sentencias de la Corte de forma sistemática y concatenada, de modo que puede contarse la historia de los derechos. El contenido y alcance que, sentencia a sentencia, la Corte ha dotado a los derechos humanos. Estas publicaciones se encuentran, además, redactadas de forma sencilla y accesible, y se presentan de forma gráfica. El trabajo ha sido monumental, se han estudiado más de sesenta mil sentencias y articulado más de 800 líneas jurisprudenciales.

Esta obra es la culminación de ese esfuerzo. En este libro se estudian aquellos derechos fundamentales cuya doctrina constitucional es más robusta. A diferencia de los cuadernos de jurisprudencia que son meramente descriptivos, se hace un estudio dogmático y teórico de cada derecho, que se interrelaciona con los criterios de la Suprema Corte de México y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. A su vez, se da cuenta de las sentencias paradigmáticas del derecho comparado que resultan iluminadoras para comprender el contenido del derecho en cuestión. También, en los capítulos que integran la obra se presentan los debates recientes acerca de la garantía y las diferentes metodologías de adjudicación de los derechos humanos. Con

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 (ENAHPI-IUT). Especialista en Derecho Administrativo (UCV). Profesor en la Especialización de Derecho Administrativo y Derecho Tributario (ULA). 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>.

esto, se pretende informar al lector de las dificultades de aplicación los derechos en los casos en concreto. Finalmente, los estudios concluyen con una batería de preguntas para motivar discusiones posteriores y propiciar el acercamiento a la doctrina especializada. Así, quien estudia los derechos humanos encontrará en esta obra una especie de construcción dogmática de los derechos a la luz del derecho jurisprudencial.

El libro tiene como objetivo servir para un Curso de Derechos Humanos, de ahí su título. En nuestro país, no se cuenta con un solo material pedagógico para la enseñanza de esta materia. Los textos recurridos son obras de hace años que no recogen los últimos desarrollos jurisprudenciales, ni dan cuenta de los debates recientes sobre la adjudicación de los derechos. El profesor tiene que buscar derecho a derecho, textos de otras latitudes y estar informado de la doctrina de nuestras cortes, mexicana e interamericana. Este libro compila esa información y la presenta de forma sistemática y crítica. Además, el desarrollo y complejidades de cada derecho humano demanda especialización, de modo que difícilmente puede haber expertos en varios derechos a la vez. El derecho a un medio ambiente sano y los derechos de la diversidad sexual requieren de enfoques muy diversos y han tenido recorridos disímiles. Por ejemplo, cada capítulo de este libro fue escrito por un estudioso o estudiosa del derecho en cuestión. Expertos y expertas que han participado en la defensa o en la adjudicación de estos derechos y que también están al día de sus contenidos teóricos.

Antes de presentar cada uno de los capítulos que integran la obra, es necesario explicar más detalladamente las razones detrás de la estructura y metodología del libro: ¿por qué es necesario cruzar los estudios teóricos de los derechos con criterios jurisprudenciales?; ¿por qué es relevante integrar en la comprensión de los derechos al derecho internacional de los derechos humanos?; ¿por qué se estudian derechos de ciertos grupos y no sólo los derechos individuales?; ¿por qué es necesario referir los problemas de adjudicación de los derechos? Me referiré brevemente a cada una de estas cuestiones.

Apuntes Preliminares al Curso de Derechos Humanos

El carácter jurisprudencial de los derechos humanos. Cuando la Constitución establece que tenemos derechos humanos, como la libertad de expresión, la educación, la vivienda, o el derecho contra la discriminación, nos dice todo y a la vez nada. Los derechos humanos, en tanto se conciben como principios jurídicos, no le indican al juez el curso de acción específico en un conflicto entre intereses opuestos. El lenguaje de los derechos humanos no brinda respuestas absolutas para la resolución de problemas normativos. Son precisamente los jueces quienes van definiendo los contornos de cada derecho y con ello, las pautas de aplicación acordes al caso. Es decir, los derechos se construyen a golpe de sentencias.

Así, caso por caso, los jueces “van urdiendo gradualmente la trama, el sentido y alcance

de cada uno de los derechos establecidos en la Constitución”. Con la resolución de problemas específicos, se van dando respuestas a los distintos escenarios y conflictos constitucionales que se puedan suscitar, incluso, en el futuro. Por ejemplo, una primera determinación fue que las parejas homosexuales tuvieran la posibilidad de celebrar el matrimonio de acuerdo con el derecho contra la discriminación; ello fue una pauta clave para que, en un caso posterior, se determinara que, además, tales grupos tienen el derecho a recibir alimentos en caso de una separación, y más tarde a adoptar a un niño o niña. Cada uno de estos casos agrega un ingrediente más al contenido del derecho, y cada sentencia determina la respuesta que ensaya su alcance. De ahí que Dworkin concibiera a esta construcción como una novela en serie, donde cada sentencia nos presenta un capítulo, pero no puede comprenderse el contenido completo del derecho sin ver esa concatenación de casos.

