

ISSN 2343-6352 / Depósito Legal ppi 201402ZU4462
Vol. 15, Núm. 1 Enero - Junio 2021

Cuestiones Jurídicas

Revista de Ciencias Jurídicas
Universidad Rafael Urdaneta
Maracaibo, Venezuela



Universidad Rafael Urdaneta

Cuestiones Jurídicas

Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad Rafael Urdaneta.

ISSN 2343-6352 / Depósito Legal ppi 201402ZU4462

Universidad Rafael Urdaneta

Av. 2 c/Calle 86, entrada Sur del Parque Vereda del Lago,

Maracaibo, Venezuela. Teléf. (58) (261) - 2000887, Fax (58)(261) 2000868.

Web: <https://uru.edu>

2021© Los Autores.

De esta edición: Universidad Rafael Urdaneta, Fondo Editorial Biblioteca.
Maracaibo, Venezuela.

Diseño y maquetación: Mibsay Contreras

Revisión de traducción de abstract: Manuela Paola Rodriguez Boscan.

Arte en la portada: Serafín de Sousa. 2009. Te Miro. Técnica: Carboncillo / Tela.



Web Cuestiones Jurídicas: <http://uruojs.insiemp.com/ojs/index.php/cj>

Web de Revista Arbitradas URU: <http://uruojs.insiemp.com/ojs/index.php/index>

Teléfono: (58) (261) - 2000892.

Correo Electrónico: cuestionesjuridicas@uru.edu



Los contenidos están bajo una licencia ***Creative Commons Atribución 4.0 Internacional***. Esta licencia permite que los contenidos de los artículos de ***Cuestiones Jurídicas: Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad Rafael Urdaneta***, se puedan copiar y redistribuir en cualquier medio y formato, así como su adaptación (remezclando, transformando o construyendo a partir del material) para cualquier propósito, incluso para un uso comercial. En cualquier caso, el usuario que utilice sus contenidos debe citar de forma adecuada, proporcionar un enlace a la licencia e indicar si se han realizado cambios. Los términos de la licencia se encuentran disponibles en: <https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.es>

Cuestiones Jurídicas

Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad Rafael Urdaneta
ISSN 2343-6352 / Depósito Legal ppi 201402ZU4462

Comité Editorial

Dra. Ana Viloría
Mgs. Mariaeugenia Mas y Rubí
Mgs. José Alexy Farias

Dr. Alberto Jurado
Dr. Juan Berrios
Dr. Ronald Chacín

Dra. Innes Faría
Editora-Jefe

Esp. Hosglas Sanchez
Editora asociada

Comité de Asesores

Dra. Marisela Párraga de Esparza
Dr. Victor Hernández Mendible
Dr. Jesús María Casal
Dra. Fabiola Tavares

Mgs. Anabella del Moral
Dr. José Manuel Guanipa
Dr. Wilmer Carmona

Cuestiones Jurídicas es un instrumento de divulgación científica adscrito a la Escuela de Derecho de la Universidad Rafael Urdaneta, Maracaibo, Venezuela. Es una revista arbitrada con periodicidad semestral, contentiva de artículos científicos originales no publicados en el área de las ciencias jurídicas y otras disciplinas directamente relacionadas con éstas, de autoría individual o colectiva, que cumplan con las normas de publicación. Al mismo tiempo cuenta con una sección que reseña la legislación y jurisprudencia más reciente y de mayor trascendencia en el mundo jurídico, con los comentarios respectivos, provenientes de especialistas en la materia.

La correspondencia debe ser enviada a: Editora Jefe, *Cuestiones Jurídicas*.

Dirección: Universidad Rafael Urdaneta, Av. 2 c/Calle 86, entrada Sur del Parque Vereda del Lago, Maracaibo, Venezuela.

Tlfnos. (58) (261) - 2000URU (878), Fax (58)(261) 2000843

Correo electrónico: cuestionesjuridicas@uru.edu

Cuestiones Jurídicas se encuentra indizada en el Índice y Biblioteca Electrónica de Revistas Venezolanas de Ciencia y Tecnología REVENCYT (Código RVC021), y en Latindex.

Universidad Rafael Urdaneta

Dr. Jesús Esparza Bracho, Rector
Ing. Maulio Rodríguez, Vicerrector Académico
Ing. Salvador Conde, Secretario

Econ. Alfredo León
Decano de la Facultad de Ciencias Políticas,
Administrativas y Sociales

Dra. Tania Méndez de Alemán
Directora de la Escuela de Derecho

Contenido

Doctrinas

Valoración Jurídica de las Reservas Económicas y la Intervención del Estado Venezolano.

An Juridical Value about the Reserves of Strategic Activities and the State in the Economy of Venezuela.

Jean-Denis Rosales Gutiérrez.

8

Artículos en Ciencias Jurídicas

La carta de intenciones en la contratación mercantil venezolana.

The letter of intent in Venezuelan commercial contracts.

Isaac Gabriel Ferreira Espina, Isabella Saray Paredes Araujo y José Alexy Farías

26

El derecho a la identidad de las personas transgénero.

The right to identity of transgender people.

Andrea Valentina Ferreira Roldan y Innes del Consuelo Faría Villarreal

37

Situación de los juicios de divorcio a partir de las sentencias 446/14, 693/15 y 1070/16 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en materia de divorcio.

Status of divorce proceedings based on rulings 446/14, 693/15 and 1070/16 of the Constitutional Chamber of the Supreme Court of Justice.

Giuliana Ceccarelli.

48

Joint venture contractual y la responsabilidad patrimonial frente a terceros.

Contractual joint venture and property liability against third parties.

Yorgelis Ivana Cárdenas Montero, Rafael Andrés Chacón Suárez y Javier Sosa Pacheco

61

Artículos en Ciencia Política

Implementación del gobierno digital en gestiones locales de América Latina.

Implementation of Digital Government in local administrations in Latin America.

Luis Miguel Rendueles Meyer-Bertheau y Ana Paola Nava Martins

73

Valoración jurídica de las reservas económicas y la intervención del Estado Venezolano

Jean-Denis Rosales Gutiérrez¹

Resumen

La presente investigación pretende escudriñar acerca de una técnica de intervención estatal dentro de la economía muy particular llamada: la Reserva Económica. Ello se debe a que existe un profundo halo de oscurantismo en torno a la presente potestad Estatal. Para tales fines, la investigación se ceñirá a una investigación de corte descriptivo con matices propios del método dogmático-heurístico para desenmarañar su marco normativo. La investigación concluyó como, la Reserva Económica no tiene características uniformes perfectamente sistematizadas, de conformidad con los cuatro casos que fueron objeto de implementación desde el 2007, hasta la actualidad. También, que no existen suficientes garantías sustantivas ni adjetivas de los derechos económicos, trayendo como efecto, que las Leyes sean arbitrarias, frente a los operadores económicos.

Palabras Claves: Reservas Económicas, Intervencionismo, Estatización, Nacionalización.

An juridical value about the reserves of strategic activities and the State in the Economy of Venezuela

Abstract

The next investigation aims to explain about a very special state intervention's technique over the economy called: The Economic Reserves. The reason derives of a strong shadow of obscurantism involved over this State's Power. In this order of ideas, the investigation pretends to describe the topic using the dogmatic-heuristic method over the laws which set up these nationalization. The investigation concluded that these techniques have not a uniform standard perfectly systematized; according the 4 cases applies the last 13 years over Venezuela's economy. It is important to stand out too, that today does not exist guarantees, which protects the economic rights involves in those cases, because these does not exist neither. The economics reserves of the last 12 years put on in Venezuela are characterized by the outrage of the State's techniques over the enterprises.

Key Words: Economic's Reserves, Interventionism, Statism, Nationalization.

Admisión: 20/02/2020

Aceptación: 20/10/2020

¹Abogado Egresado de la Universidad de Los Andes (ULA): *Mención Cum Laude*. Segundo de la Promoción. Especialista en Derecho Tributario (ENAHPI-IUT). Especialista en Derecho Administrativo (UCV). Profesor Ordinario Asistente por Concurso de Oposición en Derecho Constitucional. Profesor Colaborador en Derecho Administrativo I y II (ULA). Profesor de Post-Grado en la Especialización de Derecho Administrativo y de Derecho Tributario (ULA). Fundador-Coordenador del Grupo de Investigación Robert Von Möhl (GIROVOM). Idiomas: Inglés, Francés, Portugués. Cursando Alemán. Doctorando en Ciencias Jurídicas (LUZ). jeanrosales1984@gmail.com <http://orcid-org/0000/0003-1744>

Introducción

El tema de las Reservas Económicas es muy poco conocido, en virtud del reciente origen del Derecho Público Económico como disciplina jurídica en Venezuela, en especial como una rama del intervencionismo, así como de las técnicas de intervención estatal dentro de la economía. Las Reservas Económicas constituyen un fenómeno muy conspicuo en la vida nacional, a raíz de la sanción de 6 diferentes políticas estatizadoras de distintos medios de producción nacional en 4 áreas diferentes de la economía. Una, en el área económica del Cemento; otra con la Industria Siderúrgica; otra con los Hidrocarburos; y por último, pero si la más polémica, la Reserva del Oro, que tras su promulgación, fue reformada en 2 ocasiones

Hace 44 años, la República de Venezuela efectuó tres Reservas Económicas a los fines de estatizar la actividad económica conexas con los Hidrocarburos –PDVSA incluida- y la actividad económica atañida con el gas, y las menas del hierro y la bauxita. Pero, la cultura jurídica existente para las 2 épocas era distinta. De hecho, el mismo nombre de las técnicas nacionalizantes utilizadas para la década del 70 era muy diferente del traído para los casos de la era H. Chávez-N. Maduro, pues con una simple Ley Ordinaria, se pretendía reservar industrias o actividades económicas específicas sin revelar un atisbo de concreción jurídico-doctrinario en el procedimiento de formación utilizado para cumplir con ese propósito.

En este orden de ideas, las Reservas Económicas del Siglo XXI fueron concretizadas siguiendo un cauce totalmente diferente a las del Siglo XX, que desde la perspectiva de la dogmática, todavía hoy en día, se desconoce con una suma exactitud, la substancia de cada *iter* procedimental a cumplir para encontrar dicho acto jurídico como válido y legítimo.

El presente paper pretende abordar de modo aproximado las Reservas Económicas como fenómeno del intervencionismo en la economía, pues las referencias de la materia son escasas. Lo que además es desconcertante, porque Venezuela es un país con un modelo económico intervencionista que pretende transformar legalmente el sistema constitucional económico de *economía social de mercado*, a una “*economía socialista-comunista*.”

Una sociedad en difícil negación como la venezolana, debería hallarse dispuesta a estudiar profundamente los actos jurídicos estatales utilizados para implementar medidas económicas estatizantes de los diferentes medios de producción, y así juzgar reflexivamente a la juridicidad, al alcance y al propósito de semejantes políticas económicas implementadas. De hecho, la expresión: *Reservas Económicas Originarias o Sucesivas*, no son de Venezuela, ni propias de la lengua castellana, ya que éstas provienen del *Derecho Europeo Continental*, especialmente, del mundo Alemán e Italiano como dice Retortillo-Baquer (1991). A continuación, se intentará concretar el proceso de intelectualización del tema.

1. Aproximación definidora de las Reservas Económicas.

Hernández González dice que la Nacionalización no es un concepto jurídico, sino un concepto político. Y el término alude a una de las tantas formas de intervencionismo estatal en la economía, en concreto, a aquella intervención sustitutiva de la iniciativa privada por la iniciativa pública.² Sin embargo, la Nacionalización si posee un fuerte fundamento jurídico como política pública, tanto así, que existe una Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados, cuyo artículo 2.c) reconoce: el Estado tiene Derecho a Nacionalizar, expropiar o transferir la propiedad de bienes extranjeros, en cuyo caso el Estado que adopte esas medidas deberá pagar una compensación apropiada, teniendo en cuenta sus Leyes y Reglamentos aplicables, y todas las circunstancias que el Estado considere aplicables.³

Ese documento jurídico ostenta un alcance internacional con un carácter vinculante sobre el funcionamiento del Estado, frente a los operadores económicos. Hasta tal punto, que constituye una garantía jurídica internacional con alcance interno sobre los empresarios.

² Hernández, J. (2008) “*Nacionalización y Libertad de Empresa*” en la obra *Nacionalización, Libertad de Empresa y Asociaciones Mixtas*. Colección Instituto de Derecho Público N° 3. EJV. Caracas, Venezuela. Pág. 69.

³ Resolución N° 3281 (XXIX) del 04 de Septiembre de 1974. Asamblea General de las Naciones Unidas por Conducto del Consejo Económico-Social.

Si bien la Constitución de 1999 no ostenta una norma escrita, que institucionalice la potestad estatal de nacionalizar los bienes, los servicios y empresas ubicadas en el territorio nacional, la Constitución vigente de Venezuela sí alude que las autoridades representativas pueden adoptar decisiones trascendentales en los asuntos económicos con asiento en las normas 115, 300 y 302, que son los cimientos constitucionales de la Técnica Expropiatoria, de la Empresa Estatal y de las Reservas Económicas Sucesivas. Estas tres técnicas de intervención estatal en la economía constituyen en términos asépticos, 3 de las cuatro modalidades potestativas del Estado venezolano para fungir como autoridad nacionalizante. La última forma de nacionalizar es con las Ofertas Públicas de Adquisición que se hallan contenidas en la Ley de Mercado de Valores (LMV-2015).

Por ejemplo, los años 2006 y 2007 ocurrieron casos relacionados con la compra de acciones inscritas en el Registro Nacional de Valores de la entonces vigente Ley de Mercado de Capitales (1998), que fueron, técnicamente estatizadas por el entonces Presidente Hugo Chávez por Decreto, sin mediar el mecanismo democrático-dialogizante del procedimiento autorizador ante la antigua Comisión Nacional de Valores. A fin de cuentas, esa actuación estatal, desde la perspectiva del mismo Derecho Mercantil puede ser considerada como una “*OPA hostil*,” o como prefiere el autor del presente paper, una *vía de hecho contractual*.

Cierto, como muy bien dice Hernández (2008) es a través de la Nacionalización, que el Estado transforma su ámbito de actuación de limitación en una actividad estatal de prestación, en tanto asume la gestión de actividades que antes se encontraban en manos de los particulares.⁴ Y fue una política estatal, que tiene sus orígenes a comienzos del Siglo XX con el advenimiento de la Revolución del 12 de Octubre en la Rusia Zarista, y que luego, se expandió por el continente Europeo y Americano con dos visiones diferentes del mismo fenómeno: 1) Como un mecanismo de apropiación estatal sobre los medios de producción, y; 2) Como un instrumento de fortalecimiento de la economía.⁵

Los fundamentos en uno y otro supuesto son completamente distintos, como distinto es el contexto dentro del cual la Nacionalización es implementada. Por un lado, la política puede llevarse a cabo con la intención de transformar por completo el sistema económico que fue constitucionalizado con la promulgación de una novedosísima Constitución por medio de la transmutación de un sistema establecido en la propiedad privada y la libertad económica. Por el otro, que se encuentra regido por la iniciativa pública y la propiedad pública sobre los medios de producción.

No obstante, la Nacionalización puede desenvolverse con un fin más pragmático: fomentar la intervención pública en la economía, a través de la creación de un vasto sector empresarial público, pero sin menoscabar la propiedad privada y la libertad económica como pivotes del sistema económico, bien para sustituir la gestión empresarial de los medios de producción privado por uno más eficaz; o complementar la producción privada de un bien, o la prestación privada de un servicio por el Estado con el fin de mejorar cuantitativamente el acceso a los bienes y servicios por parte del consumidor/usuario. En ésta última expresión, la Nacionalización como un concepto involucra la transformación de un Capitalismo Privado a un Capitalismo de Estado.

2. Definición de las Reservas Económicas.

Ahora bien, el actual artículo 302 Constitucional juridifica la institucionalización de las Reservas Económicas en Venezuela como una técnica de intervención estatal dentro de la economía, de carácter nacionalizante y sumamente directo sobre los medios de producción privado. Si bien es cierto, que la expresión utilizada de *Reserva Económica* puede resultar en sí misma, un tanto equívoca, y ello, pudiere considerarse así, porque no se trata sólo de mantener una determinada titularidad pública, de algo que ya lo es. En tal caso, no se urgiría de Ley alguna como ocurre en el caso de las Reservas Demaniales como el agua (artículo 304 constitucional), costas marinas (artículo 12 constitucional) y depósitos de hidrocarburos de cualquier tipo, juntamente con los yacimientos mineros (artículo 12 constitucional).

⁴ Hernández, J.I. (2008) “*Nacionalización y Libertad de Empresa*” en la obra *Nacionalización, Libertad de Empresa y Asociaciones Mixtas*. Colección Instituto de Derecho Público N° 3. EJC. Caracas, Venezuela. Pág. 69.

⁵ En este sentido, la política de nacionalización tuvo un explícito fundamento en la ideología comunista, y en la Tesis de la propiedad pública o colectiva sobre los medios de producción. Luego de la IIGM, los fundamentos de la Nacionalización obedecían mucho más a criterios pragmáticos como la presencia del Estado en la reconstrucción de la Economía Europea. Katarov, K. (1960) “*Théorie de la Nationalisation*.” Editions de la Baconnière. Suiza. Pág. 1.

Pero es muy diferente con las Reservas Económicas sobre actividades económicas según Martín-Retortillo,⁶ que por razones de interés general, una actividad económica específica se sustrae de su posible concretización por el sector privado, a los fines de sustituir el ejercicio de una actividad económica privada por una forzosa actividad económica pública, donde solo cabe la posibilidad de la injerencia pública en ese específico asunto económico. Y donde la iniciativa privada *a posteriori* a esa Ley formaría un ilícito económico.

3. Clasificación de las Reservas Económicas.

Siendo esto así, las Reservas Económicas admiten una clasificación básica según su *objeto* en: 1) la Reserva Económica Demanial; 2) y la Reserva Económica de Actividades Económicas Estratégicas. En vista de que el objeto de la Reserva Económica efectuada por la Ley es apartar la iniciativa privada en la gestión de un específico bien o recurso; o, apartar la iniciativa privada en el desempeño de una actividad económico-comercial específica.

Sin embargo, la Doctrina de Martín-Retortillo (1991) admite una segunda clasificación básica de las Reservas Económicas según *su momento de ejecución*: 1) Las Reservas Económicas Originarias; 2) y, Las Reservas Económicas Sucesivas. El criterio del momento de ejecución girará en torno a la entrada en vigencia del ordenamiento constitucional, esto es, que la Reserva Económica será *Originaria*, cuando ésta es efectuada con la entrada en vigencia de la Constitución; y la Reserva Económica será *Sucesiva*, cuando es efectuada *a posteriori* a la entrada en vigencia del ordenamiento constitucional mediante una Ley.

La Reserva Económica *Originaria* nace con la Constitución de 1999. En cambio, la *Reserva Económica Sucesiva* nace tantas veces como así lo decida el Estado, a través de la promulgación de una Ley Orgánica sancionada por la Asamblea Nacional. Aun así, existe la posibilidad de urgir otra tipología de Reservas Económicas, pero que recae en las *Reservas Económicas Sucesivas*: a) Reserva Económica Sucesiva Directa y b) Reserva Económica Sucesiva Encubierta.

Las primeras, son aquellas dictadas por medio de una Ley Orgánica titulada como un instrumento destinado a Reservar ciertas actividades económicas como propias del Estado. Un buen ejemplo, es la *Ley Orgánica que Reserva al Estado las Actividades de Exploración y Explotación del Oro, así como las Conexas con Esta*.

En cambio, las segundas Reservas son Leyes Orgánicas sancionadas para regular un asunto específico, sin que ésta tenga como objetivo principal, quitar la iniciativa económica empresarial de un particular sobre una actividad económica específica, o, la titularidad de un bien privado, sino la simple regulación sistemática de una materia específica, como si fuese un Código Administrativo Especial de la materia, donde en su articulado, es incorporada una norma legal encomendada de instituir la Reserva, y su régimen jurídico correspondiente. Un buen ejemplo de éste último caso, es la Ley Orgánica del Servicio Eléctrico, que a través del Parágrafo Único del Artículo 3, el Estado se Reserva la producción del 80% del Servicio.

4. Forma de Implementación de las Reservas Económicas.

La forma de efectuar una Reserva Económica varía en Venezuela dependiendo del tipo. El criterio técnico-sustancial *del objeto* de la Reserva Económica no es trascendente sobre el modo de efectuarlo. Sin embargo, el criterio técnico *de la oportunidad* de la Reserva Económica si es trascendental sobre la manera de concretizarla, incluso sobre a quién le incumbe llevarla a cabo, pues una Reserva Económica Originaria nace con la promulgación de una nueva Constitución, incluso con una Reforma Constitucional, que su iniciativa puede emanar del Pueblo. Pero el caso de la Reserva Económica Sucesiva es diferente, puesto que está tipificada –*esto es, Tipo Intervencionista, o, modalidad potestativa de intervención del Estado en la economía*– constitucionalmente siguiendo un procedimiento de formación muy específico, que requiere su promulgación *a posteriori* a la entrada en vigencia del Texto Constitucional con la sanción de una Ley Orgánica Formal que dicta la Asamblea Nacional.

⁶ Para Martín-Retortillo la utilidad de la técnica intervencionista es asumir con un carácter exclusivo, *apartando a los restantes operadores económicos privados* el ejercicio de una cierta actividad económica, que resulta muy especificada en la Ley. Martín-Retortillo, S. (1991) “*Derecho Administrativo Económico. Tomo I.*” Editorial La Ley. Madrid, España. Pág. 251.

De tal modo, que *las Reservas Económicas Originarias* son siempre raras; contadas con los dedos de la mano. Así por ejemplo, las aguas, los yacimientos petrolíferos y mineros, las costas marinas, son ejemplos en Venezuela. Por esa razón, las Reservas Económicas Originarias tienen pocos fundamentos constitucionales, tanto así, que por razones de una política constituyente se decide una estafalaria estatización de los asuntos económicos en Venezuela por la falta de interés de ese entonces, de contar con un Estado omnipotente. No obstante, *las Reservas Económicas Sucesivas* pueden ser más numerosas, dependiendo de la decisión de la Asamblea Nacional, siempre por varias razones de carácter estratégico. Y su fundamento gestionarial puede venir de una necesidad futura de intervenir en los asuntos económicos privados para la mejora del manejo de las empresas privadas con el público.

En ambos casos, no existen controles políticos-administrativos de oportunidad seria, o de objetiva conveniencia para acordar su improcedencia. Aunque, si concurren mecanismos de control judicial *a priori* y *a posteriori* a la entrada en vigencia de la Ley que determina el nacimiento de las *Reservas Económicas Sucesivas*. Por ejemplo, el control concentrado de la constitucionalidad de los actos estatales ante la Sala Constitucional del TSJ –*que es a posteriori*; y el control preventivo de la constitucionalidad del carácter orgánico de la Ley que acuerda el nacimiento de la Reserva Económica Sucesiva ante la Sala Constitucional del TSJ –*que es a priori*.

Habiéndose aclarado quien puede acordar a una *Reserva Económica Originaria*, y quien una *Reserva Económica Sucesiva*, resulta necesario especificar un par de ideas sobre la Reserva Económica Sucesiva, pues ésta conlleva mucho más formalidades. En el párrafo anterior fue especificado que es necesaria una Ley Orgánica. Y ello se debe, a que es un mandato constitucional directo del Constituyente de 1999 para la Asamblea Nacional, pues el artículo 302 Constitucional dice “El Estado se Reserva, mediante *Ley Orgánica respectiva*, y por razones de conveniencia nacional, la actividad petrolera **y otras industrias, explotaciones, servicios y bienes de interés público y de carácter estratégico...**”

El artículo 302 constitucional institucionaliza a la Reserva Económica Sucesiva como técnica de intervención estatal en los asuntos económicos con una Ley Orgánica por razones de estricto orden público constitucional. ¿Qué razón de orden constitucional puede existir para esto? La *Reserva Económica Sucesiva* implica exceptuar la *titularidad-ejercicio* de los 2 derechos económicos (Libertad-Propiedad) en una actividad económica específica.

Y ello corresponde de conformidad con el mandato del artículo 112 Constitucional al Legislador: “Todas las personas pueden dedicarse libremente a la actividad económica de su preferencia, sin más limitaciones que las previstas en ésta Constitución *y las que establezcan las Leyes...*” existiendo una Reserva Legal de la Reserva Económica Sucesiva para la Asamblea Nacional, esto es, que la Asamblea Nacional es el único órgano-institución confiado de *restringir-exceptuar* a los derechos constitucionales por ser el órgano depositario de la soberanía nacional a través de los representantes (Diputados) del Pueblo, quienes en un número no menor de 84 Diputados (Mayoría Simple de 167) pueden decidir si un derecho es, restringido, o exceptuado de manera total por el Estado.

El Estado es el único que puede restringir *y exceptuar permanentemente la titularidad-el ejercicio de los derechos económicos*, pero a través de la Asamblea Nacional como órgano depositario de la soberanía Nacional. Y ésta figura de la Reserva Legal, *Ordinaria u Orgánica* formal es una garantía genérica de los derechos económicos en un Estado Liberal de Derecho. La *Reserva Económica Sucesiva* como intervencionismo debe ser instituida por la Asamblea Nacional siguiendo el procedimiento de formación de las leyes orgánicas.

Sin embargo, dada la especial significancia de una Reserva Económica Sucesiva, el Constituyente decidió que no fuese una simple Ley Ordinaria, aquella que permitiese acordar ésta técnica intervencionista estatal sobre determinadas áreas estratégicas de la economía. Los Constituyentes patrios tomaron como contenido de fondo para justificar a la presente política pública a una Ley Orgánica, porque esta requiere de una aprobación parlamentaria mucho más rígida que con una Ley Ordinaria. La Ley Ordinaria requiere como mínimo la aprobación de 84 Diputados de la Asamblea Nacional.

En cambio, la Asamblea Nacional podrá acordar una *Ley Orgánica Formal*, con las 2/3 partes de los Diputados de la Asamblea Nacional, esto es, que se requiere como mínimo la aprobación de unos 111 Diputados para acordar una política de nacionalización, o estatización de una actividad económica-comercial específica en Venezuela. Entonces la *Reserva Económica Sucesiva* requiere una mayoría calificada para crear su procedencia.⁷

La *Reserva Legal-Orgánica* implica una consecuencia jurídica similar a la *Reserva Legal Ordinaria* de no sólo frenar que el poder ejecutivo nacional pueda reservar actividades económicas de forma Sucesiva mediante Decretos-Leyes, Simples Decretos Administrativos, o Reglamentos; o de circunscribir a la propia Asamblea Nacional con un número significativo de Diputados, de nuevo, no menor de 111, sino también organizar jurídicamente al Estado.