Los Cuadernos de jurisprudencia del CEC-SCJN advierten esta cadena de casos. Constatan que, más que presentarse de forma lineal con determinaciones siempre en un sólo sentido, las sentencias se entrelazan a modo de constelaciones. En ocasiones, en estos procesos, hay una sentencia paradigmática que ilumina el universo de sentencias; se trata de sentencias hito que resuelven cuestiones constitucionales de gran trascendencia o inauguran un estudio inédito del derecho. A su lado, muy cerca, puede encontrarse otra decisión judicial que agrega un elemento más, detrás otra sentencia que posiblemente fue un tímido antecedente para la resolución de la cuestión.

Además, como señala la doctora Magaloni, este derecho está en movimiento. Es un derecho dinámico que se encuentra en constante tensión entre las fuerzas del pasado, presente y futuro. Con el pasado, porque en las decisiones judiciales deben tener adherencia con las decisiones que se dieron por los jueces previos. Con el presente, porque la resolución debe otorgar una respuesta satisfactoria a las partes, y con el futuro, porque la respuesta que se dé al caso debe servir de parámetro normativo para la resolución de próximos casos.

De modo que, no pueden comprenderse el contenido y el alcance de los derechos sin mirar el derecho jurisprudencial. Más aún, con la reciente reforma constitucional en materia de justicia federal, es plausible construir líneas jurisprudenciales con la fuerza vinculante suficiente en aras de generar un verdadero impacto en la sociedad, en favor de los derechos de todas las personas que se encuentren en situaciones similares. Por ello, en los capítulos que se presentan aquí se alude a esas sentencias paradigmáticas, útiles para comprender los fundamentos de los derechos y, en la medida de lo posible, se va dando cuenta de ese entramado de sentencias nacionales e internacionales que va delineando el contorno de cada derecho.

Las metodologías de adjudicación de los derechos humanos. Como ya se sostuvo, es un lugar común decir que los derechos no son absolutos. Su protección o garantía no se da en términos de todo o nada, en los que los derechos avasallen cualquier otro interés opuesto. Más aún, frecuentemente los derechos compiten entre sí. Al proteger la libertad de expresión se adelgaza el derecho al honor de los servidores públicos, y al privilegiarse la salud de los individuos

puede entrarse en conflicto con su libre desarrollo de la personalidad. Por mencionar sólo algunos ejemplos. Es pues un ejercicio hermenéutico el que permite definir las respuestas más adecuadas a tales interrogantes constitucionales.

La reforma judicial entró en vigor el 12 de marzo de 2021. Al tiempo de privilegiar el carácter expansivo de los derechos, asumiendo un principio básico de la libertad consistente en que sólo se pueden limitar bajo suficientes e importantes razones, es que se han ideado diversas metodologías para desahogar las colisiones entre los derechos o entre los derechos y los fines del Estado. De ahí que, en atención a la relevancia que tiene para la resolución de problemas constitucionales, en este libro se presenta un capítulo específico sobre el test de proporcionalidad, y en cada estudio de los derechos que conforman la obra se reflexiona sobre las dificultades de su adjudicación. En el apartado sobre el derecho contra la discriminación se desarrolla el test de igualdad, así como las complejidades probatorias de cada nivel de análisis.

De forma destacada, en el capítulo sobre derechos sociales, y en cada derecho de esta naturaleza, se aluden a los problemas de adjudicación. Desde las dificultades de mostrar la legitimación de los demandantes, las diversidades con los juicios de adjudicación de los derechos de libertad, hasta las distintas fórmulas de reparación a la violación de estos derechos. Estas metodologías y descripciones de los problemas de adjudicación, vinculadas a la mayoría de los derechos humanos, ayudan a comprender su contenido dogmático desde una óptica práctica y cercana a los derechos en acción.

La internacionalización de los derechos humanos. Si bien la Corte mexicana ya incorporaba los derechos humanos de fuente internacional en sus precedentes, la reforma constitucional de 2011 estableció de forma contundente su nivel jerárquico y fundamental. En efecto, el nuevo artículo 1 de la Constitución señala que *"todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte"*.

La resolución de la Contradicción de Tesis 293/2011 permitió que este precepto no se quedara en mera retórica, al precisarse que forman parte del parámetro de regularidad constitucional todas las normas de derechos humanos contenidas en los tratados internacionales en los que México es parte, así como la interpretación que de éstas haga la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Esta decisión amplió el número de fuentes con las que el juez constitucional debe dialogar. Además, en el artículo 1 constitucional se establecieron reglas sobre cómo interpretar estos derechos, a través de cláusulas como el pro persona y los principios de interdependencia, progresividad e indivisibilidad.

Estos cambios normativos obligan a que los derechos se construyan con la normatividad constitucional y convencional, pero también con los criterios jurisprudenciales de las cortes mexicana e interamericana. Esto significa que no pueden comprenderse los derechos humanos sin acudir a estas fuentes. La dificultad que esto presenta para el estudioso de los derechos no es menor. Así, en este libro se estudian los principales contenidos que han desarrollado ambas Cortes en cada uno de los derechos que se incluyen en los capítulos. Al tiempo, se presenta un artículo sobre el

llamado bloque de constitucionalidad y las dificultades del control de convencionalidad.