De tal manera, que les sea harto imposible a los restantes entes político-territoriales (los 23 Estados Miembros de la Federación y a los 335 Municipios) de llevar a cabo éste tipo de Nacionalizaciones o de Estatizaciones. Dentro del Estado Venezolano, la República es la única estructura competente para llevar a cabo, no sólo *Reservas Económicas Originarias*, sino *Reservas Económicas Sucesivas*, pues ni los Consejos Legislativos de los referidos Estados Miembros de la Federación, ni las mismas Cámaras Municipales de los Municipios pueden intervenir de similar forma en la economía. Los Consejos Legislativos de los Estados Miembros de la Federación de Venezuela, ni las Cámaras Municipales de los Municipios pueden tampoco, sancionar las Leyes Orgánicas. Las Leyes Orgánicas, son para asuntos de carácter nacional.

Una acotación interesante de las *Reservas Económicas Sucesivas* en Venezuela es, la mejora procedimental frente a su marco normativo inspirador de referencia, que es la Constitución Española de 1978, cuyo artículo 128.2 *in fine* establece que “Mediante Ley, se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio, y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general.”

De igual forma que el sistema jurídico venezolano, el sistema jurídico español instaura los dos tipos normativos: 1) la Ley Ordinaria, 2) la Ley Orgánica, pero para fines distintos. Venezuela consagra la Ley Orgánica para las Reservas Económicas Sucesivas. En cambio, España consagra a la Ley Ordinaria para ese mismo fin. Con ello se puede decir que a pesar de las deficiencias normativas constitucionales que adolece la Constitución de 1999, éste fue mucho más progresivo frente a la defensa de los derechos económicos, pero sólo en materia de Reservas Económicas Sucesivas.⁸

Pero además, el Español Pemán (1991) dice ...es claro que el propósito perseguido por el Constituyente (al consagrar la figura de la ley orgánica) no fue otro que dotar a ciertas materias de un mayor apoyo parlamentario – con respecto a los habituales exigencias de mayoría simple- dotándolas también con ello de una mayor estabilidad. Con la exigencia de una mayoría absoluta (en el ordenamiento constitucional español) en tales casos se venía a prolongar en alguna medida el espíritu de consenso que había presidido la elaboración de la Constitución, proyectándola sobre una serie de materias.⁹

Con lo cual, queda evidenciado el obstáculo de la existencia de *Reservas Económicas Sucesivas* implementadas mediante Decretos-Leyes Ordinarios u Orgánicos, pues el artículo 302 del sistema constitucional venezolano menciona la tipología de la *Ley Orgánica, Formal*, dictada por la Asamblea Nacional, y no por el

⁷ García Macho expone “si se parte de que el ámbito de aplicación de la Reserva de Ley conforme a los planteamientos clásicos, afecta solamente al contenido de la cláusula de la libertad y la propiedad, toda la esfera de la actividad prestacional del Estado (que constituye parte fundamental de su actuación) quedaría al margen de la reserva. (...) Así, las nuevas obligaciones de desarrollo social, de dirección de la economía y de protección del medio ambiente que aumentan las tareas del Estado, desde un planteamiento clásico de la Reserva de la Ley, quedaría fuera de control de ésta, produciéndose un desfase entre el Estado moderno y el Estado interventor (...) Parece evidente, por tanto, que las tareas del Estado han aumentado esencialmente y el mundo jurídico no puede quedar al margen de la nueva realidad sociopolítica. Por ello, una parte importante de la doctrina quiere ampliar la Reserva Legal a la actividad prestacional del Estado. En este sentido se dirige, también la jurisprudencia. Cfr. **García, R.** (1988) “*Aporías de los Derechos Fundamentales Sociales y el Derecho a la Vivienda*.” Thomson-Civitas. Madrid, España. Pág. 75.

⁸ Martín-Retortillo indica “...su regulación, por ello mismo, queda remitida a las llamadas leyes formales; es decir, las elaboradas y aprobadas por las Cortes Generales. Cfr. **Martín-Retortillo, S.** (1991) “*Derecho Administrativo Económico. Tomo I.*” Editorial La Ley. Madrid, España. Pág. 252. Que en Venezuela, es la Asamblea Nacional.

⁹ **Pemán, J.** (1991) “*Las Leyes Orgánicas: Concepto y Posición en el Sistema de Fuentes del Derecho*,” en Libro Homenaje a Eduardo García De Enterría, Tomo I. Civitas, Madrid, España.

Ejecutivo Nacional: (Presidente Ejecutivo), por medio de una autorización de Ley Habilitante, que requiere apenas de las 3/5 partes de los Diputados: *100 como mínimo*. En fin, eso significa mucho menos legitimidad parlamentaria.

Constitucionalmente, los Decretos-Leyes Ordinarios están permitidos. Más no así, los decretos-leyes orgánicos, porque la *Reserva Legal Orgánica* del artículo 203 juntamente con el 302, ambas normas constitucionales, frena la nacionalización de sectores económicos vitales por parte del Poder Ejecutivo Nacional, bajo cualquier concepto imaginado. Aunque, la práctica gubernativa imperante los últimos 19 años demuestre lo contrario para cualquiera de las materias que han sido reguladas manifiestamente por decretos-leyes orgánicos, las *Reservas Económicas Sucesivas* son una materia de estricto *orden público constitucional*, que puede ser asumida únicamente por el Poder Público Legislativo Nacional.

Dictar una Reserva Económica Sucesiva a través de un Decreto-Ley, traería las secuelas jurídicas que Rodríguez (2005) dice: la Reserva Legal excluye el uso del Decreto Legislativo o del Decreto-Ley, no sólo porque rompería el tenor del literal de las expresiones constitucionales, sino porque se afectaría a la ordenación de las instituciones básicas del Estado, como es el Poder Legislativo Nacional, pues lesionaría su competencia.¹⁰

El punto referente de la reserva legal, sin distinción de la *Ordinaria* u *Orgánica*, posee un profundo significado filosófico-histórico devenido de la Revolución Francesa, al sostener Araujo Juárez (2012) que la Administración Pública creada por el Derecho tiene una función vicarial o subordinada, consistente en la gestión de los intereses públicos, de los que no es titular por pertenecer a la colectividad a la que sirve; y que toda actuación de la Administración relativa a los intereses públicos, necesariamente debe estar legitimada en previas decisiones del representante exclusivo de la colectividad que es el Parlamento, quien se manifiesta típicamente a través de la Ley.¹¹

Por tanto, en su versión inicial, la reserva legal comporta un doble contenido: las materias reservadas a la Ley deben ser reguladas absolutamente por Ley Formal; 2) la Ley es exclusivamente Ley Formal, como lógica consecuencia de que tan sólo a través de las Leyes aprobadas por el Parlamento se manifiesta la voluntad general de la Nación. Pero en el presente caso, se puede agregar una tercera categoría afectada con los efectos jurídicos de la Ley. Y, es que la promulgación de la esa Ley Orgánica crea una nueva administración pública descentralizada con forma de derecho privado (las Empresas Estatales), pues si la Reserva Económica Sucesiva recae sobre una actividad económico-mercantil con presencia de operadores económicos ya constituidos, las empresas privadas previas con anterioridad a la Reserva misma, transmutan su régimen jurídico operativo, a uno de Derecho Público.

De tal manera, que su accionar estatal estará entonces circunscrito a lo expresamente señalado en la Ley Orgánica de la Reserva Económica, que constituye también derecho positivo y objetivo, al enmarcar según Villar (1994) la actividad administrativa empresarial estatal a los límites de los programas político-gubernamentales dictados para instituir los objetivos de gestión de la nueva iniciativa pública económica sectorial,¹² de conformidad con el principio jurídico de la normatividad previa.

De igual modo, Moles (1997) “que las potestades administrativas deben ejercitarse a través de actos que tengan carácter y valor formal de Ley, y como correlativo, se impone la obligación de la Administración Pública de someterse a los actos que dicte ese Poder legislativo.”¹³ La iniciativa, la discusión, la sanción, la promulgación y publicación de la Ley Orgánica implementadora de la *Reserva Económica Sucesiva*, instituye la fase legislativa del procedimiento de formación de la Reserva Económica Sucesiva, que debe llevarse a cabo para que ésta entre en vigencia. Y ésta constituye, consecuentemente, la primera fase.

¹⁰ Rodríguez, J. (2005) “*La Consagración Constitucional del Principio de Legalidad como Límite por las Normas Aprobadas por la Administración*.” Civitas. Madrid, España. Pág. 1731.

¹¹ Araujo, J. (2012) “*Derecho Administrativo General. Concepto y Fuente*.” Ediciones Paredes. Caracas, Venezuela. Pág. 155-156.

¹² Villar, J. (1994) “*Tipología y Derecho Estatutario de las Entidades Instrumentales de las Administraciones Públicas*,” AAVV, Administración Industrial. Civitas. Madrid, España. Pág. 165.

¹³ Moles, A. (1997) “*El Principio de Legalidad y sus Implicaciones*,” en Estudios de Derecho Público. Universidad Central de Venezuela. Caracas, Venezuela. Pág. 307.

Dos buenos ejemplos de lo arriba apuntado son la *Ley Orgánica de Ordenación de las Empresas que Desarrollan Actividades en el Sector Siderúrgico en la Región de Guayana*,¹⁴ y la respectiva *Ley Orgánica de Reserva al Estado Bienes y Servicios Conexos a las Actividades Primarias de Hidrocarburos* (Gaceta Oficial N° 39.173 del 7 de Mayo de 2009).

5. La Novedosa Suma del Poder Judicial en las Reservas Económicas Sucesivas.

Una de las notas novedosas de las Leyes Orgánicas en Venezuela, es el control *a priori* de la constitucionalidad del carácter orgánico de una Ley Orgánica sancionada por la Asamblea Nacional. Pero más aún, la suma del control de la constitucionalidad del carácter orgánico de la Ley de la *Reserva Económica Sucesiva* por vía del Artículo 302 reinterpretado con el Artículo 203, ambos constitucionales.

Dicha sumatoria enreda una colaboración de los *tres poderes públicos tradicionales* (Poder Legislativo, Poder Judicial y Poder Ejecutivo, *en ese orden*) para la instauración de la Reserva Económica Sucesiva, como ocurre similarmente con la Técnica Expropiatoria. La técnica expropiatoria posee una disertación teórica-histórica bastante congruente acerca de esa razón de ser, esto es, la colaboración efectiva de los tres poderes públicos tradicionales: lograr una uniformidad del aparato estatal en la sustracción de las cosas, bienes y derechos reales (propiedad) de la burguesía, pues éste (el Derecho a la Propiedad), es un valor unido al liberalismo decimonónico como corriente política-económica en la actividad del Estado.

Tal vez, ningún autor patrio o foráneo haya terminado de percibir la anterior nota de la técnica expropiatoria de una manera analógica con *las Reservas Económicas Sucesivas* en Venezuela, pero sería interesante que en un futuro próximo esa colaboración inter-funcional fuese trabajada teóricamente, como una especie de sistema de *checks and balances* entre los Derechos Económicos y las Prerrogativas Públicas en la evaluación de los intereses envueltos. Pues, sin lugar a dudas, contribuiría a reforzar el respeto por *la Economía Social de Mercado* y los derechos económicos de los empresarios. Equivalentemente, que la Sala Constitucional del TSJ gozase de la competencia o poder, de constatar efectivamente la existencia *del carácter estratégico* de la Reserva Económica Sucesiva para declarar su procedencia en el terreno fáctico, como acontece con los Tribunales Administrativos con la con la utilidad pública o social de la Técnica Expropiatoria desde mediados del Siglo XIX en Europa, hasta la actualidad. Y que en términos de un ajedrez político implica, o, manejar los tres poderes públicos; o al menos uno, o dos, y entonces, convencer a las autoridades de los restantes Poderes.

De tal manera, que si se puede comprobar *el carácter estratégico, conveniencia o utilidad a la Nación* de la presente medida intervencionista procede la Estatización o *Reserva Económica Sucesiva*, sino, no. El *carácter estratégico* en Venezuela, es lo que la doctrina alemana llamaría *conceptos jurídicos indeterminados circunscriptores de las potestades estatales regladas*, a los fines de diferenciarla de la potestad discrecional que goza de menos controles judiciales. La prueba del carácter estratégico proporcionaría mayor legitimidad política-social de la medida intervencionista entre los propios venezolanos. Ese carácter estratégico fue constitucionalizado para utilizarse con la finalidad de justificar su procedencia. No obstante, si bien fue invocado oralmente a través de los medios de comunicación oficial, éste carácter estratégico como título justificativo nunca fue revelado en la Ley de instauración de la *Reserva Económica Sucesiva*, con una Exposición de Motivos que acompañare a la ley orgánica formal respectiva.

García (2004) dice “lo peculiar de estos conceptos jurídicos indeterminados es que su calificación en una circunstancia concreta no puede ser más que una; o se da o no se da el concepto;”¹⁵ o hay buena fe, o no buena fe en el negocio; o el sujeto se ha comportado como un buen padre de familia, o no lo ha hecho; en nuestro campo de estudio: o hay, o no hay carácter estratégico: *tertium non datur*. Hay, pues, y esto es lo esencial, una unidad de solución justa en la aplicación del concepto jurídico a una circunstancia concreta. Aquí, está lo peculiar del *concepto jurídico indeterminado*, frente a lo que es propio de las potestades discrecionales, pues lo que caracteriza a éstas, es, justamente la pluralidad de soluciones justas posibles como consecuencia de su ejercicio. Por ello, el proceso de constatación de si un concepto jurídico indeterminado se cumple o no se cumple, no puede llegar a

¹⁴ Gaceta Oficial N° 38.928 del 12 de Mayo de 2008.

¹⁵ García, E. (2004) “*La Lucha Contra las Inmunidades del Poder*.” Thomsom-Civitas. Madrid, España. Pág. 40.

ser nunca un proceso volitivo de discrecionalidad o de libertad, sino un proceso de juicio o estimación, que ha de atenerse, necesariamente, por una parte a las circunstancias reales que han de calificarse. Por otra parte, al sentido preciso que la Ley ha asignado, con la intención de que la solución posible sea sólo una, al concepto jurídico indeterminado que su precepto emplea.

Así, Flume (1952) afirma, que aunque con unas expresiones jurídicas no carentes de equívoco, ha fijado la correspondencia de ese par de conceptos como *Handlungsermessen* y *Urteilsermessen*, esto es, la discrecionalidad de actuación frente a la discrecionalidad de juicio. La primera supone la posibilidad de una actuación activa de la autoridad según su propia iniciativa, cuya única solución concreta no comprende en sí la norma, que se limita a apoderar a aquélla con la competencia, medios y ámbito formal en que la decisión estatal puede moverse; el segundo supuesto, es una declaración jurídica sobre el fundamento de una norma de decisión objetiva.¹⁶

Justamente, García (2004) dice: por esto, el proceso de aplicación de conceptos jurídicos indeterminados es un proceso reglado. Puede decirse, utilizando el par de conceptos reglado-discrecional, porque no admite más que una solución justa, *es un proceso de aplicación e interpretación de la Ley*, de subsunción en sus categorías de un supuesto dado, que no es un proceso de libertad de elección entre alternativas igualmente justas, o de decisión entre indiferentes jurídicos en virtud de criterios extrajurídicos, como es, en definitiva, lo propio de las potestades discrecionales.¹⁷

Sería un control esencial sobre las *Reservas Económicas Sucesivas*. Sin embargo, no sobreviene así, porque el control de la constitucionalidad del carácter orgánico de la Ley orgánica con la formación de la *Reserva Económica Sucesiva* venezolana, es una técnica espuria de origen español, que se encontraba en la Ley Orgánica de la Corte Constitucional Española. Y que posteriormente sería eliminada por su total inutilidad práctica. Aun así, esta sería siendo reconocida en 1999 por la Constitución actual, como una supuesta “*innovación garantística*,” que en la práctica, no contribuye a perfeccionar en nada.

Interesante, es el carácter jurídico estratégico del principio de intervención Brasileño con Nabantino (1977) al decir, que son facultades en la intervención del dominio económico y el monopolio de determinada industria o actividad, mediante Ley Federal, aquélla que sea indispensable por motivo de la seguridad nacional o para garantizar a la eficacia del sector que no pueda ser llevado a cabo bien en un régimen de competición privado. (Traducción Nuestra).¹⁸

La incorporación expresa de la Fase Judicial en el procedimiento implementador de las *Reservas Económicas Sucesivas* no disfruta fundamentos técnicos jurídicos ni lógicos de ningún tipo. La prueba es la falta de motivos en las Actas de Debate de la Constitución de 1999, ni en su *Extemporánea Exposición de Motivos del 2000*.

De manera personal, puede decirse como la mezcla de las *Reservas Económicas Sucesivas* de la presente *Ley Orgánica* y la *Sala Constitucional del TSJ*, a pesar de todo, constituyen una especie de agraciado accidente jurídico, que vislumbra una fuerte posibilidad de contribuir con la institucionalidad liberal, en el respeto de los Derechos Económicos y la *Economía Social de Mercado*.

Santamaría (1979) expresa “...no obstante, nos inclináramos en principio por seguir, sin excesiva rigidez, la segunda de las Tesis antes mencionadas, no aplicando el trámite de Ley Orgánica más que a aquellos textos que contuvieran una regulación frontal y directa de los Derechos Fundamentales...el que la regulación sea completa o no, es irrelevante.”¹⁹ Y en éste caso, como ocurre en Venezuela, la Ley Orgánica de Reservas Económicas Sucesivas regula directamente el Derecho Fundamental a la Libertad Económica.

¹⁶ Flume, R. (1952) “*Steuerwesen und Rechtsordnung*,” en Festgabe für Rudolph Smend. Göttingen, Deutschland. Pág. 59.

¹⁷ García, E. (2004) “*La Lucha Contra las Inmunidades del Poder*.” Thomsom-Civitas. Madrid, España. Pág. 43.

¹⁸ Nabantino, J. (1977) “*Sistema Brasileiro de Direito Econômico*.” Editora Resenha Tributaria. Sao Paulo, Brasil.

¹⁹ Santamaría, J. (1979) “*Las Leyes Orgánicas: Notas en Torno a su Naturaleza y Procedimiento de Elaboración*,” En Revista de Derecho Político Nº 4. Pág. 49.

De la Cruz (2002) expresa sobradamente, que la regulación se ocupa de analizar el Derecho desde una perspectiva dinámica, en cuanto al proceso de elaboración, aprobación y aplicación de las normas jurídicas, o de actos o contratos con eficacia normativa. Desde el Derecho Público, la regulación debe ser el instrumento previo de cualquier actividad pública de intervención en las actividades privadas, puesto que el principio del Estado de Derecho que se encuentra presidido por el principio de legalidad, exige una norma con rango legal para limitar los Derechos de los ciudadanos; norma legal, que podrá ser desarrollada por Reglamentos de las Administraciones Públicas, y posteriormente ejecutadas a través de las concretas medidas de intervención diseñadas por las normas.²⁰

De una forma más o menos conclusiva, que semejante especie de juicio constitucional por parte de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (SC-TSJ) con el control de la constitucionalidad del carácter orgánico de la Ley fundadora de la *Reserva Económica Sucesiva*, constituye una especie de fase judicial del procedimiento que debería seguirse para lograr su efectiva implementación en beneficio de los Derechos, frente a los intereses generales de la Nación. Y ésta constituye, sin que quede la menor duda, la segunda fase.

Severo (1977) la Corte Constitucional puede examinar la Ley en el mérito, y revisar la calificación de servicios esenciales, así como el interés general preeminente invocado.²¹ Ésta fue una opinión de la década de los sesenta del siglo pasado. Pues, la Corte Constitucional Italiana reclamó su competencia para conocer la eventual inconstitucionalidad de las Leyes de Reserva. Esa oportunidad ocurrió, cuando éste debió dictar sentencia sobre la objeción de la Nacionalización del sector eléctrico, donde éste reconoció, que justamente en la sanción de ese tipo de Leyes, el Parlamento Italiano estaba facultado para realizar valoraciones políticas, que en sí mismas, no eran idóneas de ser revisables ante la justicia constitucional, pero que ello no significaba, de ninguna manera, la predicación de la ininapugnabilidad de los Textos Legislativos, sin importar su utilidad, de acuerdo con el sistema constitucional.

6. El Contenido de las Reservas Económicas y sus Consecuencias Jurídicas.

El objeto de la posible Reserva Económica al sector público no se encuentra claro en Venezuela. La doctrina foránea cree que la Reserva Económica queda circunscrita a los recursos y los servicios. Cuando la normativa, constitucional o legal, recoge el objeto de la Reserva Económica se refiere a los recursos naturales, sean renovables o no, como pueden ser las aguas, los bosques y las minas. Una interpretación que queda también avalada por las referencias que del mismo término recoge en otros puntos el mismo Texto Constitucional de 1999 de Venezuela.

Martín-Retortillo (1991) dice que en muchos de estos supuestos, es evidente que el concepto de Reserva se referirá más a la actividad de gestión y explotación de esos recursos, que a su titularidad, en cuanto ésta, con frecuencia, ya es pública.²² Más amplias, y menos definidas, son, sin embargo, las posibilidades que puede comprender la Reserva al sector público de los llamados servicios esenciales. En Venezuela ocurre de similar forma. Aunque, las reservas de recursos están constitucionalizadas desde 1999, reciben el nombre específico de *Reservas Económicas Originarias*. Pero, a diferencia del Reino Español, en Venezuela no existe la afinidad por las Reservas Económicas de servicios esenciales, sino de *industrias*, sellándose una enorme diferencia; confundiendo de un modo muy impropio la Reserva Económica, con la Técnica Expropiatoria.

La Constitución del Reino Español (1978) hace referencia a un servicio esencial como una actividad económica-mercantil específica, mientras, que la Constitución Venezolana de 1999 hace referencia a un establecimiento industrial, o mercantil como conglomerado de bienes en torno a una idea, un objetivo, o una actividad económica común, conforme a los objetivos estatutarios de la sociedad mercantil de referencia. Y dicha actividad económica-comercial debe ser descrita pormenorizadamente para intuir todas las fases secuenciales del proceso entero de la producción-comercialización del bien o servicio, a los fines, de que no quede excluido nada, que por evidente necesidad, deba ser colocado en la Ley como objeto de *Reserva Económica Sucesiva* con la sustitución de la libertad empresarial privada frente a la iniciativa pública del Estado con las Empresas Estatales.

²⁰ De la Cruz Ferrer, J. (2002) "*Principios de Regulación Económica en la Unión Europea*." Instituto de Estudios Económicos. Madrid, España. Pág. 125.

²¹ Severo, M. (1977) "*Diritto Pubblico dell Economia*." Giúfre. Milano, Italia. Pág. 125.

²² Martín-Retortillo, S. (1991) "*Derecho Administrativo Económico. Tomo I*." Editorial La Ley. Madrid, España. Pág. 253.

La Constitución Española (1978) recoge el término servicio esencial con la finalidad de individualizar una actividad económica-mercantil, o material muy específica, pero siempre directamente condicionada por una valoración jurídico-cualitativa: *de que los servicios sean esenciales*; mientras que en Venezuela, la Constitución Venezolana de 1999 condiciona a la Reserva Económica según el artículo 302, a una valoración jurídico-cualitativa muy similar: *que las industrias, explotaciones o establecimientos serán quitadas de la libertad económica privada por razones de conveniencia nacional, o interés general, o de carácter estratégico*. No hallándose el título justificativo que sirve para fundamentar, a tal providencia económica.

Lo que si es cierto, es que el objeto de la Reserva Económica puede ser un bien o recurso natural, renovable o no. Pero también una actividad económica específica. Ello puede deducirse de una lectura propia, y lógico-sistemática del Texto Constitucional, que las Reservas Económicas Demaniales pueden ser Originarias o Sucesivas, mientras que la Reserva de las actividades económicas *estratégicas o de conveniencia nacional* sólo puede ser sucesiva según el segundo supuesto del artículo 302 Constitucional. Con la simple excepción de la industria petrolera, que el mismo artículo 302 acuerda reservar expresa, y constitucionalmente para el Estado. Cualquier otra industria, explotación o establecimiento podrá ser reservado económicamente mediante una Ley Orgánica, siempre que sean ajenas a la idea jurídico-administrativa del Servicio Público, que se considera *per se*, reservada o conformadora del sector público.

De especial importancia, es la globalidad sectorial como principio jurídico rector de la declaración de *Reserva Económica Sucesiva*, pues Peña dice “que el carácter global de la Reserva Económica Sucesiva constituye un límite constitucional por la doctrina, al postular, que la Reserva está concebida para afectar a sectores de actividades o de recursos en su perspectiva global, y no en forma singular.”²³

Si la Ley dice, el Estado se Reserva la Industria Cementera establecida en territorio venezolano, la declaración legal emanada de la Ley sería completamente correcta en vista de la globalidad. Sin embargo, la Ley Orgánica instauradora de la *Reserva Económica* de la Industria Cementera del año 2006 de Venezuela, especifica en su artículo 2, la *Reserva Económica* de tan sólo 3 empresas privadas del sector.²⁴ Viéndose de éste modo, una notable confusión entre *Reserva Económica Sucesiva* y Técnica Expropiatoria. De donde, la primera se define por su notable abstracción, generalidad e impersonalidad, mientras que la segunda por su trascendental singularidad y concreción declarativa sobre ciertas empresas privadas, tras un procedimiento administrativo de inspección previo que es muy mal llamado: *el Rescate Administrativo de la Empresa*.

Además, ciertas Reservas Económicas Sucesivas se definen por su normatividad, esto es, que son verdaderos actos normativos, abstractos, generales e impersonales: como la *Reserva Económica Sucesiva Aurífera y la Petrolífera*; mientras las *Reservas Económicas Sucesivas* del sector Cementero y Siderúrgico son *extrañas Leyes Orgánicas Singulares*. Pues, precisamente, el Derecho Comparado, del estudio sistemático de diversos casos de la Europa Continental considera que las Leyes creadoras de *Reservas Económicas Sucesivas*, deben ser Leyes Normativas, y nunca, Leyes Singulares.

La *Reserva Económica Sucesiva* constituye un Derecho Objetivo pleno, que deja sin efecto otros instrumentos legales. Un buen ejemplo, es la *Reserva Económica Sucesiva* del Oro, pues dicha Estatización deja sin efecto a la Ley de Minas según su artículo 1, en el caso muy específico de los yacimientos auríferos, mientras, que los restantes yacimientos mineros, distintos del oro, siguen siendo regulados por la Ley Especial de Minas actual.

Ahora bien, a muy simple vista la *Reserva Económica Originaria* es el resultado de la política constituyente, que valdría la pena estudiar según los motivos de su *vital Exposición de Motivos*. Pero, el asunto de las *Reservas Económicas Sucesivas* es mucho más espinoso. En éste caso, es necesario estudiar a la Ley Orgánica, y específicamente los considerandos de su implementación, que pueden encontrarse, bien en las mismas Actas de

²³ Peña, J. (2003) “Manual de Derecho Administrativo: La Actividad de la Administración Pública, Policía Administrativa, Servicio Público, Fomento y Gestión Económica.” Colección de Estudios Jurídicos del Tribunal Supremo de Justicia. Caracas, Venezuela. Pág. 505.

²⁴ Artículo 2: Se ordena la transformación de las sociedades mercantiles CEMEX VENEZUELA, S.A.C.A., HOLCIM VENEZUELA C.A. y FABRICA NACIONAL DE CEMENTOS, S.A.C.A. (GRUPO LAFARGE DE VENEZUELA), sus empresas filiales y afiliadas, en empresas del Estado de conformidad con lo previsto en el artículo 100 y siguientes de la Ley Orgánica de Administración Pública, con una participación estatal no menor del 60% de su capital social.

Discusión Parlamentaria de la Asamblea Nacional; o, de forma conclusiva en la *Exposición de Motivos de la Ley Orgánica*, que termina instaurándola.

Sin embargo, Venezuela desde el 2006 dictó seis Reservas Económicas Sucesivas en cuatro áreas diferentes de la economía sin entrar en argumentos de ningún tipo que pudieren justificar semejantes medidas. Ello se debe principalmente a la poca claridad del artículo 302. Al respecto Brewer-Carías (2008) dice lo siguiente de la Constitución de 1999, “en efecto y lamentablemente, al tratar algunos constituyentes de constitucionalizar la nacionalización de la industria petrolera en el artículo 302, es decir, al tratar de elevar a rango constitucional los textos básicos de la Ley de Nacionalizaciones de 1975 (Arts. 1 y 5) sustituyendo al artículo 97 antes mencionado de la Constitución de 1961, lo que lograron fue el efecto contrario, es decir, la incorporación de una norma mal redactada e imprecisa, pero que dejó la definición del ámbito de la reserva a lo establecido mediante la “*Ley Orgánica respectiva*.”²⁵

En este sentido, la búsqueda de rigidizar constitucionalmente la nacionalización de la industria petrolera en la Constitución Patria de 1999, lo que produjo fue el efecto contrario: abrir la puerta para la desnacionalización de la industria petrolera por medio del sistema de concesiones gasíferas y petroleras de las Leyes de 1999 y 2001 (Privatización Gestionarial mediante una Ley Orgánica) en ese orden; lo que además ocurrió en la práctica, encubierto por un discurso antiliberal. Pero además, no especifica que tipos de actividades económicas pueden reservarse, y cuáles no. Tampoco establece el título jurídico justificativo para la referida medida económica. No funda criterios de ningún tipo para examinar la razonabilidad, la proporcionalidad ni la congruencia con fundamentos objetivos que pudieren legitimar en el terreno fáctico su uso. No especifica, sencillamente, nada garantísticamente útil para los operadores económicos afectados.

Por ejemplo, la técnica expropiatoria posee la fundamental utilidad pública o social. Si el Estado no expone ese título jurídico justificativo, la actuación administrativa concretizadora de la Expropiación terminará siendo una innegable vía de hecho, esto es, una expropiación inconstitucional. Pero la *Reserva Económica Sucesiva* no posee nada a nivel constitucional, ni doctrinal. Ni ningún autor institucionaliza la referida potestad con límites sustantivos, como demostrar *el carácter estratégico*, pues un Estado de Derecho requiere de probar, justificar, todo tipo de acciones estatales. Ni se indica, que clase de vicio invalidatorio puede alegarse para impugnar una *Reserva Económica Sucesiva* mal consumada.

Y la incorporación del carácter estratégico con un estudio técnico de por medio, podría ser bastante listo para encontrar reflejada *la conveniencia, la utilidad, el carácter estratégico de la Reserva Económica Sucesiva* con juicios probatorios o evidenciables; reflexiones, que bajo ningún concepto, surgen en el *Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Ordenación de las Empresas Productoras de Cemento*,²⁶ ni *la Ley Orgánica de Ordenación de las Empresas que Desarrollan Actividades en el Sector Siderúrgico en la Región de Guayana*,²⁷ ni *la Ley Orgánica que Reserva al Estado Bienes y Servicios Conexos a las Actividades Primarias de Hidrocarburos*²⁸ ni en el *Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica que Reserva al Estado las Actividades de Exploración y Explotación del Oro, así como las Conexas con Ésta*,²⁹ que fue Reformada en dos ocasiones, en años 2012 y 2014. Ninguno de los seis actos normativos cuenta con una comprobación jurídica, mucho menos técnica de las seis Reservas, sin olvidar, que si se observan los nombres de los referidos instrumentos normativos, 5 de ellos fueron dictaminados por el Poder Ejecutivo, a través de un Decreto-Ley Orgánico.

Bassols (1985) cree “a la Constitución Económica como un techo máximo reconocedor de derechos con delimitaciones, restricciones y excepciones a su vigencia, y que en todo momento, el constitucionalismo económico, requiere de un balance entre Derechos y Prerrogativas Públicas del Estado cuando interviene en los

²⁵ Brewer-Carías, A. (2008) “*La Estatización Petrolera en 2006-2007 con la Terminación Unilateral y Anticipada de los Contratos Operativos y de Asociación Respecto de las Actividades Primarias de Hidrocarburos*,” En *Nacionalización, Libertad de Empresa y Asociaciones Mixtas*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, Venezuela. Pág. 131.

²⁶ Gaceta Oficial N° 6.091 27 de Mayo de 2008.

²⁷ Gaceta Oficial N° 38.928 del 12 de Mayo de 2008.

²⁸ Gaceta Oficial N° 39.173 del 7 de Mayo de 2009.

²⁹ Gaceta Oficial N° 39.759 del 16 de Septiembre de 2011.

asuntos económicos, a través de los límites específicos de corte sustantivo-adjetivo, como la justificación a la exceptuación temporal o durable a un derecho económico.³⁰

Todo ello, porque cualquier medida intervencionista estatal posee un carácter ablativo sobre los derechos constitucionales económicos, requiriendo entonces éstos, de una justificación político-práctica para el Estado que la lleve a cabo. Peña (2009) dice “existe una relación consecencial entre la Reserva Económica e Indemnización, porque la técnica de la reserva económica implica una monopolización de una actividad económica-comercial que inicialmente ejercían los particulares.”³¹

En este sentido, señala Fernández-Espiñar (2006) “la Reserva según la corriente doctrinal dominante, se proyecta no solo sobre la titularidad de un Derecho, pues ello significaría una expropiación forzosa, sino sobre la legitimación para el ejercicio de un Derecho, o de una situación jurídica subjetiva.”³² Dicho descarte jurídico presume ser una limitación de los Derechos Económicos. Principalmente del Derecho a la Libertad Económica, porque la nueva Ley considera un ilícito económico gestionar de manera libre la añeja actividad económica de preferencia.

Naturalmente, el Derecho a la Propiedad queda a simple vista intacto, con la salvedad de uno de sus 4 atributos (o Partes): *la libre disposición de su acervo patrimonial*; mientras, que los tres restantes atributos: *uso, disfrute y goce* se mantienen intactos. Pero nada puede hacerse, porque los cuatro atributos conforman un equipo jurídico inseparable que obstruye su indivisibilidad a nivel funcional, porque a partir de la libre disponibilidad de los bienes, el operador económico disfruta de los 4 atributos esenciales de la Libertad Económica: *el libre acceso al mercado, la libre gestión de su negocio, el libre retiro del mercado y la libertad para lucrar*. Sin olvidar, que con la libre disponibilidad, el empresario puede efectivizar el uso, goce y disfrute de su patrimonio.

Muy ilustrativo es Herrero (1999) “Sin perjuicio de reconocer la orientación social de un mercado en el que se ejercita una libertad de empresa que no es sino la expresión dinámica del derecho de propiedad cuya función social afirma la propia Constitución.”³³ Y que según las palabras de Bassols (2003) “es una libertad ciudadana destinada a afectar bienes y servicios de cualquier tipo para la realización de actividades económicas de producción e intercambio de bienes y servicios conforme a un modelo de gestión organizativa con vistas las obtención de una ganancia, lucro o beneficio.”³⁴

De tal manera, que en la dinámica de los Derechos Económicos, la Propiedad es la base del derecho constitucional de la libertad económica, pues el segundo es la entera continuación del procedimiento lógico de afectar una determinada masa patrimonial a una determinada función económica. Por ello, la consecuencia jurídica inmediata de la *Reserva Económica Sucesiva* cuando es concertada con el permiso de la Sala Constitucional, es la supresión de la libertad de utilizar los bienes de la empresa para el fin inmanente en los estatutos del referido establecimiento mercantil. Y ante semejante y anormal situación, la Propiedad se queda entonces, como un Derecho Constitucional incompleto para el titular del mismo. Ya que según Peña (2003) “esta medida debe ser considerado como una excepción al principio de la libre iniciativa económica, pues, en esa línea interpretativa, puede afirmarse que la libre competencia es la regla, y la reserva económica, es la excepción.”³⁵

³⁰ Bassols, J. (1985) “*Constitución Económica*,” en *Temas Claves de la Constitución Española*. Thompson-Civitas. Madrid, España. Pág. 32.

³¹ Peña, J. (2003) “*Manual de Derecho Administrativo: La Actividad de la Administración Pública, Policía Administrativa, Servicio Público, Fomento y Gestión Económica*.” Colección de Estudios Jurídicos del Tribunal Supremo de Justicia. Caracas, Venezuela. Pág. 498.

³² Fernández-Espiñar Y López, L.C. (1986) “*Constitución y Sistema Económico*.” *Revista Española de Derecho Constitucional (REDC)* Año 6. Nº 18. Págs. 233-244.

³³ Herrero de Miñón, M. (1999) “*La Constitución Económica: Desde la Ambigüedad a la Integración*.” *Revista Española de Derecho Constitucional* Año 19. Nº 57 Septiembre-Diciembre. (REDC). Págs. 15-16.

³⁴ Bassols, J. (2003) “*La Constitución como Marco de la Legislación Económica*,” en la *Revista de Economía Industrial* Nº 349-350. Madrid, España. Pág. 20.

³⁵ Peña, J. (2003) “*Manual de Derecho Administrativo: La Actividad de la Administración Pública, Policía Administrativa, Servicio Público, Fomento y Gestión Económica*.” Colección de Estudios Jurídicos del Tribunal Supremo de Justicia. Caracas, Venezuela. Pág. 504.

De hecho, de igual forma Herrero de Miñón (1999) sostiene “la propia empresa ya no es una institución, sino que se disuelve en un haz de estipulaciones cuyo núcleo mismo es el propio empresario, titular de potestades dominicales, que a la vez contrata y negocia, puesto que la libertad de contratar tiene su fundamento en la propiedad, y se centra como el nuevo centro del Derecho de la economía, en cuanto motor de beneficio, y que le da sentido.”³⁶

El operador económico tiene el Derecho Constitucional, pero no puede *ipso facto* ejercerlo, porque la Reserva Económica Sucesiva constituye una expropiación legislativa *ope legis* cuyo objeto es el Derecho Constitucional de la Libertad Económica, a diferencia de la *Expropiación Administrativa*, cuyo objeto de acción vital, es el Derecho Constitucional de Propiedad. *¿Qué sobreviene entonces?* La Ley Orgánica creadora de la *Reserva Económica Sucesiva* instituye una *sub-fase administrativa primaria de carácter consensual*: el Estado pone una oferta de compra a los operadores económicos que fueron afligidos por la medida. Pero, que en todo caso, el operador económico puede libremente rechazar. Sin embargo, el decaimiento de la *sub-fase administrativa negocial* de la *Reserva Económica Sucesiva* activa la respectiva *sub-fase administrativa contenciosa*, o, expropiatoria, que es la siguiente fase.

En este orden de ideas, la negativa de vender de los operadores económicos afligidos trae consigo la consecuencia jurídica de activar los poderes expropiatorios de la República sobre la empresa privada, cuyo sustrato libertario fue eliminado para poder operar, según la Ley Orgánica.

Siendo así, *los operadores económicos tienen vedado dedicarse a esa actividad económica que fue descrita precisamente en dicha Ley*, surgiendo la iniciativa potestativa pública en los asuntos económicos, a través de las referidas empresas estatales, que pudieren germinar, bien, de la transmutación de las empresas privadas según la Ley, o bien, de la habilitación legislativa con la Ley Orgánica –*que puede darse*- para constituir más empresas públicas, que las existentes con la estatización de empresas privadas previas.

Entonces, el decaimiento de la fase de negociación forma el título jurídico justificativo de la potestad expropiatoria en el presente caso, hasta tal punto, que de acuerdo a lo arriba expuesto, *el principio jurídico-administrativo de la intercambiabilidad de las técnicas de intervención estatal* puede mostrarse perfectamente con una *Reserva Económica Sucesiva*, esto es, que el Estado puede utilizar varias técnicas con un fin único en una misma área.

Cabe destacar, una posición muy particular de Silva Aranguren quien sostiene que las Reservas Económicas conducen al Monopolio.³⁷

Conclusiones

Las *Reservas Económicas Sucesivas* son técnicas de intervención estatal dentro de la economía de carácter ablativa, nacionalizante y de incidencia directa sobre los medios de producción privados ubicados en el territorio nacional. Ciertamente, parafraseando a Bermejo (2000) a través del uso por el Estado de ésta técnica, se produce un refortalecimiento de la posición del sector público en el mundo económico, *por cuanto no es lo mismo asumir el moderado papel de árbitro del interés público y justificar, una reglamentación pertinente de decretadas actividades privadas, que reservarse la actividad para su exclusiva gestión posterior.*³⁸ Sin embargo, ha de advertirse, que el vital signo neutral de la decisión estatal, es completamente esencial. Cualquier tipo de gobierno puede dictaminarla; distinto, es, el fin que se persigue con cada medida estatal.

De tal modo, que la *Reserva Económica Sucesiva*, es una desprivatización de masas patrimoniales afectas a una actividad industrial o mercantil que se quiere colocar bajo la dirección del Estado con un ente descentralizado funcionalmente, creado especialmente para hacerse cargo de dicha actividad económica. Lo dicho fueron valoraciones doctrinales acerca del tema estudiado. Se considera, que son necesarios otros estudios para completar lo explanado en estas páginas.

³⁶ Herrero de Miñón, M. (1999) “*La Constitución Económica: Desde la Ambigüedad a la Integración.*” Revista Española de Derecho Constitucional Año 19. N° 57 Septiembre-Diciembre. (REDC). Pág. 21.

³⁷ Silva, A. (2011) “*La Expropiación en Venezuela.*” UCAB. Caracas, Venezuela. Pág. 133

³⁸ Bermejo, J. (2000) “*Derecho Administrativo. Parte Especial.*” Civitas. Madrid, España. Pág. 889.

Cabe decir, que dentro de la Historia Republicana Venezolana, tan sólo dos acciones de inconstitucionalidad fueron activadas contras Leyes de *Reservas Económicas Sucesivas*. Una en 1976, y otra en el año 2012. Y ninguna de las acciones fue declarada con lugar, esto es, no dieron razón a los impugnantes de las Nacionalizaciones. Ello debido, a que las *Reservas Económicas* son razonadas en el acervo cultural venezolano, como sociedad de una economía en vías de desarrollo, como inexpugnables por la autoridad gubernamental, pues existe la creencia popular, “y así debe juzgarse entonces según el Pueblo,” que todas las Nacionalizaciones constituyen unas medidas de marcado interés general para la Nación y la colectividad, que nunca pueden discutirse so pena de encontrar el reproche político de la traición a la patria.

Cabe decir, que las características de la legislación de las Reservas Económicas no poseen ninguna uniformidad en Venezuela. No existe un modelo *standard* a nivel sustantivo, ni procedimental con la respectiva materia administrativa-económica. Tanto así, que puede afirmarse rotundamente la falta de sistematicidad de los estudiosos del Gobierno en la toma de la decisión política. Sin embargo, no es la única conclusión. La ausencia de un criterio sistematizador que enmarque de un modo acorde con un Estado de Derecho a las Reservas Económicas implica catalogarlas como un acto estatal arbitrario, que se dicta libremente, de modo diferente en uno u otro caso, quebrantando así la igualdad jurídica de los diferentes operadores económicos en Venezuela.

Hay ciertos avances, si, por ejemplo, la *Reserva Legal Orgánica* de la presente masa, pero no puede creerse nunca como suficiente. Son necesarios más avances para consolidar el Estado de Derecho en los asuntos económicos del País. Si existe un profundo halo de oscurantismo en el respeto de los derechos económicos en Venezuela, donde se considera innecesario discutir o batallar asuntos de “forma” en el *procedimiento interventor del Estado en las actividades económicas*, pero las formalidades, y las garantías, son necesarias como un mecanismo dialogizante en los procedimientos configurativos de validez-legitimidad de las medidas gubernamentales frente a los operadores económicos. La eterna discusión entre el Estado y el Sector Privado por el respeto de las garantías mínimas en su legítimo poder por conducir los asuntos económicos, debe llevarse a cabo en un procedimiento legislativo.

La temática de la Constitución económica, la libertad económica y la iniciativa pública empresarial en voces de Bassols (1992) “alcanza en la Constitución Económica, un carácter emblemático al modularse con un criterio de parámetro como *la economía social de mercado* que no es en si, un concepto propiamente técnico-jurídico, sino que nos remite a reflexiones puramente económicas, de sociología económica, o de ideología político-económica, con un claro propósito de condicionar e influir en el modelo global del sistema económico...”³⁹

En la presente investigación, el carácter o rasgo estratégico de la *Reserva Económica Sucesiva* juega un rol fundamental con su verborrea jurídica, o contenido explicativo, en la Exposición de Motivos de la Ley, y con ello de su legitimidad constitucional. Y la libertad de empresa de los operadores económicos debe estar evidenciada en uno u otro caso, tanto en los particulares como con el propio Estado. En el caso de los particulares, a través de las técnicas o actos autorizatorios, que son dictados por las autoridades reguladoras, pero en el caso específico del Estado con la Reserva Económica Sucesiva con su carácter estratégico, y toda una serie de argumentos de gestión pública, economía y sociología.

Todos, que por supuesto, debieren estar mencionados allí. Ninguna de las variables propias del campo económico como núcleo de trasfondo de las Leyes fue incorporada, convirtiéndose en Leyes Administrativas vacías de contenido, *de sustantividad suficiente que las legitime ante la misma sociedad*, convirtiéndolas en meras leyes formales caprichosas. Son, valga el afincamiento, *Leyes Orgánicas inconstitucionales*, no sólo por el hecho de ser dictadas bajo la forma del Decreto-Ley por autoridad manifiestamente incompetente, sino que, no son Leyes Formales que fueren consensuadas por los representantes políticos de la sociedad ante la Asamblea Nacional.

El Ordenamiento Constitucional Venezolano circunscribe toda la esencia del proceder estatal en asuntos económicos con un conjunto globalizante de *valores superiores* y *principios jurídicos de alta incidencia* en la vida económica de los operadores económicos. Los *conceptos jurídicos indeterminados* vienen al caso también cuando enmarcan la actividad de las empresas públicas en su colaboración respectiva con empresas privadas en la elevación de la productividad de la renta nacional, pero no es suficiente.

³⁹ Bassols, J. (1992) “*La Constitución Económica*,” en Revista de Derecho Político. Madrid, España. Pág. 283.

Parejo (2005) expresa “Los términos de la actuación jurídica debida por cada uno de ellos para cumplir con su responsabilidad (y, a su través, la del Estado en su conjunto) en la realización del interés general en el curso del proceso, constantemente renovado de desarrollo constitucional únicamente resultan, *pues del respectivo código constitucional al que están sometidos*.”⁴⁰

En ambos grupos de Reservas Económicas: Reservas Económicas del Siglo XX y del Siglo XXI, lo que pudiere creerse como la práctica gubernamental, no es, pues, uniforme, ni juridificada con los lineamientos esenciales de un Estado de Derecho, o de la satisfacción efectiva de los derechos fundamentales de los operadores económicos afectados por el desarrollo de sus actividades económicas de preferencia, porque no concurre un ABC básico para llevar a cabo una efectiva o legítima Reserva Económica en un Estado como Venezuela en sintonía con un Estado Constitucional.

Tampoco existe una teorización oficial, ni mucho menos a nivel académico o doctrinal acerca del modo en que el Estado puede Nacionalizar o Estatizar una industria, o, excluir a los operadores económicos del ejercicio de una actividad económica fijada, que sea propia del sector privado. De hecho, ni siquiera entre las mismas Reservas Económicas que fueron dictadas por el Gobierno de Chávez hay una semejanza, o una aproximación sustancial-procedimental, porque los cuatro casos fueron dictados siguiendo metodologías de índole diversa, hasta tal punto, que puede entenderse, que existe un fuerte halo de oscurantismo que rodea a la presente institución del intervencionismo, que en ningún caso, guarda sintonía con la esencia de una Estatización, y en el peor de los casos, con un Estado de Derecho.

Referencias Bibliográficas

Araujo, J. (2012): “*Derecho Administrativo General. Concepto y Fuente.*” Ediciones Paredes. Caracas, Venezuela.

Bassols, J. (1985): “*La Constitución Económica,*” en Temas Claves de la Constitución Española. Thomsom-Civitas. Madrid, España.

Bassols, J. (1992): “*La Constitución Económica,*” en Revista de Derecho Político. Madrid, España.

Bassols, J. (2003): “*La Constitución como Marco de la Legislación Económica,*” en la Revista de Economía Industrial N° 349-350. Madrid, España.

Bermejo, J. (2000): “*Derecho Administrativo. Parte Especial.*” Civitas. Madrid, España.

Brewer-Carías, A. (2000): “*Reflexiones Críticas sobre la Constitución de 1999.*” Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, Venezuela. Pág. 77.

Brewer-Carías, A.R. (2011): “*La Constitución de 1999 y la Enmienda Constitucional de 2009.*” Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, Venezuela.

Brewer-Carías, A.R. (2008): “*La Estatización Petrolera en 2006-2007 con la Terminación Unilateral y Anticipada de los Contratos Operativos y de Asociación Respecto de las Actividades Primarias de Hidrocarburos,*” En Nacionalización, Libertad de Empresa y Asociaciones Mixtas. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, Venezuela.

Flume, R. (1952): “*Steuerwesen und Rechtsordnung,*” en Festgabe für Rudolph Smend. Gottingen, Deutschland.

García, E. (2004): “*La Lucha Contra las Inmunidades del Poder.*” Thomsom-Civitas. Madrid, España.

García, R. (1988): “*Las Aporías de los Derechos Fundamentales Sociales y el Derecho a la Vivienda*”. Thomsom-Civitas. Madrid, España.

⁴⁰ Parejo, L. (2005) “*Reflexiones Sobre la Economía y la Administración Pública en la Constitución,*” en Cuadernos de Derecho Público Núm., 25. (Mayo-Agosto: 2005). Madrid, España. Pág. 52.

Hernández, J. (2008): “Nacionalización y Libertad de Empresa” en la obra *Nacionalización, Libertad de Empresa y Asociaciones Mixtas*. Colección Instituto de Derecho Público N° 3. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, Venezuela. Pág. 69.

Herrero de Miñón, M. (1999): “*La Constitución Económica: Desde la Ambigüedad a la Integración.*” *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 19, N° 57. Pág. 15-16.

Katzarov, K. (1960): “*Théorie de la Nationalisation.*” Editions de la Baconnière. Suiza. Pág. 1.

Martín, R. (1977): “*Derecho Administrativo Económico: El Estado y la Empresa.*” Ediciones Pirámide S.A. Madrid, España.

Martín-Retortillo, S. (1991): “*Derecho Administrativo Económico. Tomo I.*” Editorial La Ley. Madrid, España. Págs. 203 y 251.

Moles, A. (1997): “*El Principio de Legalidad y sus Implicaciones,*” en *Estudios de Derecho Público*. Universidad Central de Venezuela. Caracas, Venezuela.

Nabantino, J. (1977): “*Sistema Brasileiro de Direito Económico.*” Editora Resenha Tributaria. Sao Paulo, Brasil.

Norberto, B. (2002): “*Diccionario de Política.*” Siglo XXI Editores. México D.F., México.

Parejo, L. (2005): “*Reflexiones Sobre la Economía y la Administración Pública en la Constitución,*” en *Cuadernos de Derecho Público* Núm., 25. (Mayo-Agosto: 2005). Madrid, España.

Pemán, J. (1991): “*Las Leyes Orgánicas: Concepto y Posición en el Sistema de Fuentes del Derecho,*” en *Libro Homenaje a Eduardo García De Enterría*, Tomo I. Civitas, Madrid, España.

Peña, J. (2003): “*Manual de Derecho Administrativo: La Actividad de la Administración Pública, Policía Administrativa, Servicio Público, Fomento y Gestión Económica.*” Colección de Estudios Jurídicos del Tribunal Supremo de Justicia. Caracas, Venezuela.

Rodríguez, J.M. (2005): “*La Consagración Constitucional del Principio de Legalidad como Límite por las Normas Aprobadas por la Administración.*” Civitas. Madrid, España.

Santamaría, J. (1979): “*Las Leyes Orgánicas: Notas en Torno a su Naturaleza y Procedimiento de Elaboración,*” En *Revista de Derecho Político* N° 4. Págs. 39-57.

Severo, M. (1977): “*Diritto Pubblico dell Economia.*” Giúfre. Milano, Italia.

Villar, J. (1994): “*Tipología y Derecho Estatutario de las Entidades Instrumentales de las Administraciones Públicas,*” AAVV, Administración Industrial. Civitas. Madrid, España.