Los derechos de los grupos vulnerables. Otro fenómeno importante en la protección y estudio de los derechos humanos radica en la paulatina y constante incorporación de derechos específicos para grupos vulnerables. Se ha comprendido que el principio de igualdad no se cumple con el ideal de uniformidad, sino con el reconocimiento de las necesidades diferenciadas de cada grupo según su vulnerabilidad. En todo caso, lo que vincula a estos grupos son las desventajas materiales que histórica y sistemáticamente les ha impedido ejercer sus derechos humanos. Como consecuencia de ello, la doctrina y el derecho internacional de los derechos humanos ha puesto una considerable atención sobre cada experiencia y realidad particular de aquellos, lo que ha llevado a desarrollar importantes estándares para la protección de cada grupo a través de la cláusula que prohíbe la discriminación y mediante diversas perspectivas para juzgar. A su vez, estos derechos se han incorporado en instrumentos específicos de protección tanto a nivel nacional como internacional.

Este desarrollo también es observado en una variedad de líneas jurisprudenciales por parte de las Cortes mexicana e interamericana. Así, han dotado de contenido a los derechos de las personas con discapacidad, de los pueblos y comunidades indígenas, de los niños, niñas y adolescentes, de la diversidad sexual, a la igualdad de género, entre muchos otros. Cada precedente siempre ha denotado un común denominador: la configuración interdependiente, indivisible y, al mismo tiempo, diferenciada de sus derechos para un verdadero ejercicio de su autonomía. De forma consistente con este desenvolvimiento de los derechos humanos, en esta obra se hace un esfuerzo por reunir los desarrollos dogmáticos y jurisprudenciales de los derechos de estos grupos. Así, se advertirán capítulos específicos para estas materias.

Estructura y Contenido Temático

El libro establece una construcción dogmática de cada uno de los derechos humanos que lo integran. Vincula los desarrollos teóricos con la jurisprudencia de las Cortes mexicana e interamericana, propiciando un diálogo entre doctrina y precedentes judiciales. Al mismo tiempo, en la obra se aluden algunos problemas recurrentes de adjudicación. Aunque es un libro desarrollado para la comunidad jurídica mexicana, puede servir para el estudio de los derechos humanos en la región latinoamericana.

La obra se compone de 19 capítulos que pueden seccionarse en dos partes. La primera está integrada por artículos marco o que pretenden ser un referente teórico o contextual para el estudio de los derechos. Ahí encontramos los artículos sobre el bloque de constitucionalidad y control de convencionalidad, proporcionalidad y restricciones de derechos fundamentales. Cada uno de estos temas incorpora un ingrediente conceptual clave para el estudio y entendimiento de los derechos fundamentales, tanto en su dimensión dogmática como operativa.

Ya con ese bagaje general de los derechos humanos, se abre una sección sobre derechos humanos en específico, donde se eluden las distinciones clásicas, de índole civil, político y social, para estudiar aquellos derechos humanos con mayor desarrollo jurisprudencial por la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Se inicia con un capítulo sobre libre desarrollo de la personalidad

y varios capítulos sobre derechos de libertad. También se integran a esta obra los desarrollos sobre acceso a la justicia y debido proceso, así como las garantías penales. Luego se presenta el capítulo sobre el derecho contra la discriminación y sus reflejos en derechos como la igualdad de género y derechos de la diversidad sexual. Como se explicó, se desarrollan, también, los derechos de grupos especialmente protegidos que han tenido una protección específica, como los derechos de las niñas, niños y adolescentes o los pueblos indígenas. Finalmente, se estudian los derechos económicos, sociales y culturales y sus proyecciones específicas, como los derechos a la seguridad social y el derecho a un medio ambiente sano.



*Esta versión electrónica de la
Revista Rechtsstaat Estado de Derecho
Nº 10 (2025) se editó cumpliendo con los criterios
y lineamientos establecidos para producción
digital en el año 2025.*



UNIVERSIDAD
DE LOS ANDES
VENEZUELA



RECHTSSTAAT

ESTADO DE DERECHO

•Publicación del Grupo de Investigación Robert Von Mohl (Girovom)
Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas (FACIJUP)
UNIVERSIDAD DE LOS ANDES (ULA)
Mérida, Venezuela

UNIVERSIDAD DE HEIDELBERG Y UNIVERSIDAD DE LOS ANDES PRIMERA
UNIVERSIDAD Y ESCUELA DE DERECHO



ula
Girovom
Grupo de Investigación
Robert Von Möhl



UNIVERSIDAD
DE LOS ANDES
VENEZUELA



Facultad de Ciencias Jurídicas, Políticas y Criminológicas.

Escuela de Derecho.

Departamento de Derecho Procesal

RECHTSSTAAT

ESTADO DE DERECHO

UNIVERSIDAD DE HEIDELBERG Y UNIVERSIDAD DE LOS ANDES PRIMERA
UNIVERSIDAD Y ESCUELA DE DERECHO

REVISTA DE INVESTIGACION CIENTIFICA N° 10
DEPOSITO LEGAL: ME2018000132 ISSN: 2739-0330



ula
Girovom
Grupo de Investigación
Robert Von Mohl