Gaceta Oficial N° 5.453 Extraordinario del 24 de Marzo de 2000. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999).

Gaceta Oficial N° 5.555 Extraordinario del 13 de Noviembre de 2001. Decreto-Ley General de Bancos Y Otras Instituciones Financieras (Derogado).

Gaceta Oficial N° 5.568 Extraordinario de Fecha 31 de Diciembre de 2001. Ley Orgánica del Servicio Eléctrico.

Gaceta Oficial N° 6.091 27 de Mayo de 2008. Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Ordenación de las Empresas Productoras de Cemento.

Gaceta Oficial N° 38.928 del 12 de Mayo de 2008. Ley Orgánica de Ordenación de las Empresas que Desarrollan Actividades en el Sector Siderúrgico en la Región de Guayana.

Gaceta Oficial N° 39.173 del 07 de Mayo de 2009. Ley Orgánica que Reserva al Estado Bienes y Servicios Conexos a las actividades Primarias de Hidrocarburos.

Gaceta Oficial N° 39.759 del 16 de Septiembre de 2011. Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica que Reserva al Estado las Actividades de Exploración y Explotación del Oro, Así como las Conexas con Ésta.

Sentencia N° 1502 del 04 de Agosto de 2006 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

Sentencia N° 1507 del 05 de Junio de 2003 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

La carta de intenciones en la contratación mercantil venezolana¹

Isaac Gabriel Fereira Espina²

Isabella Saray Paredes Araujo³

José Alexy Farías⁴

Resumen

El artículo científico tuvo como finalidad estudiar la compatibilidad de la carta de intenciones en la contratación mercantil venezolana. En la investigación se usó una modalidad documental, confrontando los criterios de diversos doctrinarios especializados en el área de los acuerdos mercantiles. Fue aplicado el método de hermenéutica jurídica, quedando evidenciadas las características, propiedades y prerrogativas de la Carta de intenciones, como instrumento Mercantil idóneo para solventar necesidades de los comerciantes, en atención a su simplicidad de trámites y de formalismo legales. Todo concatenado con el principio de la libre autonomía de la voluntad de las partes, esencial en el Derecho Mercantil.

Palabras claves: Instrumento mercantil, contrato atípico, tratativas.

The letter of intent in Venezuelan commercial contracts

Abstract

The purpose of the scientific article was to study the compatibility of the letter of intent in Venezuelan commercial contracts. In the investigation a documentary modality was used, confronting the criteria of diverse specialized doctrinarians in the area of the mercantile agreements. The method of juridical hermeneutics was applied, being evidenced the characteristics, properties and prerogatives of the Letter of Intent, as a suitable Mercantile instrument to solve the needs of the merchants, in attention to its simplicity of proceedings and legal formalism. All concatenated with the principle of the free autonomy of the will of the parts, essential in the Mercantile Law.

Keywords: Commercial Instrument, atypical contract, agreements.

Introducción

El instrumento mercantil conocido como la Carta de Intenciones, es la protagonista en una gran gama de estudios gracias a su versatilidad, empirismo técnico-jurídico y a su capacidad de aglutinar diversos supuestos de hecho, enmarcados en cualquier circunstancia por la simplicidad de sus formalismos. Esta figura ha sido examinada a profundidad por letrados doctrinarios especializados en el área de las contrataciones mercantiles, con

Admisión: 03/12/2020 Aceptación: 14/1/2021

¹ Este artículo es derivado del Trabajo Especial de Grado, titulado: La Carta de Intenciones en la contratación mercantil venezolana. Universidad Rafael Urdaneta, Maracaibo, Venezuela.

² Abogado. Universidad Rafael Urdaneta. Maracaibo, Venezuela. Correo electrónico: isaacgfereira@gmail.com

³ Abogada. Universidad Rafael Urdaneta. Maracaibo, Venezuela. Correo electrónico: ispa428@gmail.com

⁴ Abogado. Magister en Derecho Procesal Civil. Universidad Rafael Urdaneta. Maracaibo, Venezuela. Correo electrónico: joseafarias@gmail.com

la finalidad de esclarecer y detallar, las características, naturaleza y prerrogativas de la misma. Siendo esto así, como primer acercamiento, la Carta de Intención constituye una herramienta jurídica-comercial que permite a las partes delimitar su propósito de negociar (en su modalidad más pura) o dejar evidencia del compromiso de realizar una determinada obligación de hacer respecto a una relación comercial, vinculando a las partes para llegar a un acuerdo final (cartas de compromiso).

En Venezuela las Cartas de Intenciones son someramente conocidas, con un reducido análisis científico por parte de la doctrina, los órganos legislativos y los operadores judiciales, sin embargo, en la praxis comercial, el uso de este documento es bastante común entre los pequeños y grandes empresarios, a pesar del vacío legal y doctrinario existente. De allí la utilidad de profundizar sobre este fenómeno, puesto que, en él se fijan postulados básicos, que clarifican los elementos esenciales de las obligaciones mercantiles contractuales; con la potestad de ser una herramienta sucinta que permite, asegurar y precisar *el iter negocial*, e identificando los puntos claves del mismo.

En el mismo orden de ideas, en vista de la incertidumbre en la contratación mercantil venezolana, y aunado a la agilidad y rapidez que orienta el tráfico jurídico mercantil; se ha articulado la presente investigación, para demostrar la compatibilidad de dicho instrumento con el ordenamiento jurídico venezolano, con un enfoque detallado y metódico que redimensiona el conocimiento de la carta de intenciones y sus modalidades, para promover la implementación de la misma en las negociaciones mercantiles de la Nación.

1. Carta de Intenciones como instrumento mercantil

Se le denomina Carta de Intenciones, a aquellos documentos cuyo objetivo no es más que comunicar una invitación a negociar (Lake y Draetta, 1994), en otras palabras, las cartas de intenciones son instrumentos mercantiles, destinados a cimentar las bases de las negociaciones preliminares de una transacción mercantil; con la finalidad principal de exhortar a las partes a acordar los lineamientos iniciales de un negocio. En las mismas circunstancias, Marín (2012), ha optado por emplear la connotación de “invitaciones a negociar” para referirse a la Carta de Intenciones:

Consecuentemente, conforme a la doctrina española las invitaciones a negociar serían documentos unilaterales susceptibles de aceptación, cuyos rasgos característicos son, por un lado, la intención de una de las partes de tratar, y no de vincularse; y por otro, que este documento no contenga todos los elementos del contrato que se pretende celebrar. Por tanto, la aceptación no conlleva la perfección del posible contrato, sino simplemente la asunción de los condicionantes de dicha voluntad de tratar que están recogidos en la invitación a negociar. (Marín, Héctor. 2012: 375).

De igual forma, Navares (2011) señala que, respecto a la Carta de Intenciones, es fundamental tener en cuenta las modalidades de la misma en el ámbito del *Common Law* o Derecho Anglosajón, y es así como, en cuanto a la modalidad más pura y simple, el precitado autor, en concordancia con Lake y Draetta (1994), establece que, es un documento unilateral (dirigidos a que otros formulen ofertas o iniciar negociaciones) o bilateral en el que una o ambas partes llevan a cabo una serie de declaraciones para un determinado negocio. (Navares, 2011)

De manera semejante, un sector autorizado de la doctrina manifiesta que la Carta de Intención posee únicamente un carácter unilateral, puesto que, consideran que en ella se especifica la prestación y consentimiento de una parte para una obligación de hacer. Sin embargo, el carácter bilateral de la carta, va a depender de que la parte receptora exprese su consentimiento e interés de establecer un primer contacto con la parte emisora, con el fin de mantener los cimientos de un futuro contrato y así generar efectos y obligaciones entre ambas partes.

Ahora bien, con ánimo de esbozar una definición, que abarque todas las características modernamente aceptadas, la Carta de Intenciones en un *lato sensu*, es una invitación a negociar unilateral o bilateral, donde se expresa de forma escrita el memorial del *iter negocial*; así se verifica por un lado la voluntad de la parte interesada o emisora, de establecer el primer acercamiento prístino con la parte receptora, con el fin de que esta última, la acepte y corresponda, siendo así el inicio de las tratativas preliminares para la celebración de un ulterior contrato.

Por otra parte, en *strictu sensu*, por la amplitud de la figura, el concepto dependerá del acuerdo al que aspiren llegar las partes y las cláusulas a las que pretendan acogerse. De todo esto, se desprende que dichas conductas jurídicamente aspiradas, se basan en la libertad contractual como supuesto ontológico radical, en la buena fe como recurso integrante del procedimiento de comprensión de los acuerdos, así como de otros factores que hacen alusión a la estructura y a la capacidad de poder perseguir jurisdiccionalmente, con respaldo de la fuerza pública si se incumple los acuerdos alcanzados.

1.1. Elementos estructurales de la carta de intenciones.

Además de describir las nociones base para la carta de intenciones, adicionalmente corresponde el análisis jurídico de la estructura de estos instrumentos mercantiles, que de una forma u otra aluden a los siguientes elementos esenciales:

Principio de libre autonomía de la voluntad de las partes: En Venezuela, las Cartas de Intenciones no se encuentran tipificadas en nuestro ordenamiento jurídico, por eso su naturaleza es atípica/innominada, porque son acuerdos que carecen de una regulación legal en la legislación patria. Tendrían cabida en el campo jurídico venezolano, en virtud de este principio, el cual permite que los sujetos pacten una reglamentación negocial distinta de la prevista en la ley, siempre y cuando su desenvolvimiento no suponga la violación de normas imperativas. (Diez-Picazo y Gullón, 1992). Dicho precepto es conocido de igual forma, como el principio de la libertad de contratar, que consiste en la posibilidad de poder escoger el tipo de acuerdo o contrato que se quiera emplear, y crear tipos que no correspondan a las figuras tradicionales que se encuentran reguladas en la ley. (Ojeda, 2001).

A tal efecto, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999) ha consagrado en su artículo 20, el libre desenvolvimiento de la personalidad como derecho humano fundamental, que concatenado con el derecho de libertad económica contemplado en el artículo 112 del mismo texto constitucional; determina la libertad de las personas para establecer sus relaciones contractuales, distinguiendo como límite las normativas atinentes al derecho ajeno y el orden público, tradicionalmente previstos en el artículo 6 del Código Civil (1982).

Cabe acotar que, desde el enfoque del Derecho Administrativo se destaca la sentencia, exp. 2000-0228 de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia (de ahora en adelante TSJ), de fecha 12 de abril de 2007, Ponente Emiro Antonio García Rosas, en donde se acordaba celebrar un contrato administrativo de prestación de servicios públicos con la Promotora Jardín Calabozo C.A. En el caso, las partes convinieron en suscribir una “Carta de Intención”, para la posterior celebración de un Contrato Administrativo de Prestación del Servicio Público de Cementerios y Servicios Funerarios:

En repetidas oportunidades ha señalado esta Sala que los contratos administrativos tienen implícitas ciertas cláusulas que sobrepasan las del derecho común, porque exceden o superan a lo que las partes han estipulado en el contrato, siempre que sea para salvaguardar el interés general. En este sentido, en el contrato administrativo los principios de la autonomía de la voluntad e igualdad jurídica de las partes quedan subordinados al interés público que prevalece sobre el interés de los particulares. (TSJ/SPA, 2007: exp. No. 2000-0228)

En dicha “Carta de Intención”, se estableció dentro de los lineamientos generales el lapso en el cual se tendría que celebrar el correspondiente contrato administrativo, y de igual forma, las obligaciones que tendría la Promotora Jardín Calabozo C.A. Lo resaltante del criterio del Magistrado, es la particularidad establecida en el área de los contratos administrativos, donde cualquier acuerdo incluyendo una Carta de Intención, quedará subordinada al interés público.

De esta manera, a pesar de que la figura de la carta de intenciones no se encuentra regulada en el ordenamiento jurídico venezolano, es totalmente compatible con el elemento configurador del contenido de un acuerdo, que es la voluntad como interacción humana capaz de diseñar un proyecto de conducta, es así como, puede emplearse, en virtud de este y los siguientes elementos de la carta. Como se ha verificado, el principio de autonomía de la voluntad es la piedra angular del contrato, la cual debe concatenarse con otros factores para adquirir la debida validez jurídica, puesto que, aplicando la analogía; la autonomía de la voluntad es como la pierna de una persona,

que necesita de la otra, para que el cuerpo humano (el acuerdo), logre sostenerse y cumpla a cabalidad su función. Esta otra pierna, no es más que, la buena fe.

Buena fe: En sentido subjetivo la buena fe, se refiere a la intención con que obran las personas o la creencia con que lo hacen, por lo cual se le llama buena fe-creencia. Y en sentido objetivo, la buena fe actúa como regla de conducta, es un estándar jurídico que orienta la actuación ideal del sujeto, lo que determina que se le denomine buena fe-lealtad. (Soto, 2003). Para la legislación venezolana, la buena fe constituye siempre una presunción, con base a lo establecido en el artículo 789 del Código Civil (1982), debiendo probarla solo quien alegue la mala.

Debido a esto, el área de la contratación privada, reposa en los principios fundamentales de la autonomía de la voluntad, la buena fe (artículo 1.160 del Código Civil de 1982) y el principio de *pacta sunt servanda*, siendo la buena fe, fiducia o confianza de importante trascendencia, pues obliga a las partes a comportarse leal y honestamente en sus relaciones contractuales. La buena fe presupone un elemento integrante del proceso de comprensión reguladora de la carta de intención, porque actuar a espaldas de la buena fe, conllevaría a un daño patrimonial, que acarrea un deber indemnizatorio.

Principio de *pacta sunt servanda*: Es uno de los principios más sucintos en materia de acuerdos, se apoya en el flexible entendimiento de que los pactos deben ser cumplidos, como fueron pactados. Del mismo modo, el principio *pacta sunt servanda* expresa que el acuerdo al que se llegó, es el fiel reflejo de la intención y la voluntad común de las partes, por lo tanto, atendiendo a su autonomía privada, los participantes (por regla general) no pueden negarse a cumplir las obligaciones asumidas en el acuerdo. (Soto, 2003). Es en *prima facie*, el acomodo de las aspiraciones de ambos sujetos, en un solo interés, el convenir, donde cada uno ha tenido que renunciar a una ventaja para obtener un beneficio, como paradigma de la autonomía, los sujetos van a hallarse regulados por un diseño normativo pensado por ellos mismos. Todo de conformidad con el artículo 1.159 del Código Civil (1982).

Seguridad jurídica: Es un principio estrechamente conectado a el Estado de Derecho que se concreta en exigencias de: corrección estructural (formulación adecuada de las normas del ordenamiento jurídico) y corrección funcional (cumplimiento del Derecho por sus destinatarios y especialmente por los órganos encargados de su aplicación). (Pérez, 2000). La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999), hace referencia a la seguridad jurídica en sus artículos 27 y 55.

En el área contractual, la seguridad jurídica se manifiesta, a propósito de que, si una de las partes contratantes no realiza lo establecido en el acuerdo que firmo, la otra puede acudir a los órganos jurisdiccionales, para que el juez llamado a resolver la controversia, cumpla su cometido y la parte afectada sea resarcida, aun cuando, el legislador nunca renuncia a que la conducta se materialice de forma espontánea, pero si el sujeto se mantiene requirente, deberá aplicarse con la mayor fidelidad y diligencia posible, los preceptos de la ley.

2. Naturaleza Jurídica de la Carta de Intenciones

Partiendo de los supuestos anteriores, se precisa abordar la fenomenología de la misma, esto se ilustra al concatenarlo con las modalidades, sin embargo, es necesario en un momento primigenio especificar que la Carta de Intención, subyace dentro del ámbito o esfera del Derecho Privado, por lo que, se rige por el principio de la autonomía de la voluntad de las partes manifestada en actos jurídicos. Ahora bien, al advertir su elemento funcional, adelantamos sus modalidades, que pueden variar según la manifestación que dicho instrumento tenga. Dentro de este marco fenomenológico encontramos:

2.1. La Carta de Intenciones en su modalidad más pura

Esta tipología por su contenido ético o moral, pertenecen al grupo de tratativas preliminares; se sitúan en el periodo precontractual, puesto que, tienen como objetivo llegar a la elaboración de un proyecto de contrato valorativo vinculante para las partes (Zavalía, 1997). En este tipo de carta de intenciones, simplemente los intervinientes se acercan entre sí, e intercambian ideas acerca del futuro contrato, no provoca el nacimiento de un vínculo jurídico *ab initio*, con la salvedad de que, en caso de ruptura injustificada de negociaciones, junto con una

cláusula de responsabilidad estipulada por las partes, podría generar resarcibilidad por daños ocasionados o gastos realizados. Por eso, la utilidad práctica de este tipo de acuerdos es secundaria, en tanto sirven únicamente, como prueba de las conversaciones y/o negociaciones, que se estaban llevando a cabo. (Waisman, 2003).

Como se puede inferir, las cartas de intenciones inducen a una responsabilidad precontractual, por su contenido ético o moral, que como se evidenció, caracteriza y forma parte de las tratativas preliminares, ya que en estas simplemente se señalan las negociaciones que están llevando a cabo los sujetos para alcanzar un acuerdo final, siendo así el asunto, es conceptualmente inadecuado hablar de incumplimiento de carta de intenciones, puesto que, no se está ni siquiera en la fase de preparación de un contrato, solo se están marcando las pautas de una posible transacción ulterior. Hasta este momento, esta figura no generaría ningún tipo de responsabilidad, porque si no se llega a un acuerdo, las partes no se encuentran obligadas por términos algunos. (Llodrà, 2003).

Por consiguiente, la única trascendencia, que puede tener este tipo de carta de intenciones, es no conseguir el fin al que se destinan, es decir, el proyecto y posterior celebración del contrato. La frustración de este fin puede deberse al hecho de que las partes de mutuo acuerdo decidan no continuar negociando, opción ésta que no debería generar problemas; o al hecho de que sólo una de las partes decida no seguir negociando. En esta instancia no es viable hablar de incumplimiento en términos similares al incumplimiento contractual, puesto que, para incumplir debe haberse fijado una prestación debida y en la fase preliminar todavía no hay contrato. (Llodrà, 2003).

Ahora bien, el derecho se caracteriza por no ser una ciencia exacta, porque se basa en razonamientos bien contruidos y admite varias interpretaciones de la norma, siempre y cuando sea de forma lógica, de allí que, la responsabilidad precontractual de estas cartas, puede originarse debido a que la misma, al momento de señalar la intención a negociar y que esta sea aceptada, genera que las pautas de la negociación sean de buena fe, todo esto vinculado con la especificación de la confidencialidad de lo expresado en la carta entre las partes (cláusula de confidencialidad). Asimismo, puede producir responsabilidad precontractual, cuando haya una legítima confianza en la suscripción de un contrato futuro, se rompan las negociaciones por una causa injustificada y se produzca un daño por tal ruptura (Marín, 2012). Con base a lo último, el artículo 1.185 del Código Civil (1982) consagra que el que, con intención, o por negligencia o por imprudencia, ha causado un daño a otro, está obligado a repararlo (Zavalía, 1997).

De allí que, en este tipo de carta, el juez debe apreciar con detenimiento el contenido de dicho instrumento, puesto que, es condición de procedencia de la responsabilidad precontractual por ruptura injustificada de tratativas, la subsistencia de la culpa, que en este último ámbito, se denomina culpa *in contrahendo*; el magistrado debe atender a las circunstancias del caso concreto y verificar, de un lado, si las tratativas crearon confianza «legítima» en la contraparte respecto a la celebración del futuro contrato y no una mera expectativa, si la ruptura de las tratativas fue injustificada y en particular, a la proximidad de las conversaciones respecto al futuro contrato o de manera más general, al avanzado estado de las negociaciones. (Zavalía, 1997).

En este mismo orden de ideas, se observa que uno de los Sistemas legales que más precedentes judiciales tiene respecto al mencionado instrumento Mercantil es el Sistema Español, quién claramente demarca sus modalidades, refiriéndose así a las Cartas de Intenciones en su modalidad más pura, mediante la sentencia exp. No 3845, emanada de la Sala Civil del Tribunal Supremo Español, el 25 de junio del año 2014, con ponencia de Sebastián Sastre Papiol:

Es criterio doctrinal y casacional al interpretar la carta de intenciones, que se haga partiendo de su significado literal pero además, atendiendo como argumento de refuerzo (y para el caso de que se entendiera que su tenor era dudoso y podía contravenir la verdadera intención de las partes) a los actos anteriores, de los que se dedujo que la demandada no deseó vincularse más que para negociar, sin considerar que concurrían los elementos de consentimiento, objeto y precio necesarios para avalar la tesis de la actora sobre la existencia de contrato o precontrato. (TSE, 2014: exp. No. 3845).

El operador de Justicia examinó con detenimiento las declaraciones de las partes y los hechos probados, para concluir que la intención de las partes no fue cerrar un contrato, sino fijar “un punto de inicio” respecto a su negociación, no existió un contrato de cesión, por el contrario, sólo hubo unas tratativas previas y que el señalamiento de los elementos esenciales de un futuro contrato quedaba a expensas de un nuevo acuerdo ulterior. Ha este respecto, los órganos jurisprudenciales de Colombia, han remarcado las funciones de la Carta de intención, a tenor de lo estipulado en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, exp. No 6151, fecha 12 de agosto del 2002, Magistrado Ponente José Fernando Ramírez Gómez:

Es obvio que en caso de aceptación, todos los actos, tratos o conversaciones preliminares llevados a cabo con el fin de perfeccionar el acuerdo de voluntades, en un momento dado resultarían trascendentales, no solo para desentrañar la verdadera intención de las partes, sino para ver cuáles fueron las reglas de juego, inclusive jurídicas, a las que se iban a someter, conductas que, desde luego, cobrarían mayor relieve si después de ocurrida la propuesta, así como su aceptación por el destinatario, aparecen ratificadas de modo expreso o tácito. (CSJ/ SCC, 2002: exp. No. 6151)

Sucede pues que, esta decisión judicial expresa las funciones de todos aquellos actos, negocios y conversaciones preliminares; es así como, primero desvelan la intención de los sujetos, es decir, le permiten al juez entender la causa del negocio y segundo establecen las reglas a las que se someten voluntariamente las partes. En el ámbito doméstico existe una confusión doctrinaria, en virtud de la sentencia exp. No 14-0662, de la Sala Constitucional del TSJ en fecha 20 de Julio de 2015, con ponencia de Marcos Tulio Dugarte Padrón; menciona a las cartas de intenciones para diferenciarlas de un contrato preliminar y de las tratativas preliminares:

El contrato preliminar es un verdadero contrato, que puede venir, a su vez, precedido de tratativas. Se diferencia también de los acuerdos parciales, de las minutas de contrato y de las cartas de intención, figuras que se insertan en la formación progresiva del contrato, pero que carecen de carácter contractual preliminar y, por ende, no procede la ejecución forzosa de éstas. (TSJ/SC, 2015: exp. No. 14-0662)

La Sala Constitucional trato de tutelar efectivamente todos los actos de formación del negocio jurídico, pero se observa una disyuntiva por ignorancia de esta figura, su esencia, modos y propósitos; el Sentenciador sitúa a las Cartas de Intención en la esfera ético-moral, sin tomar en consideración el asidero doctrinal que les da fuerza y valor de contrato (en su modalidad de Cartas de Compromiso) e incluso responsabilidad contractual, siempre y cuando se llenen los extremos mercantiles obligacionales necesarios. Se ha verificado que el criterio del jurisprudente extranjero es mucho más preciso, al momento de escudriñar al instrumento y sus modalidades, tomando en cuenta que hay un mayor asidero doctrinal y una particular transcendencia de este fenómeno en la contratación mercantil, aunado a esto, se le da un valor esencial a las negociaciones preliminares, como la forma idónea y seria de acercamiento primigenio entre centros de imputación de poder.

2.2. La Carta de Compromiso

Esta es una de las modalidades de la carta de intención, perteneciente al área de los contratos preliminares, debido a que esta obliga a la conclusión de otro contrato (Zavalía, 1997). Para evitar que a través de la equivocidad de las palabras se deriven errores conceptuales, se debe precisar que la Carta de Compromiso, es un contrato atípico; en otras palabras, carece de una reglamentación específica, es decir, no hay alguna disposición expresa de la ley que regule esta determinada figura.

Sobre esta base se afirma que, las Cartas de Compromiso (contrato preliminar), obligan a la conclusión de otro contrato (definitivo), regulando los intereses de las partes y a partir del cual existiría una responsabilidad contractual. A modo ilustrativo, en este tipo de carta, la empresa o la parte declara, verbigracia, su intención y compromiso de comprar o vender un bien, acciones o prestar un servicio determinado, y en el mismo texto se obliga a celebrar un contrato definitivo con el resto de los detalles obligacionales. A juicio de los investigadores, la Carta de Compromiso es un instrumento mercantil de naturaleza precontractual, cuya finalidad es establecer los

lineamientos del *iter negocial*, las obligaciones a las que las partes se someten y el compromiso de perfeccionar el acuerdo mediante un contrato definitivo.

En tanto al valor probatorio que tendrían cualquiera de las dos modalidades, se regula por medio del artículo 444 del Código de Procedimiento Civil (1990), el cual preceptúa que, a la parte a quien se le endilgue la autoría de un documento privado puede reconocerla o desconocerla de forma expresa, por lo que, si la reconoce gozaría de pleno valor probatorio, o si por el contrario, la impugna, se invierte la carga de la prueba al promovente de demostrar su veracidad, y así permitirle al administrador de justicia presumir la existencia del hecho que se reputa.

Partiendo de los supuestos anteriores, esta segunda modalidad de las Cartas de Intenciones (Cartas de compromiso) generan una responsabilidad contractual, en efecto, se está en presencia de un contrato atípico, de alcance variable, es decir, son aptos para obligar a los firmantes de distintos modos; pero cuyo objeto y condición siempre, es el perfeccionamiento de un acuerdo final. Las Cartas de Compromiso, contienen algo más que una obligación genérica de buena fe, ya que, estipulan obligaciones específicas, o incluso incluyen elementos esenciales del acuerdo final. (Waisman, 2003)

De acuerdo con este punto de vista, la responsabilidad contractual es la obligación de reparar los daños causados por el incumplimiento de una obligación nacida de un contrato (Cartas de Compromiso). Las obligaciones contractuales son las prestaciones a las cuales se obligan las partes cuando celebran un convenio para constituir, reglar, transmitir, modificar o extinguir entre ellas un vínculo jurídico, con base a lo establecido en el artículo 1.133 del Código Civil (1982). Es así como, la Carta de compromiso, creadora de obligaciones, tiene fuerza de ley entre las partes, debiendo los sujetos de la relación cumplir exactamente aquello a lo que se han comprometido, a tenor de lo estipulado en los artículos 1.137, 1.159 y 1.264 del Código Civil (1982). Estos compromisos contractuales incluyen no sólo aquellos que se desprenden del propio contrato, sino también los que se derivan de los usos y costumbres mercantiles, al decir del artículo 9 del Código de Comercio (1955).

Es menester considerar, que el surgimiento de la responsabilidad contractual en las cartas de compromiso, está íntimamente ligado a las cláusulas contenidas en el documento, que pueden variar según la negociación que quieran llevar a cabo las partes, aun cuando, la parte medular que da origen a este tipo de responsabilidad son las: Cláusula de exclusividad, que busca asegurar que el vendedor solo negocie con el comprador; Cláusula de Continuidad, que consisten en una obligación de no hacer, por parte del vendedor, es decir, no realizar operaciones por fuera del curso ordinario de los negocios que puedan poner en riesgo el patrimonio de la sociedad; Cláusula de confidencialidad; Y el señalamiento expreso del compromiso que asumen las partes de llegar a un contrato definitivo. (Parra, 2013).

Al realizar un análisis comparativo, de las sentencias provenientes del fuero internacional, se examina en un primer momento, el caso *Computer Systems of America (CSA) vs. International Business Machines Corporation (IBM)*; decisión judicial emanada por La Corte de Apelaciones de los Estados Unidos, la cual consistió en que CSA acordaron entregar en *leasing* un sistema de computadores a IBM, mediante una Carta de Intenciones que estipulaba condiciones como: la duración del *leasing*, el precio y otros detalles sobre la entrega de los computadores. Sin embargo, en el documento se estableció que el acuerdo firmado era dependiente de un acuerdo contractual satisfactoriamente celebrado *a posteriori*, incluyendo en la redacción del mismo el deseo y compromiso de las partes en estar vinculadas. Es por esto que los investigadores consideran que en este caso se estaba en presencia de una Carta de Compromiso, incluso la Corte de Apelaciones indica que, es **imposible** llegar a la inferencia de que dicho acuerdo no era vinculante para las partes, por la redacción legal, blindada y articulada de la carta, es decir, le dio fuerza vinculante a un documento similar a una carta de intención.

Por otra parte, en Venezuela la jurisprudencia es vacilante y escasa, producto de la falta de previsión legislativa, y el poco estudio doctrinario Nacional que ha precedido a esta institución. Sin embargo, con el devenir de los años las circunstancias han cambiado, por la tendencia de que las partes autorregulen sus propios acuerdos. Dentro de esta perspectiva la primera sentencia que estudia y analiza a profundidad la Carta de Intenciones, es la sentencia de alzada exp. 14.262 del Juzgado Superior Cuarto en lo Civil, Mercantil y del Tránsito, de fecha 30 de septiembre del 2014, con ponencia de Evelyn D Apollo. Al proferir el fallo, la Juez estableció una definición,

fundamento jurídico y los fines con los cuales son empleadas las Cartas de Intenciones. Al decir del sentenciador, se puede entender por carta de intenciones como:

documentos que, careciendo de una formalidad determinada, tienen como objetivo dejar constancia de la voluntad de las partes en llevar a cabo en un futuro, los pasos necesarios para realizar un contrato que dé paso a una transacción o negocio internacional. Se traduce en una declaración de voluntades recíprocas con alto valor ético para las partes que lo suscriben. (Juzgado Superior Cuarto en lo Civil, Mercantil y del Tránsito, 2014: exp. No. 14.262).

La sentencia de alzada hace énfasis en considerar a la carta como un contrato, debido a su compatibilidad con el artículo 1.133 del Código Civil Venezolano (1982). Este razonamiento se basó en que el documento, buscó establecer los parámetros por los cuales se dirigiría el negocio jurídico, todo con base a la libre autonomía de la voluntad de las partes, dando origen a una convención con el objeto de “constituir, reglar, transmitir, modificar” un vínculo jurídico, generando así, una fuente de obligaciones *inter partes*. Pero lo que determinó la denominación de contrato preparatorio es que: es un documento autónomo que prepara la celebración de otro contrato, ya que cada uno de los contratantes tiene el derecho de exigir que el otro se preste a la estipulación del contrato definitivo; es principal, ya que subsiste con independencia del contrato futuro y es supeditado a la realización de un contrato definitivo ulterior.

Es manifiesto el descuido del Sentenciador al mezclar de forma desenfocada en la definición de Carta de Intención, en su modalidad más pura con lo que representa la Carta de Compromiso...su interpretación es errada y con perspectiva diametralmente opuesta, en cuanto y en tanto, confunde sus modalidades; y de la lectura de la decisión se manifiesta fácticamente, una infeliz redacción al considerarla como un contrato (“...expresando la voluntad de éstas, por lo que siendo así, considera quien aquí decide, **que no encontramos ante** la presencia de un contrato...”) aludiendo posteriormente a su noción, dotando al instrumento de responsabilidad contractual, cuyo fundamento jurídico señala que es el principio de la autonomía de la voluntad. De esta manera, el Sentenciador hace referencia a que los propósitos de la carta de intenciones, son tres:

- La aclaración de los puntos clave de una operación por la conveniencia de las partes.
- La declaración oficial de que las partes están negociando en la actualidad.
- Proporcionar garantías en caso de que el acuerdo finalmente fracase durante la negociación. (Juzgado Superior Cuarto en lo Civil, Mercantil y del Tránsito, 2014: exp. No. 14.262).

Si bien la sentencia de alzada apunta a establecer a las Cartas de Intención como una alternativa idónea, la realidad es que, en este intento, mezcla sus ya variadas concepciones e ignora sus modalidades, incluso en la descripción del objetivo de la Carta. En la perspectiva de Menéndez (1998), los fines de la carta no son más que, informar, discutir, cooperar, asegurar, ofrecer y, como fin último, concluir un futuro contrato. Se aprecia de lo expuesto que los objetivos de las cartas de intenciones de forma general son los siguientes:

1. Presentar las intenciones de llevar a cabo una negociación, con el fin de que la otra parte lo acepte, y comenzar los tratos preliminares de un futuro contrato.
2. Generar un medio de prueba que, a pesar de que no se encuentre autenticado/protocolizado o carente de formalidades, esta sigue demostrando la intención que las partes tenían para el momento de la negociación.
3. Establecer los diferentes medios por los cuales se desea que mantenga la negociación, es decir, marcar los límites, formar una estructura base para la negociación, etcétera.
4. Forjar una confianza base para que la cooperación entre las partes se vea fortalecida, promoviendo así la celebración de las tratativas.

En referencia a las decisiones anteriores, se observa que las Cartas de Intenciones, tienen como fin, establecer los parámetros y líneas generales, por las que se regirán las partes en una negociación, con esta referencia se vislumbra la utilización de las Cartas de Compromiso, debido a que, genera la obligación para los

sujetos intervinientes de llegar a un futuro contrato, con la virtud de que el instrumento tiene pleno valor probatorio para señalar la participación y cualidad de las partes en cuestión. Es menester, que la Sala Constitucional aclare imprecisiones, y ambigüedades sintácticas que podrían generar dudas por equivocidad en las palabras, puesto que, la sociedad esta delante de un fenómeno que promete posesionarse de la practicidad mercantil por sus innovadora facilidad y simplicidad de trámite.

Conclusión

La naturaleza global e interconectada del entorno empresarial actual exige presteza para negociar, de hecho, Fontaine (2006) arguye que la urgencia de los negocios supone comenzar a ejecutar el contrato sin que haya existido un contrato definitivo y es aquí donde juega un papel fundamental los acuerdos preliminares, la Carta de Intención y sus modalidades, que representa una solución práctica y rápida para asegurar un negocio. Resulta oportuno advertir que, a nivel internacional, los comerciantes conocen los lineamientos que deben seguir si desean usar las Cartas de Intención en su proceso de formación contractual, pero en Venezuela la situación es, particularmente distinta, porque en la praxis nacional pocas son las negociaciones donde las partes precaven la implementación de un documento que delimite claramente la conducta aspiradas por los contratantes.

En el devenir patrio, producto de la pandemia originada por el virus CoVid-19; los litigantes mercantilistas en su práctica forense, por la imposibilidad de autenticar o protocolizar documentos, optaron por recomendar la implementación de la Carta de Compromiso, especificando en la redacción: los datos de las partes intervinientes, el precio, su intención de vincularse, los testigos del acto y su compromiso de que, después de pasado el confinamiento, se celebrará el contrato definitivo con todos los formalismos legales y que en caso de que una de las partes se abstenga, interrumpa o impida dicha formalización, se podrá reclamar ante el órgano jurisdiccional correspondiente la resolución e incumplimiento de la Carta, de forma que la decisión judicial sirva de justo título. En este periodo el documento estudiado fue utilizado en un sinnúmero de negocios con descuido de su epistemología, y en atención a un confuso enfoque doctrinario y jurisprudencial; cuestión está que resultó insoslayable, por cuanto, del análisis realizado *ut supra*, se corrobora que no existe un criterio reiterado, pacífico y constante de nuestro máximo Tribunal de Justicia.

Pese a lo aseverado en la parte *in fine* del párrafo anterior, se debe rescatar que la Sala Constitucional en jurisprudencia *sub examine*, advirtió que los contratos atípicos (Carta de Compromiso) son en la actualidad de gran utilidad para los ciudadanos y su uso ha sido muy frecuente para la adquisición de bienes inmuebles, considerando que, para comprar un inmueble se requiere el cumplimiento de ciertas formalidades previas, verbigracia, certificación de gravámenes, la solvencia de impuestos municipales, impuesto sobre inmuebles urbanos, presentación del comprobante de vivienda principal, y especialmente préstamos a instituciones financieras, necesarios para la celebración del contrato definitivo, y la utilización de tales Cartas de Compromiso son de gran provecho en dichas circunstancias, de allí la afirmación que a la postre de la Pandemia por el virus CoVid-19 estos instrumentos mercantiles perduren en el tiempo e incluso se incrementa su manejo como una opción ante las necesidades de expansión comercial.

Dada las condiciones que anteceden, se realizó este proyecto, con el fin de promover la carta de intenciones en la contratación mercantil venezolana, estudiar su aplicabilidad en nuestra Nación y demostrar la compatibilidad del instrumento con el ordenamiento jurídico venezolano; de esta última aseveración se concluye que, si bien las Cartas de Intenciones son regularmente usadas a nivel internacional, su modalidad de “Cartas de Compromiso” se compenetra mas con el Derecho Mercantil Venezolano, codificado y consuetudinario, siendo su principal fuente el principio de la libre autonomía de la voluntad de las partes, en otras palabras esta segunda modalidad, va más allá; sus virtudes van desde formar el *iter negocial* hasta consolidar o blindar una transacción, coaccionar a las partes a una obligación de hacer y vincularlas (creando incluso una relación jurídica), todo esto gracias a que el documento es un contrato preliminar, que tendrá por fin, perfeccionar el acuerdo mediante un contrato definitivo.

En este sentido, tanto las Cartas de Intenciones como las Carta de Compromiso pueden ser usadas para coordinar una negociación, ya que la fuerza vinculante de estos mecanismos utilizados en las etapas preliminares, dependerá única y exclusivamente de la manera en cómo las partes expresen su voluntad, determinen sus obligaciones y establezcan las condiciones precedentes para formalizar la negociación.

Referencias bibliográficas

-LIBROS:

[FONTAINE, Marcel y DE LY, Filip. 2006. *Drafting International Contracts. An Analysis of Contract Clauses.* Transnational Publishers Inc. New York, USA.](#)

[DIEZ-PICAZO, Luis y GULLON, Antonio. 1992. *Sistema de Derecho Civil. Volumen II.* Sexta Edición. Editorial TECNOS. Madrid, España.](#)

MENÉNDEZ, Juan Carlos. 1998. *La Oferta Contractual*, Pamplona, Aranzadi.

OJEDA, Nancy. 2001. *Derecho de Contratos. Tomo 1. Teoría General del Contrato. Departamento de Derecho Civil y Familia.* La Habana, Cuba.

-ARTICULOS DE REVISTAS:

LAKE, Ralph. y DRAETTA, Ugo. 1994. *Letters of intent and other precontractual documents. Comparative analysis and forms.* Dutterworth Legal Publishers, pp. 5- 88. USA

LLODRÀ, Francesca. 2003. *Letter of Intent, carta de intenciones, precontrato.* Revista [Derecho de los negocios](#), N° 151. pp. 14-30. España.

MARIN, Héctor. 2012. *Las Invitaciones a Negociar.* En Revista de Derecho de la UNED, N° 10. pp. 367-393. España.

[PARRA, Nicolas. 2013. *La autorregulación de los tratos preliminares Análisis de las cartas de intención, memorandos de entendimiento y buena fe precontractual.* N° 50. Universidad de Los Andes. \[En Revista de Derecho Privado.\]\(#\) pp. 1-34. Colombia.](#)

[WAISMAN, Agustín. 2003. *Responsabilidad derivada de las cartas de intenciones.* En Revista Jurídica Argentina la Ley. pp 1360. Argentina.](#)

-CONSTITUCIONES, LEYES Y DECRETOS:

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. 1999. *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.* En Gaceta Oficial Extraordinaria N° 36.860.

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE VENEZUELA. 1955. *Código de Comercio.* En Gaceta Oficial Extraordinaria de la República de Venezuela N.º 475.

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE VENEZUELA. 1982. *Código Civil.* En Gaceta Oficial Extraordinaria de la República de Venezuela 2.990.

EL CONGRESO DE LA REPUBLICA DE VENEZUELA. 1990. *Código de Procedimiento Civil.* En Gaceta Oficial Extraordinaria de la República de Venezuela 4.209.

TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA. Juzgado Superior Cuarto en lo Civil, Mercantil y del Tránsito. Sentencia del 30 de septiembre de 2014. Expediente 14.262.

TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA. Sala Político-Administrativa. Sentencia del 12 de abril de 2007. Expediente 2000-0228.

TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA. Sala Constitucional. Sentencia del 20 de julio de 2015. Expediente 14-0662.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia del 12 de agosto de 2002. Expediente 6151.

TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL. Sala Primera de lo Civil. Sentencia del 25 de junio de 2014. Expediente 3845/2014.

US COURT OF APPEALS FOR THE FIRST CIRCUIT. COMPUTER SYSTEMS OF AMERICA, Inc., V. INTERNACIONAL BUSINESS MACHINES CORP. Sentencia del 25 de junio de 1986. 795 F.2D 1086

El derecho a la identidad de las personas transgénero¹

Andrea Valentina Ferreira Roldan²

Innes del Consuelo Faría Villarreal³

Resumen

El presente trabajo de investigación tuvo como objetivo verificar el respeto al derecho a la identidad de las personas transgénero en el ordenamiento jurídico venezolano ante la imposibilidad de las mismas de modificar sus datos personales con motivo de adecuarlos a la información real que las identifica e individualiza. El tipo de investigación fue documental y se utilizó el método analítico. Los resultados de la investigación concluyeron que el derecho a la identidad de las personas transgénero incluye la identidad de género y se ve afectado en los casos en que no se respeta la verdad biográfica de las personas.

Palabras clave: Derecho a la identidad, personas transgénero, identidad de género.

The right to identity of transgender people

Abstract

The purpose of this research paper was to verify the respect for the right to identity of transgender people in the Venezuelan legal system, given the impossibility to modify their personal data in order to adapt them to the real information that identifies and individualizes them. The type of research was documentary and the analytical method was used. The results of this investigation concluded that the right to identity of transgender people includes gender identity and is affected in cases where the biographical truth of people is not respected.

Keywords: Right to identity, transgender people, gender identity.

Introducción

Las personas transgénero cuestionan la continuidad entre su sexo biológico y el género cultural, contrariando la división impuesta de lo estrictamente femenino o masculino. El término *transgénero* es una denominación genérica designada a las personas cuya identidad de género es diferente a las expectativas basadas en las características físicas sexuales o el sexo asignado al nacer.

La minoría transgénero tiene como objetivo el reconocimiento pleno como hombres o mujeres en los mismos términos en los que el Estado reconoce a las demás personas cuya identidad de género sí se corresponde con el sexo de nacimiento, tomando como punto de partida el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad y el derecho a la identidad, establecidos en los artículos 20 y 56 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999), respectivamente. Solicitando la posibilidad de la modificación de sus datos personales para que

Admisión: 03/12/2020 Aceptado: 14/01/2021

¹ Este Artículo Científico es derivado del Trabajo Especial de Grado titulado: El derecho a la identidad de las personas transgénero, Universidad Rafael Urdaneta; Maracaibo, Venezuela.

² Abogada. Universidad Rafael Urdaneta. Maracaibo, Venezuela. Correo electrónico: avferreirar@gmail.com

³ Abogada. Doctora en Derecho. Universidad Rafael Urdaneta, Maracaibo-Venezuela. Universidad del Zulia, Maracaibo-Venezuela. ID ORCID: 0000-0002-4123-8678 Correo electrónico: innesfariav@gmail.com

se correspondan con los aspectos con los cuales se identifican, como primer paso a la inclusión en el ordenamiento jurídico venezolano.

Sin embargo, se encuentran imposibilitadas a modificar su identidad debido a la interpretación dada a las causales taxativas relativas a la solicitud de cambio de nombre propio establecidas en el artículo 146 de la Ley Orgánica del Registro Civil (2009); como consecuencia, las personas transgénero no pueden rectificar sus actas de nacimiento y se ven inmersas en situaciones irregulares y de discriminación al no poder ejercer sus derechos y deberes porque sus documentos de identificación no hacen referencia a sus datos reales. Las personas transgénero presentan problemas en el desarrollo de su día a día, como realizar pagos con tarjetas bancarias, apertura de cuentas bancarias, cobro de cheques, o pasar por puntos de control o alcabalas, en virtud de la discrepancia entre sus documentos de identificación, que aluden a una persona diferente, y su identidad real.

Ante esta situación, la presente investigación tiene como objetivo verificar el respeto al derecho a la identidad de las personas transgénero en Venezuela, analizando los elementos contenidos en el mismo y su alcance dentro del ordenamiento jurídico venezolano.

1. Las personas transgénero

En el presente punto se analizaron los conceptos de sexo y género para establecer las diferencias entre los mismos y su relación con el concepto de personas transgénero, tomando en cuenta la postura de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2017), en lo sucesivo Corte IDH, y la información proporcionada por la Asociación de Psicología Americana (2006), en relación a la naturaleza y categoría de las personas transgénero.

Así pues, el sexo es el conjunto de características físicas y biológicas que diferencian a las personas como hombres o mujeres desde el momento de su nacimiento; constituye un elemento integrante del estado civil, que distingue a las personas, produce efectos jurídicos y es un elemento determinante de su identidad. De esta forma, la Corte IDH (2017), establece que el sexo, en un sentido estricto, se refiere a las diferencias biológicas entre el hombre y la mujer, a sus características fisiológicas, a la suma de características genéticas, hormonales y anatómicas, sobre cuya base una persona es clasificada como macho o hembra al nacer.

En un mismo orden de ideas, la Asociación de Psicología Americana (2006), define el sexo como el estado biológico como hombre o mujer, e incluye atributos físicos como los genitales externos, las estructuras reproductivas internas, las hormonas sexuales, los cromosomas sexuales y las gónadas. Además, Trejo (2006), agrega que el sexo atiende a las características sexuales anatómicas masculinas y femeninas que se establecen en el momento de la concepción.

Por su parte, el género se refiere a conductas y percepciones que no están presentes en el momento del nacimiento, sino que son aprendidas por las personas a lo largo de su vida. Cabe destacar la definición de género establecida por la Corte IDH (2017:16), “El género se refiere a las identidades, las funciones y los atributos construidos socialmente de la mujer y el hombre y al significado social y cultural que se atribuye a esas diferencias biológicas”. En cambio, la Asociación de Psicología Americana (2006), establece que el género es un término usado, generalmente, para referirse a las formas en que las personas actúan, interactúan, o se sienten consigo mismas, lo que se asocia con hombres o mujeres. De lo establecido se desprende que el género se trata de un fenómeno aprendido y no constituido genéticamente, y en consecuencia, no es un elemento determinante del sexo, sino al contrario.

Por lo que se refiere a las personas transgénero, la Corte IDH (2017: 17) contempla que “Una persona es transgénero cuando su identidad o la expresión de género es diferente de aquella que típicamente se encuentran asociadas con el sexo asignado al nacer”. Ahora bien, Moreno (2014), establece que la categoría trans hace referencia a aquellas personas que de alguna manera cuestionan la continuidad entre sexo biológico, el género cultural y las prácticas sexuales, trasgrediendo la división impuesta de lo estrictamente femenino o masculino.

En otras palabras, una persona es transgénero cuando se identifica con un género diferente u opuesto al que se corresponde con el sexo que le fue asignado al momento del nacimiento, independientemente de que haya realizado intervenciones y transformaciones sobre su cuerpo para expresar dicha identidad. Así pues, Cervantes (2018), coincide en la postura de que las personas transgénero construyen su identidad de género independientemente de intervenciones quirúrgicas o tratamientos médicos. Por otra parte, se incluyen diferentes variantes dentro del grupo de personas transgénero, como transexuales y travestis, cuyo denominador común es que el sexo asignado al nacer no concuerda con la identidad de género de la persona.

En síntesis, el sexo responde a características biológicas y fisiológicas presentes en las personas al momento de su nacimiento, y que son iguales para todas las culturas. A diferencia del género, cuyos aspectos varían en las diferentes culturas, en virtud de que es una construcción social que tiene como finalidad determinar la conducta y comportamiento de las personas. Ambos elementos juegan un papel importante y deben tomarse en cuenta al momento de entender la naturaleza de las personas transgénero, que presentan una discontinuidad entre su sexo y el género. Confundir las definiciones de estos términos constituye un error común que dificulta la comprensión de este grupo de personas y repercute en la dificultad de ser reconocidos por parte del Estado como personas que integran el grupo del género auto percibido.

2. El derecho a la identidad

Acerca del presente punto, resultó necesario definir la identidad personal y los elementos que la componen, tomando en cuenta la doctrina venezolana para establecer una definición del derecho a la identidad y delimitar su alcance y aplicación en el ordenamiento jurídico venezolano. De la misma forma, se estableció la relación del nombre como elemento esencial de la identidad y la importancia que el mismo tiene para las personas transgénero. Si bien el nombre no es el único elemento que integra la identidad, es el más resaltante, en virtud de que se trata del elemento individualizador por excelencia de las personas.

2.1 Aproximaciones al concepto del derecho a la identidad.

En relación con el derecho a la identidad, se afirma que se trata de un derecho en evolución y de poco desarrollo en la doctrina venezolana, en virtud de que se encuentra limitado al derecho sobre el nombre y al derecho a ser inscrito en el Registro Civil. Por su parte, se encuentra establecido en el artículo 56 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999):

Toda persona tiene derecho a un nombre propio, al apellido del padre y al de la madre, y a conocer la identidad de los mismos. El Estado garantizará el derecho a investigar la maternidad y la paternidad.

Toda persona tiene derecho a ser inscrita gratuitamente en el registro civil después de su nacimiento y a obtener documentos públicos que comprueben su identidad biológica, de conformidad con la ley. Éstos no contendrán mención alguna que califique la filiación.

Sin embargo, Fernández (2013: 64) establece que el derecho a la identidad “Es aquel que posee todo ser humano a ser él mismo en su forma compleja y de múltiple diversidad de aspectos”. Para esta autora, el derecho a la identidad se asimilaba al derecho o atributo a tener un nombre, pero en la actualidad, el derecho a la identidad trasciende el nombre, ya que implica el respeto de la verdad biográfica de las personas.

De igual forma, Domínguez (2003), lo define como el derecho a ser único e irrepetible, y permite a cada persona a ser único en su especie en función de ciertas características que conforman su esencia física y moral. Posteriormente, la autora aclara “En cuanto a identificar el derecho a la identidad con el atributo del nombre civil, [...] lo que conforma [...] un derecho de la personalidad es el “derecho de la identidad”, mientras que el nombre se proyecta como un “atributo” de la personalidad, que integra el elemento “estático” del derecho en estudio” (Domínguez, 2017: 47).

De lo anterior se desprende, que el derecho a la identidad consiste en el reconocimiento jurídico y social de una persona como sujeto de derechos y obligaciones y su pertenencia a un Estado, y que constituye una condición necesaria para preservar la dignidad de las personas. En virtud de que el derecho a la identidad no ha sido ampliamente desarrollado por la doctrina venezolana, resulta menester citar a la Corte IDH (2017: 45-46), que define el derecho a la identidad como:

[...] el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad [...] el derecho a la identidad se encuentra estrechamente relacionado con la dignidad humana, con el derecho a la vida privada y con el principio de autonomía de la persona [...] este derecho está íntimamente ligado a la persona en su individualidad específica y vida privada, sustentadas ambas en una experiencia histórica, y biológica, así como en la forma en que se relaciona con los demás, a través del desarrollo de vínculos en el plano familiar y social. [...] implica que las personas pueden experimentar la necesidad de que se las reconozca como entes diferenciados y diferenciables de los demás.

De acuerdo a lo anterior, el derecho a la identidad incluye la proyección y reconocimiento de la autoconstrucción personal. Así pues, el derecho a la identidad presenta dos facetas: una faceta interna, en la cual la persona es ella misma y no otra, a pesar de la integración social, y está constituida por el conjunto de aspectos internos y subjetivos que se manifiestan través de conductas humanas; y una faceta externa, en la cual la persona se relaciona y se diferencia de otros, e implica la coexistencia con los demás (Siverino, 2003). En consecuencia, se afirma que la protección del derecho a la identidad tiene como objetivo el respeto de la autenticidad y verdad de la identidad de las personas, que se le reconozca como quien verdaderamente es, y que no se distorsione su verdadera identidad.

En efecto, Fernández (2013), enumera los dos aspectos contenidos dentro del derecho a la identidad, a saber: el aspecto interno, que implica tener en cuenta exclusivamente a la persona en cuanto tal, en sí misma y no otra, a pesar de su vínculo con la sociedad, como un derecho personalísimo caracterizado porque el sujeto tiene características propias que lo hace distinto de los otros; y, el aspecto externo que involucra la dimensión coexistencial del ser humano en relación a la sociedad, pero igualmente centrado en la persona.

El derecho a la identidad les permite a las personas el goce y ejercicio de los demás derechos, en virtud de que indica que los mismos le corresponden a esa y no a otra persona. En este sentido, la Corte IDH (2017: 49) sostiene que el derecho a la identidad posee:

[...] un valor instrumental para el ejercicio de determinados derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, de tal manera que su plena vigencia fortalece [...] el ejercicio de los derechos y libertades fundamentales [...] el mismo constituye un medio para el ejercicio de derechos en una sociedad democrática, comprometida con el ejercicio efectivo de la ciudadanía y los valores de la democracia representativa, facilitando así la inclusión social, la participación ciudadana y la igualdad de oportunidades [...]

Según lo establecido en los puntos anteriores, el derecho a la identidad es la facultad de ser reconocido por los aspectos objetivos y subjetivos, materiales y sustanciales que conforman a la persona, y que la individualizan y diferencian de las demás. Su finalidad es reconocer a las personas como sujetos de derechos y deberes, respetando su verdad biográfica, esto es, los hechos y acciones trascendentales que definen a las personas y que las hacen diferentes de otras.

2.2 Alcance del derecho a la identidad en el ordenamiento jurídico venezolano.

Conforme al artículo 56 CRBV (1999), “Toda persona tiene derecho a un nombre propio, al apellido del padre y al de la madre [...]”, de modo que, se evidencia el interés del Estado de determinar con exactitud los titulares de deberes y derechos; no obstante, Domínguez (2000), establece que el derecho a la identidad trasciende al atributo del nombre, pues la característica de cada ser humano de ser único e irrepetible no se deriva de la necesidad de tener nombre, a pesar de la importancia de éste. La identidad supone la necesidad de un ser único e irrepetible en toda su extensión, este derecho sobrepasa al atributo de nombre, el cual solo constituye un elemento del derecho a

la identidad. Además, se establece “El complejo derecho a la identidad supera sobremanera al atributo del nombre civil, pues de lo contrario la identidad quedaría minimizada en caso de “homonimia” (Domínguez, 2017: 47).

De seguido, el artículo *in comento* establece “[...] Toda persona tiene derecho a ser inscrita gratuitamente en el registro civil después de su nacimiento [...]” (CRBV, 1999: 56), haciendo referencia a ser inscrito en el Registro Civil y a obtener los correspondientes documentos que acrediten su estado familiar. “[...] Entre los derechos que la propia Constitución Venezolana consagra a los fines de la identificación, se aprecia la necesidad de ser inscrito en el Registro del Estado Civil inmediatamente al nacimiento con vida y obtener los respectivos instrumentos de identidad [...]” (Domínguez, 2017: 48). En concordancia, establece Domínguez (2000), que desde una perspectiva amplia, el derecho a la identidad también supone la necesidad de una identificación, es decir, un documento que acredite la identidad.

Por otra parte, también incluye el derecho al conocimiento que debe tener todo ser humano sobre su identidad biológica, en los términos “[...] El Estado garantizará el derecho a investigar la maternidad y la paternidad. [...] y a obtener documentos públicos que comprueben su identidad biológica, de conformidad con la ley [...]” (CRBV, 1999: 56), es decir, a tener información sobre sus padres genéticos. Por tanto, se le debe reconocer a todo ser humano la posibilidad de acceder al conocimiento de su identidad biológica o genética, aun cuando no se deriven de ello consecuencias jurídicas.

De lo anterior, se concluye que el trato que la Constitución Venezolana le da al derecho a la identidad está limitado, debido a que el derecho al nombre y el derecho a ser inscrito en el Registro Civil no son los únicos elementos que conforman el derecho a la identidad, sino que se incluyen también elementos como imagen, características físicas, constitución genética, creencias, historia, entre otros, que se consideran en conjunto para expresar la verdad biográfica de las personas. En consecuencia, se afirma que el derecho a la identidad dentro del ordenamiento jurídico venezolano no incluye todos los aspectos que determinan la identidad de las personas, por el contrario lo define desde una visión primaria y tradicional.

2.3 La identidad de las personas.

Dentro de este marco, Fernández (2013: 81-82) establece que la identidad de la persona se trata de “Todo aquello que lo torna en un ser no fungible e irreplicable en su peculiaridad, pese a la integración social”. En el mismo orden de ideas, Aguilar (2014) afirma que la identidad consiste en ser quien es y no otra persona; y posee importantes consecuencias jurídicas, pues existe un interés en afirmarse como una persona determinada e individual, de modo que no se le confunda con ninguna otra. El Estado tiene un especial interés en poder determinar la identidad de cada persona porque sin ello, en muchos casos, sería imposible determinar si es o no titular de los derechos que pretende o de los deberes exigidos.

De acuerdo con Balzán, Morillo y González (2015: 15), “La identidad incluye el nombre, el apellido, la fecha de nacimiento, el sexo y la nacionalidad. Es la prueba de la existencia de una persona quien forma parte de una sociedad, como individuo que forma parte de un todo; es lo que la caracteriza y la diferencia de las demás”. Sin embargo, la identidad de las personas no se encuentra limitada a los signos distintivos, como el nombre, sino que atiende también a sus pensamientos y cualidades. Es necesario resaltar que la doctrina venezolana incluye dos grupos de elementos contenidos en la identidad de las personas: los elementos estáticos y dinámicos.

De la misma forma, Domínguez (2003), establece que la identidad estática está conformada por los elementos asociados al físico del sujeto: sus huellas dactilares, señales antropométricas, fotográficas, dactiloscópicas, constitución genética, nombre y todos aquellos elementos que individualizan al ser y que son, en principio, inmutables. Por su parte, la identidad dinámica es variable con el tiempo y está conformada por el patrimonio cultural del sujeto, es decir, las proyecciones, creencias e historia de una persona en su aspecto profesional, religioso, político, sentimental, entre otros.

Por el contrario, Siverino (2003), no considera el elemento estático como inmutable, en virtud de que la imagen, características físicas, pseudónimo y estado civil, son elementos que pueden variar y mutar con el tiempo, entonces dejan de ser estáticos; incluyendo el nombre, a pesar de presentar dificultades para su modificación, la

propia ley contempla situaciones en la cuales es admitida. Por otra parte, se establece que el elemento esencial de la identidad es la autoconstrucción, pues la identidad emana de las características de una persona, no como una simple sumatoria, sino como un todo inseparable que le da vida al individuo, lo hace visible y lo integra al mundo.

En pocas palabras, se entiende que la identidad se relaciona con la capacidad de las personas de autoconstruirse, estimando lo que las define como ser verdaderamente humano, de donde deviene su dignidad, el fundamento de todos sus derechos. En conclusión, la identidad constituye la experiencia que hace posible que una persona pueda individualizarse; es un proceso interno, en virtud de que nadie más que la propia persona puede darse a sí misma una identidad, excluyendo la posibilidad de que una identidad pueda forzarse o imponerse.

2.4 El nombre de las personas.

Por lo que se refiere al nombre, Aguilar (2014), afirma que el nombre civil de las personas naturales es el apelativo, oral o gráfico, que conforme al Derecho, corresponde utilizar para designar a dichas personas. A su vez, Domínguez (2013), define el nombre civil como el conjunto de palabras designadas a cada persona para distinguirla de las demás, como un signo diferenciador integrado por palabras y formado por el prenombre y el apellido. En particular, afirma que “[...] El nombre civil constituye el atributo individualizador por excelencia porque diferencia o precisa a las personas en una relación jurídica” (Domínguez, 2017: 47).

Por consiguiente, el nombre cuenta con una doble faceta: el interés y derecho de cada persona de ser individualizada de los demás y no ser confundida con otra; y el interés del Estado de mantener un control sobre las personas y determinar con exactitud los titulares de deberes y derechos (Aguilar, 2014). En consecuencia, la finalidad del nombre es poder distinguir con exactitud quiénes son titulares de determinados derechos y quiénes están obligados a cumplir determinados deberes.

En relación a la posibilidad del cambio de nombre, Domínguez (2013), establece que el nombre es en principio inmutable debido a su carácter de orden público; sin embargo, tomando en cuenta la trascendencia del mismo, el ser humano no puede tener por nombre una palabra que lo denigra o lo avergüenza, razón por la cual excepcionalmente se admite el cambio de nombre civil en los supuestos que vulneran la dignidad de la persona. Al respecto, la Corte IDH (2017: 52-53) indica:

[...] la fijación del nombre, como atributo de la personalidad, es determinante para el libre desarrollo de las opciones que le dan sentido a la existencia de cada persona, así como a la realización del derecho a la identidad. [...] Es por ello que cada persona debe tener la posibilidad de elegir libremente y de cambiar su nombre como mejor le parezca. Es así como la falta de reconocimiento al cambio de nombre de conformidad con esa identidad auto-percibida, implica que la persona pierde total o parcialmente la titularidad de esos derechos [...]

En cuanto al libre desenvolvimiento de la personalidad y la protección integral física, moral y psicológica de las personas, Peñaranda (2014), sostiene que el artículo 146 de la Ley Orgánica del Registro Civil especifica la razón del cambio de nombre: evitar afectar el libre desenvolvimiento de la personalidad. Sin embargo, el cambio de nombre no es voluntario sino que debe ser demostrado y dar razón de que el nombre es infamante, somete al escarnio público, atente contra la integridad moral, honor y reputación de la persona o no se corresponda con su género. Por su parte, la Ley Orgánica del Registro Civil (2009, 146) reza:

Toda persona podrá cambiar su nombre propio, por una sola vez, ante el registrador o la registradora civil cuando este sea infamante, la someta al escarnio público, atente contra su integridad moral, honor y reputación, o no se corresponda con su género, afectando así el libre desenvolvimiento de la personalidad [...]

De lo establecido, se desprende que la no correspondencia con el género constituye una causal para solicitar el cambio de nombre, situación que se presenta en los casos de las personas transgénero. Sin embargo, en virtud de que la interpretación dada al artículo está orientada a considerar el género como los elementos físicos presentes en las personas desde su nacimiento, concepto que corresponde al sexo, en lugar de considerar el género como

conductas aprendidas que determinan el comportamiento de las personas; en consecuencia, les resulta imposible a las personas transgénero solicitar el cambio de nombre. Se concluye que “La tendencia es en sí a proteger la integridad moral, psicológica y hasta física para que entonces a la final se pueda dar un correcto desenvolvimiento de la personalidad” (Peñaranda, 2014: 126).

Sobre la base del procedimiento de cambio de nombre, Domínguez (2013: 159), precisa que “[...] El cambio es posible por vía administrativa, sin embargo el órgano ideal para conocer del asunto debe ser el jurisdiccional, ya que el registrador civil conoce de supuestos relativos a un simple error material, [...] incluyendo la no correspondencia con el sexo pero sin ser extensible a la transexualidad, que es un problema de fondo”. En otro sentido, no existe dentro del ordenamiento jurídico venezolano una vía idónea para satisfacer la pretensión de las personas transgénero de adecuar sus datos con su género, en relación a ello, Domínguez (2017: 52-53) expone:

No existe una normativa en Venezuela que prevea el supuesto en concreto de la transexualidad, pero la solución se ubica básicamente en el derecho a la identidad, dado el carácter enunciativo de los derechos de la persona (art. 22 Constitución). Se aprecian pronunciamientos judiciales que favorecen el cambio, aunque se discute la vía procesal idónea para ello, pareciendo ser la tendencia mayoritaria la acción de rectificación de partidas [...] Toda vez que este procedimiento no se le limita a la rectificación propiamente dicha en caso de error sino también al cambio de nombre y elementos asociados al estado civil [...] Algunos refieren también la acción mero declarativa o el habeas data. [...] El asunto requiere las garantías de un proceso contencioso a falta de norma expresa sobre la figura.

Sobre este punto, la tendencia observada en la escasa jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia sobre la materia del cambio de nombre de personas transgénero es el ejercicio de una acción innominada de naturaleza constitucional (Tribunal Supremo de Justicia, 2017: exp. No. 0413); sin embargo, no existe una sentencia emanada de dicha Sala que resuelva el asunto de fondo. Por lo tanto, resulta pertinente analizar el habeas data como una vía procesal para solucionar la presente problemática. Para Rodríguez (2007), el habeas data es una garantía de tutela efectiva del derecho a la libertad informática; asimismo, Henríquez (2003), explica que se trata de una garantía autónoma que protege derechos fundamentales frente a los abusos informáticos. Por su parte, la jurisprudencia nacional establece que “el habeas data es una acción constitucional garante del derecho que tiene todo ciudadano de rectificar, actualizar o destruir la información que resulte lesiva de sus derechos (Tribunal Supremo de Justicia, 2006: exp. No. 05-1964).

Resulta menester resaltar que el habeas data no procede contra cualquier tipo de información almacenada, sino contra sistemas de ordenación de información y datos sobre personas que pueden resultar de forma prejudicial contra aquellos a quienes se refiere la recopilación (Tribunal Supremo de Justicia, 2001: caso Insaca). Así bien, en los casos en los cuales las personas transgénero pretendan rectificar la información referente a su identidad, una posible vía para lograrlo es el habeas data. Sin embargo, no existe actualmente una sentencia de la Sala Constitucional que resuelva estos casos mediante el ejercicio del habeas data.

Por consiguiente, se entiende que las personas transgénero tienen un nombre que no se adecúa con su género auto percibido, en tal sentido, el principal elemento que compone su identidad no las individualiza ni las representa; en consecuencia, deben acudir a los órganos jurisdiccionales para solicitar la rectificación del acta de nacimiento. Ante esta situación, se evidencia que dentro del ordenamiento jurídico venezolano no existe una vía procesal idónea a través de la cual este grupo de personas pueda satisfacer su pretensión; sin embargo y en definitiva, “Lo importante es la tendencia a propiciar una solución jurídica porque el Derecho existe por y para la persona, estando al servicio de ésta. Mal se puede negar la protección a la identidad sexual bajo el alegato de falta de norma expresa” (Domínguez, 2017: 53-54).

2.5 Vulneración del derecho a la identidad.

Con respecto a este punto, establece Domínguez (2003), que el derecho a la identidad se vulnera cuando se afecta la verdad biográfica de una persona, ya que el hecho de ser único e irrepetible supone el respeto de los hechos trascendentales que conforman el patrimonio cultural y la historia de las personas. Debe tratarse de la

alteración u omisión de hechos o circunstancias fundamentales que conforman el perfil social de la persona y que tiene interés en preservar, porque en su conjunto, lo hacen único. Establece que debe tratarse de información relevante que defina el perfil social del sujeto, ya que no cualquier omisión o error constituye una violación al derecho a la identidad.

De igual forma, en relación a lo que debe considerarse como violación al derecho a la identidad “La jurisprudencia italiana [...] ofrece casos tales como ser identificado como perteneciente a un partido político distinto o aparecer sosteniendo una posición profesional contraria a la que proyecta [...] Si se han dado variaciones o mutaciones en la vida del sujeto, debe reflejarse en su reseña biográfica, so pena de violar el derecho en estudio” (Domínguez, 2017: 50). De igual forma, el Comité Jurídico Interamericano aclara:

[...] la privación del derecho a la identidad o las carencias legales en la legislación interna para la realización del mismo, colocan a las personas en situaciones que dificultan o impiden el goce o el acceso a los derechos fundamentales [...] además de ser un obstáculo frente al derecho que tiene toda persona al reconocimiento pleno de su personalidad jurídica (Corte IDH, 2017: 49).

En otras palabras, los datos relevantes de las personas, como nombre, estado civil, imagen, características antropomórficas y dactilográficas, que permiten identificarla e individualizarla, deben formar parte de los documentos que comprueben su identidad, a saber, documentos de identificación, para confirmar que una persona es la misma que afirma ser. Por el contrario, si los datos contenidos en los documentos de identificación no coinciden con las características de la persona ni reflejan su verdad biográfica, no es posible confirmar que la misma sea quien se afirma, y en consecuencia, no puede ejercer los derechos ni deberes que le corresponden, y se está en presencia de una vulneración del derecho a la identidad.

En conclusión, el derecho a la identidad de las personas transgénero se ve vulnerado toda vez que se les impida modificar sus datos personales con el motivo de adecuarlos a su identidad para manifestar su verdad biográfica, los elementos relevantes que las caracterizan y las individualizan, ya sea por la limitación del alcance del derecho a la identidad, la errónea interpretación de las leyes vigentes o en razón de la inexistencia de una vía procesal idónea para solicitar la modificación de los datos personales, configurándose de esa forma una situación en la cual la persona no puede ejercer sus derechos debido a que no puede demostrar que es quien se afirma ser.

3. La identidad de género como elemento integrante del derecho a la identidad.

En relación con este punto, se analizó la identidad de género tomando en cuenta las definiciones proporcionadas por el autor venezolano Fernández (2013), y ante la carencia del desarrollo del concepto por la doctrina venezolana, se estudiaron las definiciones proporcionadas por el Derecho Comparado y el Derecho Internacional. La importancia de la identidad de género recae en que se trata de un proceso subjetivo mediante el cual una persona se identifica con el comportamiento y actitudes que se corresponden con un género u otro. Como lo afirma la Corte IDH (2017: 48), la identidad de género integra el derecho a la identidad de las personas transgénero, a saber “[...] la identidad de género es un elemento constitutivo y constituyente de la identidad de las personas, en consecuencia, su reconocimiento por parte del Estado resulta de vital importancia para garantizar el pleno goce de los derechos humanos de las personas transgénero [...]”.

En este sentido, Fernández (2013), indica que la identidad de género es la sensación interna o convicción personal y subjetiva de pertenecer al género masculino o femenino, la percepción íntima y personal de sentirse hombre o mujer, que es inmodificable y no siempre concuerda con el sexo, y que se exterioriza a través de la expresión de género. Bajo esta misma postura, Cervantes (2018) indica que se trata de una vivencia interna e individual del género, tal como las personas la sienten, y que puede corresponder o no con el sexo asignado en el nacimiento. También puede incluir la modificación de la apariencia o función corporal a través de tratamientos médicos, hormonales o procedimientos quirúrgicos, y otras expresiones de género, como la vestimenta, la forma de hablar y los modales.

De modo idéntico, la Corte IDH (2017), establece que la identidad de género es la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento. Comprende la vivencia personal del cuerpo y otras expresiones de género, y se encuentra ligada necesariamente con la idea de que el sexo y el género deben ser percibidos como parte de una construcción identitaria, resultado de la decisión libre y autónoma de cada persona, sin que deba estar sujeta a su genitalidad.

Además de los elementos establecidos con anterioridad, la identidad de género es un elemento esencial contenido dentro del derecho a la identidad de las personas transgénero, en virtud de que les permite adoptar un género diferente al que le corresponde a su sexo de nacimiento, atendiendo a su capacidad de autodeterminación y construcción personal. Así lo afirma la Corte IDH (2017: 46), “La identidad de género [...] está íntimamente relacionada con la posibilidad de todo ser humano de auto determinarse y escoger libremente las opciones [...] que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias convicciones [...]”. Tomando en cuenta lo establecido sobre los casos de vulneración del derecho a la identidad, es correcto afirmar que toda vez que una persona transgénero se ve imposibilitada de modificar sus datos relativos al género, con el motivo de lograr una consolidación entre su identidad de género y sus documentos de identificación, se está vulnerando su derecho a la identidad.

Conclusiones

Luego de haber realizado la investigación, se concluye que las personas transgénero presentan una discontinuidad entre el sexo de nacimiento y el género, en consecuencia, se encuentran en una situación de desprotección, pues los datos personales plasmados en los documentos de identificación no hacen referencia a las personas que afirman ser, ya que se omiten datos relevantes que las distinguen, y como resultado están imposibilitadas para ejercer sus derechos.

Además, se demostró que no existe dentro de la doctrina venezolana un concepto único y global del derecho a la identidad, en virtud de la definición y alcance limitados del mismo establecidos en la Constitución Venezolana; sin embargo, se estableció que el derecho a la identidad es la facultad de ser reconocido por los elementos que conforman a la persona y que la individualizan y diferencian de las demás. Su finalidad es reconocer a las personas como sujetos de derechos y deberes, respetando su verdad biográfica, es decir, sus rasgos físicos, biológicos, fisiológicos y su patrimonio cultural. Su función es permitir a las personas el goce y ejercicio de sus derechos, en virtud de que indica que los mismos le corresponden a esa y no a otra persona.

En definitiva, la importancia del derecho a la identidad recae en el hecho de que permite a las personas afirmarse titulares de derechos y deberes; y se determinó que dentro del mismo se encuentran varios elementos, como el nombre, sexo, género e identidad de género, que no son inmutables, sino que varían en virtud de que dependen de la apreciación subjetiva de quien los detenta, y consolidan la individualización y determinación de las personas transgénero, cuyo objetivo es ser reconocidas como integrantes del grupo del género auto percibido, respectivamente.

A tenor de los elementos establecidos, se concluyó que la identidad de género se trata de una vivencia interna del género, elemento a través del cual las personas pueden identificarse con un género que no se corresponda con el sexo de nacimiento. Sin embargo, se observó que este elemento se ve afectado en las situaciones en las cuales las personas transgénero se ven imposibilitadas de modificar la información referente al género en sus documentos de identificación, por cuanto sus documentos no coinciden con su identidad.

En pocas palabras, se observó que el derecho a la identidad de las personas transgénero dentro del ordenamiento jurídico venezolano se encuentra vulnerado, en el sentido de que los documentos de identificación no reflejan la verdad biográfica de las personas por no incluir los datos reales que las individualizan y las diferencian de los demás. En el mismo sentido, resultó evidente que la interpretación dada al artículo 146 de la LORC (2009), confunde el significado del término “género” por el de “sexo”, razón por la cual es difícil para las personas transgénero invocar la causal de no correspondencia con el género en la solicitud de rectificación de acta.

Por último, se evidenció la inexistencia de una vía procesal idónea para solicitar la rectificación de los datos personales de las personas transgénero, de modo que concuerden con la verdad biográfica de este grupo de personas. En un mismo orden de ideas, se recomienda al Órgano Legislativo Nacional la creación de una Ley de Identidad de Género, con el objeto de incluir e unificar los conceptos relativos a las personas transgénero y establecer el mecanismo procesal para que las mismas puedan solicitar la modificación de su información personal; y al Tribunal Supremo de Justicia determinar, dentro de los mecanismos existentes, la vía idónea para lograr el cambio de nombre de las personas transgénero como medida provisional.

Referencias Bibliográficas

- AGUILAR, José. 2014. **Derecho Civil. Personas**. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, Venezuela.
- ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. 1999. **Constitución de la República Bolivariana de Venezuela**. Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 5.453 (Extraordinaria).
- ASAMBLEA NACIONAL. 2009. **Ley Orgánica del Registro Civil**. Gaceta de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.264.
- ASOCIACIÓN DE PSICOLOGÍA AMERICANA. 2006. **Respuestas a tus preguntas sobre Individuos Transgéneros e Identidad de Género**. En <https://www.apa.org/topics/lgbt/transgenero> Fecha de consulta: 20 de octubre de 2019
- BALZÁN, Andrea; MORILLO, Jennyfer; GONZÁLEZ, John. 2015. “Viabilidad jurídica de inclusión de las minorías transgénero en el ordenamiento jurídico venezolano”. En **Cuestiones Jurídicas**. Volumen IX N° 1. Universidad Rafael Urdaneta. Fondo Editorial Biblioteca. Maracaibo, Venezuela.
- CERVANTES, Julio. 2018. **Derechos Humanos de las Personas Transgénero, Transexuales y Travestis**. Comisión Nacional de los Derechos Humanos. México.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 2017. **Identidad de Género, e Igualdad y No Discriminación a Parejas del mismo Sexo**. Opinión Consultiva Oc-24/17.
- DOMÍNGUEZ, María. 2017. “Notas sobre el Derecho a la Identidad en el Ordenamiento Jurídico Venezolano”. En **Actualidad Jurídica Iberoamericana**. N° 6-1. Valencia, Venezuela.
- DOMÍNGUEZ, María. 2013. **Derecho Civil I. Personas**. Ediciones Paredes. Caracas, Venezuela.
- DOMÍNGUEZ, María. 2003. “Sobre los Derechos de la Personalidad”. En **Dikaion**. Volumen 17. N° 012. Universidad de la Sabana. Chía, Colombia.
- DOMINGUEZ, María. 2000. “Innovaciones de la Constitución de 1999 en materia de derechos de la personalidad”. En **Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas**. N° 119. Universidad Central de Venezuela. Caracas, Venezuela.
- FERNÁNDEZ, Sacha. 2013. **El cambio de género en el ordenamiento jurídico venezolano**. Universidad Central de Venezuela. Caracas, Venezuela.
- HENRÍQUEZ, Giancarlo. 2003. “El hábeas data y el derecho de la persona con trastornos de identidad de género a obtener documentos relativos a su identidad biológica”. En **Revista de Derecho Constitucional**. N° 7. Editorial Sherwood. Caracas. p. 67-80.
- MORENO, Diana. 2014. **Derecho, Persona e Identidad Sexual. El Debate Jurídico de la Documentación de las Personas Trans**. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, Colombia.
- PEÑARANDA, Héctor. 2014. **Derecho Civil I: Derecho de Personas**. Editorial de la Universidad del Zulia (EDILUZ). Maracaibo, Venezuela.

RODRÍGUEZ, Eligio. 2007. **El habeas data en Venezuela. Una aproximación a las garantías procesales.** Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, Venezuela

SIVERINO, Paula. 2003. **Breves apuntes sobre transexualidad y derecho a la identidad personal.** En <http://revistapersona.8k.com> Fecha de consulta 10 de noviembre de 2019.

TREJO, Elma. 2006. **Transgéneros.** Dirección General del Centro de Documentación, Información y Análisis Dirección de Servicios de Investigación y Análisis Subdirección de Política Exterior. México.

TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA. Sala Constitucional. Sentencia del 14 de marzo de 2001. **Expediente 00-1797.**

TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA. Sala Constitucional. Sentencia del 26 de junio de 2006. **Expediente 05-1964.**

TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA. Sala Constitucional. Sentencia del 01 de junio de 2017. **Expediente 17-0413.**

Situación de los juicios de divorcio a partir de las sentencias 446/14, 693/15 y 1070/16¹ de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en materia de divorcio²

*Giuliana Ceccarelli*³

Resumen

La investigación pretende analizar la situación de las solicitudes de divorcio a partir de las sentencias 446/14, 693/15 y 1070/16 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en materia de divorcio. Se utiliza la estrategia de investigación documental y el método analítico. Las fuentes para la recolección de información son de carácter: jurisprudencial, legal y doctrinal. Se obtuvo como resultado la formulación de un modelo procesal único y eficaz en materia de divorcio que concuerde con la aplicación de todas las pretensiones de divorcio derivadas de la interpretación realizada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

Palabras clave: Divorcio, procedimiento, Sala Constitucional.

Status of divorce proceedings based on rulings 446/14, 693/15 and 1070/16 of the Constitutional Chamber of the Supreme Court of Justice

Abstract

The overall objective of this research was to analyze the procedural consequences with respect to the multiplicity of criteria in substantive matters in order to respond to the dissolution of the matrimonial bond, since nowadays the Constitutional Chamber of the Supreme Court of Justice assumes the procedural guidelines that it has for this kind of situations. The documentary research strategy and the analytical method are used. As a result, was formulate a unique and effective procedural model in matters of divorce that admits the application of all divorce claims arising from the interpretation made by the Constitutional Chamber of the Supreme Court of Justice.

Key Words: Divorce, process, Constitutional Chamber.

Admisión: 09/09/2020 Aceptado: 20/04/2021

¹ Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional. 2014. Sentencia N° 446, de fecha 15/05/14. Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional. 2015. Sentencia N° 693, de fecha 02/06/15. Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional. 2016. Sentencia N° 1070, de fecha 09/12/16.

² Este artículo fue realizado en el marco del Trabajo de Grado para optar al título de Magister Scientiarum en Derecho Procesal Civil, Universidad del Zulia.

³ Abogada, Mención Summa Cum Laude. Magister Scientiarum en Derecho Procesal. Universidad del Zulia, Maracaibo, Venezuela. Correo electrónico: Giulianaceccarelli94@gmail.com

Introducción

En Venezuela la institución matrimonial siempre ha sido protegida por el marco jurídico, en esta institución resulta fundamental la intención de unirse para toda la vida, sin embargo, a lo largo de la vida en común pueden suscitarse situaciones conflictivas que pueden atentar contra la familia, relajando así sus principios y valores fundamentales.

En consecuencia, el artículo 184 del Código Civil venezolano (1982) plantea que todo matrimonio válido se disuelve por la muerte de uno de los cónyuges y por divorcio; las causales de divorcio admitidas en la legislación venezolana estaban taxativamente consagradas en los artículos 185 y 185-A del Código Civil.

Actualmente la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en ejercicio de su facultad de garante y último intérprete de los derechos y garantías constitucionales, ha ido modificando desde el punto de vista sustantivo la institución del divorcio en Venezuela, sin revisar el aspecto adjetivo del mismo.

Ante tal situación ocurre una problemática dentro de la legislación venezolana en materia divorcio, como lo son las consecuencias procesales con respecto a la multiplicidad de criterios en materia sustantiva para dar respuesta a la disolución del vínculo matrimonial, toda vez que en la actualidad cada Tribunal asume las pautas procesales que ha bien tenga ante este tipo de situaciones, amparados en base al principio de disciplina procesal contenido en el artículo 7 del Código de Procedimiento Civil (1987), lo que constituye verdaderamente la excepción especialísima por reinar en Venezuela un sistema de las formas procesales y no el eclético que otorga al juez plena libertad procedimental. Así pues, la laguna jurídica existente y la ausencia de alguna decisión vinculante emanada del Tribunal Supremo de Justicia venezolano que puede aclarar tal situación, representa por los momentos inseguridad jurídica.

Constituye, pues, el objetivo general de la investigación analizar la situación de los juicios de divorcio a partir de las sentencias 446/14, 693/15 y 1070/16 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en materia de divorcio. En tal sentido, se pretende: examinar los distintos procedimientos de divorcio existentes en Venezuela, analizar los principios de seguridad jurídica, debido proceso y tutela judicial efectiva a partir de las sentencias N°446, No.693 y No.1070 dictadas por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia y formular un modelo procesal único y eficaz en materia de divorcio que admita la aplicación de todas las pretensiones de divorcio derivadas de la interpretación realizada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, mediante sentencias N°446, No.693 y No.1070.

La investigación es desarrollada conforme a la estrategia de investigación documental, sustentada en el método analítico. Las fuentes para la recolección de información son de carácter: jurisprudencial, legal y doctrinal. En el ámbito jurisprudencial refiere a las sentencias 446/14, 693/15 Y 1070/16 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. En el ámbito legal refiere al Código Civil de Venezuela (1982) y al Código de Procedimiento Civil (1987). En el ámbito doctrinal refiere criterios y principios, tanto nacionales como foráneos, de Derecho.

1. El matrimonio en Venezuela

En la legislación venezolana encontramos que el Estado protegerá el matrimonio, tal como lo la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, 1999, Art 75:

Se protege al matrimonio entre un hombre y una mujer, fundado en el libre consentimiento y en la igualdad absoluta de los derechos y deberes de los cónyuges. Las uniones estables de hecho entre un hombre y una mujer que cumplan con los requisitos establecidos en la ley producirán los mismos efectos que el matrimonio.

Por su parte, el Código Civil, 1982, Art 44 plantea que:

El matrimonio no puede contraerse sino entre un solo hombre y una sola mujer. La Ley no reconoce otro matrimonio contraído en Venezuela sino el que se reglamenta por el presente Título, siendo el único que producirá efectos legales, tanto respecto de las personas como respecto de los bienes.

Ahora bien, el vínculo conyugal puede resultar afectado por tres tipos diferentes de circunstancias: 1) la declaración de su nulidad, 2) la separación de cuerpos entre los cónyuges, 3) la disolución del matrimonio y 4) la muerte.

En este sentido, las causales de divorcio admitidas en la legislación venezolana están expresamente consagradas en el Código Civil, 1982, Arts 185 y 185-A, cuyos textos son los siguientes:

Artículo 185 del Código Civil: son causales únicas de divorcio:

- 1°. El adulterio.
- 2°. El abandono voluntario.
- 3°. Los excesos, sevicia e injurias graves que hagan imposible la vida en común.
- 4°. El conato de uno de los cónyuges para corromper o prostituir al otro cónyuge, o a sus hijos, así como la connivencia en su corrupción o prostitución.
- 5°. La condenación a presidio.
- 6°. La adición alcohólica u otras formas graves de fármaco dependencia que hagan imposible la vida en común.
- 7°. La interdicción por causa de perturbaciones psiquiátricas graves que imposibilite la vida en común. En este caso el Juez no decretará el divorcio sin antes procurar la manutención y el tratamiento médico del enfermo.

También se podrá declarar el divorcio por el transcurso de más de un año, después de declarada la separación de cuerpos, sin haber ocurrido en dicho lapso la reconciliación de los cónyuges.

En este caso el Tribunal, procediendo sumariamente y a petición de cualquiera de ellos, declarará la conversión de separación de cuerpos en divorcio, previa notificación del otro cónyuge y con vista del procedimiento anterior.

Artículo 185-A del Código Civil: Cuando los cónyuges han permanecido separados de hecho por más de cinco (5) años, cualquiera de ellos podrá solicitar el divorcio, alegando ruptura prolongada de la vida en común. Con la solicitud deberá acompañar copia certificada de la partida de matrimonio. En caso de que la solicitud sea presentada por un extranjero que hubiere contraído matrimonio en el exterior, deberá acreditar constancia de residencia de diez (10) años en el país. Admitida la solicitud, el Juez librará sendas boletas de citación al otro cónyuge y al Fiscal del Ministerio Público, enviándoles, además, copia de la solicitud. El otro cónyuge deberá comparecer personalmente ante el Juez en la tercera audiencia después de citado. Si reconociere el hecho y si el Fiscal del Ministerio Público no hiciera oposición dentro de las diez audiencias siguientes, el Juez declarará el divorcio en la duodécima audiencia siguiente a la comparecencia de los interesados. Si el otro cónyuge no compareciere personalmente o si al comparecer negare el hecho, o si el Fiscal del Ministerio Público lo objetare, se declarará terminado el procedimiento y se ordenará el archivo del expediente.

Con relación a este particular, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, mediante sentencia No. de fecha 15 de mayo de 2014, con ponencia del Magistrado Arcadio Delgado Rosales, tomando en consideración el último aparte del artículo 185-A estableció que:

(...) Por tanto, conforme a las citadas normas, a juicio de esta Sala, si el libre consentimiento de los contrayentes es necesario para celebrar el matrimonio, es este consentimiento el que priva durante su existencia y, por tanto, su expresión destinada a la ruptura del vínculo matrimonial, conduce al divorcio. Así, debe ser interpretada en el sentido que –manifestada formalmente ante los tribunales en base a hechos que constituyen una reiterada y seria manifestación en el tiempo de disolver la unión matrimonial, como es la separación de hecho, contemplada como causal de divorcio en el artículo 185-A del Código Civil–, ante los hechos alegados, el juez que conoce de la solicitud, debe otorgar oportunidad para probarlos, ya que un cambio del consentimiento para que se mantenga el matrimonio, expresado libremente mediante hechos, debe tener como efecto la disolución del vínculo, si éste se pide mediante un procedimiento de divorcio. Resulta contrario al libre desenvolvimiento de la personalidad individual (artículo 20 constitucional), así como para el desarrollo integral de las personas (artículo 75 eiusdem), mantener un matrimonio desavenido, con las secuelas que ello deja tanto a los cónyuges como a las familias, lo que es contrario a la protección de la familia que debe el Estado (artículo 75 ibidem).

De lo anterior se infiere que, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia consideró el libre consentimiento como un presupuesto constitucional del matrimonio, razón por la cual, si uno de los cónyuges solicita el divorcio conforme lo dispuesto en el artículo 185 A, significa que hay una suspensión de la vida en común, lo que indica que el consentimiento para mantener el vínculo ha terminado, entendiéndose que el consentimiento se constituye cuando ambas manifestaciones de voluntad se hacen coincidentes.

En consecuencia, la Sala Constitucional fija con carácter vinculante la interpretación constitucional del artículo 185 A del Código Civil, estableciendo que:

Si el otro cónyuge no compareciere o si al comparecer negare el hecho, o si el Fiscal del Ministerio Público lo objetare, el juez abrirá una articulación probatoria, de conformidad con lo establecido en el artículo 607 del Código de Procedimiento Civil, y si de la misma no resultare negado el hecho de la separación se decretará el divorcio; en caso contrario, se declarará terminado el procedimiento y se ordenará el archivo del expediente. Así se declara.

Ahora bien, la labor interpretativa de la Sala constitucional del **máximo intérprete de la Constitución**, se reduce a modificar lo estipulado en el Código Civil, sin embargo, no estableció el tratamiento procesal que debe dársele a esta interpretación, razón por la cual en la práctica forense no existe una unanimidad de criterios con respecto a este particular.

Es menester traer a colación sentencia dictada por la referida Sala, No.693, de fecha 02 de junio de 2015, con ponencia de la Magistrada Carmen Zuleta de Merchán, en la cual se estableció que:

(...) De la tangibilidad de estos derechos debe concluirse que la previsión del artículo 185 del Código Civil, que establece una limitación al número de las causales para demandar el divorcio, deviene insostenible de cara al ejercicio de los derechos constitucionales ya comentados devenidos de la nueva Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, esto es el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad y a obtener una tutela judicial efectiva. Es decir, que en la actualidad resulta vetusto e irreconciliable con el ordenamiento constitucional, el mantenimiento de un *numerus clausus* de las causales válidas para petitionar el divorcio frente a la garantía de los derechos fundamentales del ciudadano al libre desarrollo de la personalidad y a la tutela judicial efectiva (...).

Partiendo de lo anteriormente expuesto, la Sala Constitucional fija con carácter vinculante la interpretación constitucional del artículo 185 del Código Civil, estableciendo que:

Ahora bien, vista las anteriores consideraciones realizadas en torno a la institución del divorcio, analizada e interpretada, en aplicación directa e inmediata de los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad y la tutela judicial efectiva, previstos en los artículos 20 y 26, respectivamente, de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, esta Sala Constitucional realiza una interpretación constitucionalizante del artículo 185 del Código Civil, y declara, con carácter vinculante, que las causales de divorcio contenidas en el artículo 185 del Código Civil no son taxativas, por lo cual cualquiera de los cónyuges podrá demandar el divorcio por las causales previstas en dicho artículo o por cualquier otra situación que estime impida la continuación de la vida en común, en los términos señalados en la sentencia N° 446/2014, ampliamente citada en este fallo; incluyéndose el mutuo consentimiento.

Ahora bien, se considera que con esta sentencia se instaura en Venezuela el divorcio por mutuo consentimiento, el cual tiene su fundamento en una máxima de experiencia clara, “si el libre consentimiento de los contrayentes es necesario para celebrar el matrimonio, es este consentimiento el que priva durante su existencia y, por lo tanto, su expresión destinada a la ruptura del vínculo matrimonial, conduce al divorcio”.

Con esta decisión de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, no solo se implantó jurídicamente el divorcio por mutuo consentimiento en Venezuela, sino que también se instauró la posibilidad de disolver el vínculo por cualquier otra causal que haga imposible la vida en común entre los cónyuges, teniendo el juez la obligación de admitir y sustanciar la demanda.

Continúa la Sala constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, su labor interpretativa mediante sentencia No.1070, de fecha 09 de diciembre de 2016, con ponencia del Magistrado Juan José Mendoza Jover, en la cual se estableció que:

(...) en consecuencia, considera esta Sala que con la manifestación de incompatibilidad o desafecto para con el otro cónyuge aparece la posibilidad del divorcio en las demandas presentadas a tenor de lo dispuesto en el artículo 185 y 185-A, que conforme al criterio vinculante de esta Sala no precisa de un contradictorio, ya que se alega y demuestra el profundo deseo de no seguir unido en matrimonio por parte del cónyuge-demandante, como manifestación de un sentimiento intrínseco de la persona, que difiere de las demandas de divorcio contenciosas. En efecto, la competencia de los Tribunales es producir como juez natural conforme lo dispone el artículo 49 constitucional, una decisión que fije la ruptura jurídica del vínculo con los efectos que dicho divorcio aparece, sin que pueda admitirse la posibilidad de que manifestada la existencia de dicha ruptura matrimonial de hecho, se obligue a uno de los cónyuges a mantener un vínculo matrimonial cuando éste ya no lo desea, pues de considerarse así se verían lesionados derechos constitucionales como el libre desenvolvimiento de la personalidad, la de adquirir un estado civil distinto, el de constituir legalmente una familia, y otros derechos sociales que son intrínsecos a la persona (...).

De lo anterior se infiere que, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia a través de esta sentencia instaura en Venezuela el divorcio multicausal, dejando en desuso el divorcio contencioso, puesto que se plantea el divorcio por desafecto, lo cual ha venido a trastocar, a modo de ver de esta autora, objetivamente la disolución del vínculo matrimonial, en virtud de que existen criterios jurisprudenciales según los cuales por estar involucrados derechos humanos como el libre desenvolvimiento de la personalidad, el mismo se desarrolla en jurisdicción voluntaria, llegándose en algunos casos a disolver el vínculo sin la comparecencia de la parte contra quien se solicita, siempre y cuando esta esté debidamente citada a juicio.

2. Divorcio y el debido proceso

Como se ha podido evidenciar de lo anteriormente explicado, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, ha venido modificando el aspecto sustantivo del Divorcio, en virtud de que existen criterios jurisprudenciales según los cuales, por estar involucrados derechos humanos como el libre desenvolvimiento de la personalidad, el mismo se desarrolla en jurisdicción voluntaria, por lo que se considera pertinente abordar

el alcance del concepto de Debido Proceso, de Tutela Judicial Efectiva y de Seguridad Jurídica, así como las garantías que otorgan.

En este sentido, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, 1999, Art 257 establece que “el proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia. Las leyes procesales establecerán la simplificación, uniformidad y eficacia de los trámites y adoptarán un procedimiento breve, oral y público”.

Por su parte, la Sala Constitucional del **Máximo intérprete de la Constitución**, en sentencia de fecha 26 de abril de 2016, plantea que se puede definir al proceso:

Como el vehículo que traslada toda la carga, el material cualquiera que este sea a su destino final a través de las vías o canales regulares establecidos para ello para llegar u obtener un fin que en el caso concreto es la materialización de la justicia, sin un proceso llevado correctamente difícilmente se alcance la justicia. El debido proceso es aquel que reúne todas las garantías fundamentales para que exista una real tutela judicial y que esta sea efectiva, pues en virtud de ello es que el artículo 49 de nuestra Carta Magna expresa: “El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas, en consecuencia.

En el mismo orden de ideas, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, 1999, Art 49, dispone:

El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas y, en consecuencia:

1. La defensa y la asistencia jurídica son derechos inviolables en todo estado y grado de la investigación y del proceso. Toda persona tiene derecho a ser notificada de los cargos por los cuales se le investiga, de acceder a las pruebas y de disponer del tiempo y de los medios adecuados para ejercer su defensa. Serán nulas las pruebas obtenidas mediante violación del debido proceso. Toda persona declarada culpable tiene derecho a recurrir del fallo, con las excepciones establecidas en esta Constitución y la ley.

2. Toda persona se presume inocente mientras no se pruebe lo contrario.

3. Toda persona tiene derecho a ser oída en cualquier clase de proceso, con las debidas garantías y dentro del plazo razonable determinado legalmente, por un tribunal competente, independiente e imparcial establecido con anterioridad. Quien no hable castellano o no pueda comunicarse de manera verbal, tiene derecho a un intérprete.

4. Toda persona tiene derecho a ser juzgada por sus jueces naturales en las jurisdicciones ordinarias, o especiales, con las garantías establecidas en esta Constitución y en la ley. Ninguna persona podrá ser sometida a juicio sin conocer la identidad de quien la juzga, ni podrá ser procesada por tribunales de excepción o por comisiones creadas para tal efecto.

5. Ninguna persona podrá ser obligada a confesarse culpable o declarar contra sí misma, su cónyuge, concubino o concubina, o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad.

La confesión solamente será válida si fuere hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

6. Ninguna persona podrá ser sancionada por actos u omisiones que no fueren previstos como delitos, faltas o infracciones en leyes preexistentes.

7. Ninguna persona podrá ser sometida a juicio por los mismos hechos en virtud de los cuales hubiese sido juzgada anteriormente.

8. Toda persona podrá solicitar del Estado el restablecimiento o reparación de la situación jurídica lesionada por error judicial, retardo u omisión injustificados. Queda a salvo el derecho del o de la particular de exigir la responsabilidad personal del magistrado o magistrada, juez o jueza y del Estado, y de actuar contra éstos o éstas

En este sentido, Bello (2006) establece que todo proceso debe garantizar el debido proceso, por lo que una vez ejercido el derecho de pretensión debe permitirse a la contraparte el correspondiente derecho a la defensa, por lo tanto, cualquiera que sea el procedimiento debe trabarse con el objeto de permitir en igualdad de condiciones hacer valer los diferentes alegatos y excepciones, así como presentar en juicio cualquier instrumento probatorio.

2.1 Tutela Judicial Efectiva.

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, 1999, en su artículo 26 consagra el derecho a la tutela judicial efectiva, el cual encuadra su razón de ser en que la justicia es uno de los valores fundamentales presentes en todos los aspectos de la vida social, por lo cual debe impregnar todo el ordenamiento jurídico y constituir uno de los objetivos de la actividad del Estado, en garantía de la paz social, el mencionado artículo establece que:

Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos, a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente. El Estado garantizará una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles.

Ahora bien, de acuerdo con Bello (2006) la Tutela Judicial Efectiva no garantiza el derecho a obtener una sentencia favorable, sino que la misma esté jurídicamente exenta de errores producto de una interpretación de la ley o por errores cometidos en la apreciación o establecimiento de los hechos o de las pruebas, es decir, que lo que implica es que haya sido conocida, tramitada y decidida por los órganos operadores de justicia competente conforme a derecho, las pruebas alegadas y probadas a la sana crítica.

Por su parte, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha considerado que la pretensión de divorcio planteada por un ciudadano supone el ejercicio simultáneo de derechos y garantías constitucionales, como lo son: el libre desarrollo de la personalidad y la tutela judicial efectiva, entendida esta última como el derecho que tiene el justiciable de activar el órgano jurisdiccional a los fines de obtener un pronunciamiento exhaustivo sobre sus pretensiones, expresión de la garantía de acceso a la justicia, y que es novedad de nuestro vigente texto constitucional al estipularlo como derecho autónomo en el artículo 26 constitucional.

Con fundamento a este derecho es que se ha ido modificando el aspecto sustantivo del divorcio en Venezuela, estableciendo que las causales de divorcio contenidas en el Código Civil, 1982, en su artículo 185, no son taxativas, por lo cual cualquiera de los cónyuges podrá demandar el divorcio por las causales previstas en dicho artículo o por cualquier otra situación que estime impida la continuación de la vida en común, en los términos señalados en la sentencia N° 446/2014, incluyéndose el mutuo consentimiento.

2.2. Seguridad Jurídica.

Olaso (2007) establece que la Seguridad Jurídica “es la garantía dada al individuo de que su persona, sus bienes y derechos no serán objeto de ataques violentos, y si estos llegaran a producirse la sociedad les asegura protección y reparación”.

Tal como se ha observado a lo largo del presente artículo científico, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha ido modificando objetivamente el divorcio en Venezuela; desde sus inicios esta institución se sustanciaba mediante un procedimiento especial y en la actualidad se sustancia por jurisdicción voluntaria, por lo que se plantea si fue solo una adaptación de lo existente procesalmente a lo que debía existir, y que teoría se tomó en consideración para decidir que era de jurisdicción voluntaria y no contenciosa.

Son planteamientos que han quedado en el aire, en este punto el principio de seguridad jurídica, cumple un rol fundamental, puesto que este supone que los cambios en el sentido de la actuación del Poder Público, no se produzcan en forma irracional, brusca, intempestiva, sin preparar debidamente a los particulares sobre futuras

transformaciones, pues ello, atentaría contra las expectativas de continuidad del régimen legal y de los criterios preexistentes.

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia No. 15 de diciembre de 2005, caso: Rafael José Flores Jiménez, dejó establecido:

El simple cambio de una línea jurisprudencial no debe obedecer a caprichos irrazonables o a simples intereses particulares, sino debe atender a razones de mérito que justifiquen en un determinado momento el vuelco legal, mediante la elaboración por parte de la Sala protagonista o innovadora del cambio jurisprudencial de las justificaciones que incidieron en dicha variación, ya que si bien la sentencia constituye el acto por excelencia de los órganos jurisdiccionales mediante la cual se logra la resolución de una controversia suscitada entre dos partes, la misma cuando es emanada del Máximo Tribunal tiene por finalidad mitigada establecer una uniformidad jurisprudencial entre los Tribunales integrantes de la República.

Aunado a ello, debe atenderse al momento de realizar un cambio jurisprudencial al impacto social que pudiera tener dicha decisión dentro del orden social, más aún dentro de nuestra sociedad donde existe un colectivo necesitado de una justicia idónea y social que tienda a equilibrar las desigualdades imperantes entre los seres humanos.

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, no tomó en cuenta el impacto que pudiera tener dichas decisiones, puesto que en la actualidad cada Tribunal asume las pautas procesales que ha bien tenga ante este tipo de situaciones, amparados en base al principio de disciplina procesal contenido en el Código de Procedimiento Civil, 1987, artículo 7. Así pues, la laguna jurídica existente y la ausencia de alguna decisión vinculante emanada del Tribunal Supremo de Justicia venezolano que puede aclarar tal situación, representa por los momentos inseguridad jurídica.

3. Nuevo Procedimiento de Divorcio en Venezuela

En atención a la problemática suficientemente descrita se propone formular un modelo procesal único y eficaz en materia de divorcio que admita la aplicación de todas las pretensiones de divorcio derivadas de la interpretación realizada por la Sala Constitucional, siempre orientado a proteger el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad. Por lo que se plantea un procedimiento que atiende a una mixtura entre lo más favorable que presentan distintas legislaciones estudiadas, del cual se desprende que no se trata de causales, y que para prosperar el divorcio deben cumplirse las siguientes condiciones:

En el área de derecho civil.

1. A petición de ambos cónyuges, a la solicitud se acompañará propuesta fundada de las medidas que hayan de regular los efectos derivados de la separación, copia de las cédulas de identidad y copia certificada del acta de matrimonio.
2. A petición de uno solo de los cónyuges, a la solicitud se acompañará propuesta fundada de las medidas que hayan de regular los efectos derivados de la separación, copia de la cédula de identidad y copia certificada del acta de matrimonio.

Procedimiento cuando ambos cónyuges solicitan el divorcio:

En caso de que ambos cónyuges lo peticionen, deben introducir la solicitud ante el Tribunal de Municipio, toda vez que en aplicación directa e inmediata de los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad y la tutela judicial efectiva, previstos en los artículos 20 y 26, respectivamente, de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, basta la simple manifestación de voluntad por parte de los cónyuges o de uno de ellos para que prospere la solicitud de divorcio, razón por la cual no hay conflicto.

Una vez presentada la solicitud, al tercer (3er) día hábil siguiente de haberla recibido el Tribunal, la admitirá si no es contraria al orden público, a las buenas costumbres o a alguna disposición expresa de la ley. Ahora bien, en caso de no acompañar las cédulas de identidad o copia certificada del acta de matrimonio el Tribunal se reserva la admisión mediante auto expreso hasta tanto se subsane lo indicado o se consigne lo requerido.

Admitida la solicitud en el auto de admisión el Tribunal deberá oficiar al Ministerio Público, de conformidad con lo establecido en el Código de Procedimiento Civil, en atención al Principio de Celeridad Procesal, toda vez que en la actualidad una vez que el Tribunal admite la parte por diligencia debe solicitar se oficie al referido organismo, dilatando el proceso.

Posteriormente, el Tribunal dentro de los 05 días siguientes procede a declarar la disolución del vínculo matrimonial, tomando en consideración criterio expuesto por la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, quien en sentencia de fecha 08 de agosto de 2012, con ponencia del Magistrado Alfonso Valbuena Cordero expuso:

Ahora bien, estima la Sala establecer que en vista de que estamos frente a un procedimiento de jurisdicción voluntaria, mediante el cual los cónyuges de mutuo acuerdo decidieron separarse de cuerpos, estableciendo un régimen de convivencia familiar y fijando una cantidad de dinero destinada para la manutención de las niñas nacidas durante la unión matrimonial, no es necesario en estos casos la realización de la audiencia preliminar, con lo cual se flexibiliza lo establecido en el artículo 514 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, dado que tal exigencia, como es la comparecencia de las partes en estos procedimientos, se considera una rigidez que no persigue un fin útil, pues como antes se expresó, los cónyuges de mutuo acuerdo han decidido separarse de cuerpos, razón suficiente para flexibilizar la rigidez de la norma in comento.

De lo anterior se infiere que, no es necesaria la fijación de una audiencia preliminar toda vez que los cónyuges de mutuo acuerdo han decidido separarse, razón por la cual no hay nada más que argumentar.

Procedimiento cuando uno solo de los cónyuges solicita el divorcio:

En caso de que uno solo de los cónyuges lo peticione, debe introducir la solicitud ante el Tribunal de Municipio, toda vez que en aplicación directa e inmediata de los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad y la tutela judicial efectiva, previstos en los artículos 20 y 26, respectivamente, de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, basta la simple manifestación de voluntad por parte de los cónyuges o de uno de ellos para que prospere la solicitud de divorcio, razón por la cual no hay conflicto.

Una vez presentada, al tercer (3er) día hábil siguiente de haberla recibido el Tribunal, la admitirá si no es contraria al orden público, a las buenas costumbres o a alguna disposición expresa de la ley. Ahora bien, en caso de no acompañar copia de la cédula de identidad o copia certificada del acta de matrimonio el Tribunal se reserva la admisión mediante auto expreso hasta tanto se subsane lo indicado o se consigne lo requerido.

Admitida la solicitud en el auto de admisión el Tribunal ordena notificar al Fiscal del Ministerio Público y deberá ordenarse la comparecencia de los cónyuges asistidos de abogado al quinto (5to) día hábil siguiente a la constancia en autos de haberse practicado la notificación de las partes, a fin de llevarse a efecto la audiencia preliminar única.

En relación a la asistencia de abogado, se considera pertinente indicar que los cónyuges deben estar representados o asistidos por un abogado, toda vez que solo los profesionales del derecho tienen la capacidad de postulación, esta es la idoneidad que poseen para intervenir en juicio como apoderado judicial o como abogado asistente, cumpliendo así con lo dispuesto en la Ley de Abogados.

Con respecto a la notificación del otro cónyuge, pueden presentarse dos supuestos, en caso de no lograrse la notificación personal, el conyugue solicitante podrá solicitar, valga la redundancia, la notificación cartelería, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 223 del Código de Procedimiento Civil, y en caso de que se encuentre

debidamente citado y no acuda a la audiencia preliminar única, el Juez dicta sentencia de igual manera, atendiendo al derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad que le asiste al cónyuge solicitante.

Llegada la oportunidad para celebrarse la audiencia preliminar única, las partes deberán admitir los hechos e informarle al Juez cualquier cosa que observen en las actas, aquí se cumple con el Principio de Inmediación procesal. De acuerdo con Enríquez (2004) este principio radica en el hecho de que se establece una relación directa entre el juez y los actos procesales, por lo que su conocimiento no está supeditado a un elemento intermediario, muchas veces distorsionante del exacto sentido y efecto del mismo.

Se plantea una audiencia preliminar única, debido al carácter de orden público del matrimonio, en la misma las partes únicamente van a manifestar sus deseos de disolver el vínculo matrimonial, y presentar el acuerdo con las medidas que hayan de regular los efectos derivados de la separación, esto atendiendo al libre desenvolvimiento de la personalidad tan argumentado por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, quien fundamenta sus decisiones en la máxima “si el libre consentimiento de los contrayentes es necesario para celebrar el matrimonio, es este consentimiento el que priva durante su existencia y, por lo tanto, su expresión destinada a la ruptura del vínculo matrimonial, conduce al divorcio”.

En la audiencia preliminar única, el otro puede ofrecer una propuesta reguladora distinta. Al momento de formular las propuestas, las partes deben acompañar los elementos en que se fundan; el juez actuando como rector del proceso puede ordenar, de oficio o a petición de las partes, que se incorporen otros que se estiman pertinentes.

En ningún caso el desacuerdo en el convenio suspende el dictado de la sentencia de divorcio. No obstante, si existe desacuerdo sobre los efectos del divorcio, o si el convenio regulador perjudica de modo manifiesto los intereses de los integrantes del grupo familiar, las cuestiones pendientes deben ser resueltas por el juez de conformidad con el procedimiento previsto en la ley.

En el área de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

Se plantea un procedimiento del cual se desprende que no se trata de causales, y que para prosperar el divorcio deben cumplirse las siguientes condiciones:

1. ° A petición de ambos cónyuges, en caso de hijos habidos en el matrimonio, las partes deben haber convenido lo respectivo a las instituciones familiares en beneficio de los hijos, y que dichos acuerdos cumplan con los extremos exigidos por Ley para garantizar los derechos de los hijos en el matrimonio.

2.° A petición de uno solo de los cónyuges, a la demanda se acompañará propuesta fundada de las medidas que hayan de regular los efectos derivados de la separación.

Entendiendo por instituciones familiares, la patria potestad, la responsabilidad de crianza, obligación de manutención y régimen de convivencia familiar, instituciones suficientemente desarrolladas en la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (LOPNNA).

Procedimiento cuando ambos cónyuges solicitan el divorcio:

En caso de que ambos cónyuges lo petitionen, deben introducir la solicitud ante el Circuito Judicial de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes. Una vez presentada, al tercer (3er) día hábil siguiente de haberla recibido el Tribunal, la admitirá si no es contraria al orden público, a las buenas costumbres o a alguna disposición expresa de la ley. Ahora bien, en caso de no acompañar las copias de la cédulas de identidad o copia certificada del acta de matrimonio el Tribunal se reserva la admisión mediante auto expreso hasta tanto se subsane lo indicado o se consigne lo requerido.

Admitida la demanda, en el auto de admisión el Tribunal ordena la comparecencia de los niños al segundo (02) día hábil siguiente, a fin de que emitan su opinión ante el juez y deberá oficiar al Ministerio Público, en atención al Principio de Celeridad Procesal.

Posteriormente, el Tribunal dentro de los 05 días siguientes procede a declarar la disolución del vínculo matrimonial, tomando en consideración criterio expuesto por la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, quien en sentencia de fecha 08 de agosto de 2012, con ponencia del Magistrado Alfonso Valbuena Cordero expuso:

Ahora bien, estima la Sala establecer que en vista de que estamos frente a un procedimiento de jurisdicción voluntaria, mediante el cual los cónyuges de mutuo acuerdo decidieron separarse de cuerpos, estableciendo un régimen de convivencia familiar y fijando una cantidad de dinero destinada para la manutención de las niñas nacidas durante la unión matrimonial, no es necesario en estos casos la realización de la audiencia preliminar, con lo cual se flexibiliza lo establecido en el artículo 514 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, dado que tal exigencia, como es la comparecencia de las partes en estos procedimientos, se considera una rigidez que no persigue un fin útil, pues como antes se expresó, los cónyuges de mutuo acuerdo han decidido separarse de cuerpos, razón suficiente para flexibilizar la rigidez de la norma in comento.

De lo anterior se infiere que, no es necesaria la fijación de una audiencia preliminar toda vez que los cónyuges de mutuo acuerdo han decidido separarse, razón por la cual no hay nada más que argumentar.

Se considera pertinente indicar que, en relación a la opinión de los niños que se encuentren fuera del país, en la actualidad dicha situación dilata el proceso puesto que el Juez no decide sin escuchar la opinión, en la presente investigación se propone que, si se demuestra, es decir, si ambos padres indican que el niño se encuentra fuera del país, se debería omitir la opinión del mismo, toda vez que el derecho a opinar, es precisamente un derecho no una obligación y los padres están demostrando que no se encuentra en el país.

Procedimiento cuando uno solo de los cónyuges solicita el divorcio:

En caso de que uno solo de los cónyuges lo peticione, debe introducir la demanda ante el ante el Circuito Judicial de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes. Una vez presentada, al segundo (2do) día hábil siguiente de haberla recibido el Tribunal, la admitirá si no es contraria al orden público, a las buenas costumbres o a alguna disposición expresa de la ley. Ahora bien, en caso de no acompañar la cédula de identidad o copia certificada del acta de matrimonio el Tribunal se reserva la admisión mediante auto expreso hasta tanto se subsane lo indicado o se consigne lo requerido.

Admitida la solicitud, en el auto de admisión el Tribunal ordena notificar al Fiscal del Ministerio Público y ordena la comparecencia de los niños, a fin de que emitan su opinión ante el juez.

Se considera pertinente indicar que, en relación a la opinión de los niños que se encuentren fuera del país, en la actualidad dicha situación dilata el proceso puesto que el Juez no decide sin escuchar la opinión, en la presente investigación se propone que, si se demuestra, es decir, si el conyugue no solicitante, demuestra que tiene conocimiento e incluso otorgó el permiso correspondiente, se debería omitir la opinión del mismo, toda vez que el derecho a opinar, es precisamente un derecho, no una obligación.

Seguidamente, por auto por separado deberá ordenarse la comparecencia de los cónyuges asistidos de abogado al quinto (5to) día hábil siguiente a la certificación que realice la Coordinadora de Secretaría sobre la notificación de las partes, a fin de llevarse a efecto la audiencia preliminar única.

Con relación a la asistencia de abogado, se considera pertinente indicar que los cónyuges deben estar representados o asistidos por un abogado, toda vez que solo los profesionales del derecho tienen la capacidad de postulación, esta es la idoneidad que poseen para intervenir en juicio como apoderado judicial o como abogado asistente, cumpliendo así con lo dispuesto en la Ley de Abogados.

Llegada la oportunidad se celebra audiencia preliminar única dejándose constancia de la comparecencia de las partes y habiendo las partes manifestado sus deseos de divorciarse procede a declarar el divorcio, en la misma oportunidad el tribunal fija lo referente a las instituciones familiares como Custodia, Régimen de Convivencia

Familiar y Obligación de Manutención, debiendo aprobar y homologar los acuerdos referidos a las instituciones familiares y declarar con lugar la disolución del vínculo matrimonial.

Ahora bien, en caso desacuerdo por parte de los progenitores entorno a las instituciones familiares, el Juez de igual manera, dicta sentencia declarando disuelto el vínculo matrimonial, y no podrán dicha sentencia en estado de ejecución hasta tanto los progenitores en fase de mediación o juicio lleguen a un acuerdo.

Conclusiones

De acuerdo al trabajo de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, se ha abandonado el sistema de divorcio con causales, atendiendo así a los requerimientos de la sociedad y en obsequio al reconocimiento a los derechos constitucionales de los ciudadanos, como lo es el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad y la tutela judicial efectiva. No obstante, la labor interpretativa de la referida Sala trajo como consecuencia la multiplicidad de criterios en materia sustantiva para dar respuesta a la disolución del vínculo matrimonial, por lo que se puede concluir que existe una necesidad inminente de formular un modelo procesal único y eficaz en materia de divorcio que admita la aplicación de todas las pretensiones de divorcio derivadas de la interpretación realizada por la Sala Constitucional, y se recomienda a los fines de garantizar la seguridad jurídica y uniformidad de criterios, que la Asamblea Nacional revise lo conducente, actualice el procedimiento conforme a las mencionadas decisiones y reforme el Código de Procedimiento Civil de 1987.

Referencias Bibliográficas

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. 2000. **Constitución de la República Bolivariana de Venezuela**. En Gaceta Oficial Extraordinaria de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.453. Extraordinario.

Bello, Antonio. 2013 **Lecciones de Derecho Procesal Constitucional**. Ediciones y Gráficas León. Caracas, Venezuela. Pp. 50-60.

Bello, Humberto. 1989. **Historias de las Fuentes e Instituciones Jurídicas Venezolanas**. Ediciones Gráficas M.L., C.A. Caracas, Venezuela. Pp 20-30.

Bello, Humberto. 2006. **Tutela judicial efectiva y otras garantías constitucionales procesales**. Ediciones Paredes. Pp. 30-35.

Bocaranda, Espinosa. 1987. **La Separación fáctica de cuerpos**. Editorial Principios. Caracas, Venezuela. Pp 56-70.

Borjas, Arminio. (1984). **Comentarios al Código de Procedimiento Civil Venezolano**. Caracas. Editorial Pinango. Pp 25-29.

Bonnecase, Julián. 1997. **Tratado Elemental de Derecho Civil**. Editorial Harla. Volumen 1. Ciudad de México. Pp 30-38.

Brewer, Allan R. (2001). **La Constitución de 1999**. Editorial Arte. Caracas.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE VENEZUELA. 1982. **Ley de Reforma Parcial del Código Civil de Venezuela**. En Gaceta Oficial Extraordinaria de la República Bolivariana de Venezuela N° 2.990 Extraordinario.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE VENEZUELA. 1987. **Código de Procedimiento Civil Venezolano**. En Gaceta Oficial Extraordinaria de la República Bolivariana de Venezuela No. 3.970.

Contreras, Jose Manuel. 2012 **Reflexiones sobre la nueva tendencia del divorcio en Venezuela**. Disponible en <http://bdigital.ula.ve/pdf/pdfrevista/paramillo/n27/art09.pdf> Consultado el 11 de octubre de 2017.

D'Jesus, Antonio. 1991 **Lecciones de derecho de Familia**. Paredes Editores. Caracas, Venezuela. Pp 75-103.

Gozáini, Osvaldo. 2002. **El Debido Proceso**. Rubinzal-Culzoni Editores. Santa Fe de Bogotá, Colombia. Pp. 70-80.

Jurado, Manuel. (2012) **Derogatoria del procedimiento de divorcio establecido en el Código Civil Venezolano**. Trabajo para optar al título en especialista de Derecho Civil, en los programas de postgrado que dicta la Universidad de Los Andes (ULA), Venezuela.

La Roche, Alberto (2004) **Anotaciones de Derecho Procesal Civil**. Centro de Estudios Jurídicos del Zulia. Maracaibo, Venezuela. Pp. 40-41.

López, Francisco. (2011) **Derecho de Familia. Tomo II**. Publicaciones Ucab. Caracas Venezuela. Pp. 183-227.

Messineo, Francisco. (1954). **Tratado de Derecho Civil y Comercial**. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires. Pp. 120-121.

Núñez, Edgar. (1997) **Normas Procesales sobre el divorcio y la separación de cuerpos. Nuevo Código**. Vadell Hermanos Editores. Caracas, Venezuela. Pp 10-17.

Olaso, Luis. (2007) **Curso de Introducción al Derecho**. Publicaciones Ucab. Caracas, Venezuela. Pp 426-433.

Peñaranda, Héctor. (2010) **Derecho de Familia**. Consejo de Publicaciones del Vicerrectorado Académico, Universidad del Zulia Maracaibo, Venezuela. Pp 379-415.

Ricci, Francisco. **Derecho Civil Teórico Práctico, trad. por Adolfo Posada**. Madrid, La España Moderna, s/f.

TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, Sala Constitucional. 2014. Sentencia N° 446, de fecha 15 de mayo de 2014.

TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, Sala Constitucional. 2015. Sentencia N° 693, de fecha 02 de junio de 2015.

TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, Sala Constitucional. 2016. Sentencia N° 1070, de fecha 09 de diciembre de 2016.

Joint venture contractual y la responsabilidad patrimonial frente a terceros¹

Yorgelis Ivana Cárdenas Montero²

Rafael Andrés Chacón Suárez³

Javier Sosa Pacheco⁴

Resumen

Este artículo científico tuvo como objetivo analizar la responsabilidad de contenido patrimonial derivada del contrato de joint venture frente a terceros que exijan el cumplimiento de una obligación en Venezuela. Para llevar a cabo dicho análisis fueron estudiadas las disposiciones legales en el Código de Comercio (1955) y del Código Civil (1982) aunado a los comentarios realizados por Calvo (1999) y Calvo (2014) de los mismos y Quevedo (2013). La investigación fue de tipo jurídica, documental, y el método empleado fue el analítico. Como consecuencia del vacío legal en la legislación venezolana en torno a la regulación del joint venture contractual y como esto perjudica a las empresas aliadas y los accionistas, se concluyó que es necesaria la creación de normas que regulen la figura bajo estudio en aras de garantizar los derechos a las partes y evitar la inseguridad jurídica.

Palabras Clave: Responsabilidad, patrimonial, terceros, Joint Venture.

Contractual joint venture and property liability against third parties

Abstract

The objective of this scientific article is to analyze the liability of the content derived from the joint venture contract against third parties that demand the fulfillment of an obligation in Venezuela. To carry out this analysis, the legal provisions in the Commercial Code (1955) and the Civil Code (1982) were studied, together with the comments made by Calvo (1999) and Calvo (2014) of the same and Quevedo (2013). The investigation was legal, documentary, and the method used was analytical. As a consequence of the legal void in venezuelan legislation regarding the regulation of the contractual joint venture and as this damages allied companies and shareholders, it was concluded that it is necessary to create norms that regulate the figure under study in order to challenge the rights of the parties and avoid legal uncertainty.

Keywords: Responsibility, patrimonial, third parties, Joint Venture.

Admisión: 07/06/2020 Aceptación: 14/09/2020

¹ Este Artículo Científico es derivado del Trabajo Especial de Grado titulado: Joint venture y la responsabilidad patrimonial frente a terceros, Universidad Rafael Urdaneta; Maracaibo, Venezuela.

² Abogada. Universidad Rafael Urdaneta; Maracaibo, Venezuela. Correo Electrónico: yorgelisivana1@hotmail.com

³ Abogado. Universidad Rafael Urdaneta; Maracaibo, Venezuela. Correo Electrónico: rafaelcz231@hotmail.com

⁴ Abogado. Doctor en Derecho, Universidad Rafael Urdaneta; Maracaibo, Venezuela. Universidad del Zulia; Maracaibo, Venezuela. Correo Electrónico: jj_sosa_3@hotmail.com

Introducción

En la actualidad, se percibe como las empresas cooperan y se unen entre sí para maximizar su margen de ganancias o experimentar en otros tipos de mercados distintos a su objeto principal, lo cual les permite aumentar su presencia a nivel mundial y satisfacer sus necesidades entre sí. Para lograr dicha cooperación, las sociedades se encargan de suscribir un contrato, mediante el cual se comprometen a perseguir un fin común, repartir responsabilidades y aportar material de inversión. A este tipo de unión se le da el nombre de joint venture contractual.

Debido a los escasos recursos tecnológicos dentro de la República Bolivariana de Venezuela, este contrato es atractivo y motiva a los empresarios tanto nacionales como extranjeros a suscribirlo ya que esto les permite dotarse de las herramientas que necesiten. Se debe especificar que cada una de las empresas que suscribe el contrato se mantiene independiente de la otra, y conservan su propia personalidad jurídica, por lo que se siguen dedicando a su objeto principal.

Su importancia radica en lo referente a la alianza y lo que sucede en su interior. La administración es conjunta y las responsabilidades que se adquieren son de forma solidaria, rigiéndose esto último por la costumbre y las prácticas mercantiles, en virtud de una ausencia de base legal que regle el asunto, lo que ocasiona que las empresas que forman parte de la alianza se vean en una situación desventajosa a la hora de responder patrimonialmente frente a la exigencia del cumplimiento de una obligación por demanda de un tercero, pues, alguna empresa puede verse obligada individualmente y no la alianza en su conjunto, en virtud de que el contrato de joint venture no es oponible ante terceros pues carece de sustento legal.

La presente investigación se inició en el mes de agosto de 2019 en la ciudad de Maracaibo, Estado Zulia, Venezuela y se tomaron como fundamento legal el Código de Comercio (1955) y el Código Civil Venezolano (1982), como fundamento doctrinario los estudios y comentarios realizados por Calvo (1999) y Calvo (2014) sobre las ya mencionadas normativas, y Quevedo (2013), entre otros autores que aportaron información valiosa para el desarrollo de este artículo de investigación y dar respuesta al objetivo general en estudio, a saber: analizar la responsabilidad de contenido patrimonial derivada del contrato de joint venture frente a terceros que quieran exigir el cumplimiento de una obligación en la República Bolivariana de Venezuela.

Este artículo científico tiene como aporte evidenciar la problemática por la cual atraviesa la figura de joint venture y su contrato en razón a cómo pueden verse afectadas las empresas pertenecientes a la alianza, los miembros de esta empresa conjunta y la alianza en general ante la exigencia de terceros del cumplimiento de obligaciones a dichos sujetos, en virtud a la ausencia de base legal que presenta este tipo de contrato, lo cual conlleva a que aquellas personas que deseen demandar el cumplimiento de una obligación, demanden a alguno de los sujetos miembros de la alianza para que este responda patrimonial e individualmente y así cumplir con su responsabilidad, en lugar de exigir que la alianza responda en su conjunto, involucrando al resto de las sociedades.

1. Generalidades del joint venture contractual

1.1. Contrato joint venture en la legislación venezolana.

En la normativa venezolana no existe una ley que defina el contrato de joint venture, sin embargo, se toma como figura relacionada al consorcio, cuya definición, según doctrinarios se acerca a la figura bajo estudio y pudiese ser aplicada por analogía cuando se habla de esta. El artículo 10 de la Ley de Impuestos Sobre la Renta (2015) define a la figura de consorcio como aquellas “[...] agrupaciones empresariales, constituidas por personas jurídicas que tengan por objeto realizar una actividad económica específica de forma mancomunada”.

Antes de establecer un criterio sobre esta disposición, es necesario definir a la figura contractual de joint venture. Dentro de las más acertadas se destaca la de Valeri (2005:333), quien la define de la siguiente manera:

Es un convenio formal y temporal de asociación de varias personas jurídicas o empresas, sin que ninguna pierda su independencia jurídica, administrativa y comercial y sin que la asociación adquiera personalidad jurídica. Por medio del cual cada una aporta la gestión de cooperación y contribución económica y pone a disposición productos, bienes o servicios, que constituyen el resultado de la realización de su objeto social y que se complementan entre sí, con el fin de colocar y comercializar sus productos en el mercado internacional y obtener para las asociadas mejores ventajas económicas.

Como se aprecia, en ambas definiciones se presencian características desiguales, la concepción de consorcio está alejada de la esencia de la alianza bajo estudio. Analizando la definición establecida por Valeri encontramos que el joint venture contractual se define como un acuerdo de voluntades donde dos o más personas jurídicas se unen para cumplir un determinado fin en común, por tiempo determinado, sin que los socios o accionistas pierdan su autonomía y sin que las empresas pierdan su personalidad jurídica individual, presentando ventajas económicas para cada socio que forma parte de este acuerdo. Las empresas asociadas comparten la idea de participar en un objetivo en común, combinando sus cualidades para obtener la máxima rentabilidad económica.

Ahora bien, se toma en consideración la posición de Hung (2009:35), quien define al consorcio de la siguiente manera:

Unión de esfuerzos de las partes para el logro de un único y específico objetivo; esto es, la temporalidad de la unión de esfuerzos; unión que no se extiende más allá de la ejecución de la obra o la prestación del servicio.

Esto último, aunado a lo que establece la legislación venezolana sobre la relación del consorcio y el joint venture, si bien hay semejanzas, también se presentan diferencias, como el hecho de que el consorcio está destinado a la ejecución de una obra determinada o la prestación de servicios, mientras que, tomando lo estudiado por Valeri (2005) y Hung (2009), la actividad de este tipo de alianza es más amplia y comercial, por lo que el artículo 10 de la Ley de Impuesto sobre la Renta (2015) constituye una limitante a la actividad comercial de la alianza.

Por tanto, el contrato de joint venture se caracteriza por la manifiesta voluntad de trabajar con otra persona jurídica para alcanzar un determinado fin en común, es decir, las personas que lo integran están dispuestas a trabajar en conjunto para alcanzar una meta y, en este sentido, su actividad no se ve limitada por una obra o por la temporalidad de trabajo ya que su objeto es más amplio y su actividad suele extenderse en el tiempo, más que la de un consorcio. También, los asociados conservan su independencia jurídica, es decir, no se genera una fusión de patrimonios y se logra conservar la independencia para seguir con los negocios propios de la empresa, el cual es uno de los fines de este tipo de negocio.

1.2. Distinción entre joint venture contractual y joint venture societario.

Es necesario aclarar que la figura del joint venture puede verse en la práctica mediante diversas formas, en Venezuela se reconocen especialmente dos: joint venture contractual y joint venture societario. En lo referente al primer tipo, Esplugues *et al.*, (2003:124) establece que “[...] se organizan normalmente para abordar proyectos puntuales que tienen una duración limitada en lo que a tiempo se refiere”, mientras que, para el segundo, los mismos autores (2003:123) refieren que “[...] implican la constitución de una sociedad controlada conjuntamente por los participantes [...] Suelen constituirse en proyectos de larga duración, mayor número de venturers, que hace más difícil la coordinación de intereses y el control del cumplimiento de las prestaciones comprometidas.”

Esto quiere decir que, a diferencia del contrato, cuando la alianza se constituye en sociedad se crea una nueva figura societaria, es decir, las empresas que se unen para lograr un fin crean una nueva figura con personalidad jurídica, lo que significa que nace una nueva entidad, que será ilimitada porque no se sujeta a una condición temporal. En Venezuela se regula esta figura aplicando las normas referentes a la constitución de una sociedad anónima establecidas en el Código de Comercio de 1955.

De acuerdo a las comparaciones realizadas por Chacón (2017), Fernández (1996) y Cabanellas de las Cuevas *et al* (1987) en torno a los dos tipos de joint venture, se aprecian las diferencias que existen entre ambas figuras, dejando en claro lo explicado con anterioridad y de este modo reafirmando lo dicho, por lo tanto se está de acuerdo con la posición establecida de cada uno de estos autores.

Es de nuestro particular interés el joint venture contractual, esto en virtud a que en la legislación nacional se presentan vacíos legales que evidencian situaciones regulares que posicionan a la figura de la empresa conjunta ante una gran desventaja pues, al no tener personalidad jurídica propia, los sujetos asociados o los accionistas de las empresas se ven comprometidos a responder de manera solidaria ante la exigencia de cumplimiento de obligaciones frente a terceros, es decir, no de manera conjunta sino individualmente, sin poder oponer el contrato base ante estos para eximir su responsabilidad, tema que será abordado en los próximos puntos.

1.3. Formalidades para la existencia y validez del contrato joint venture en Venezuela.

En vista de la ausencia de base legal en Venezuela en cuanto al joint venture y su contrato, se encuentran disposiciones dentro de la legislación nacional que se aplican por analogía, como lo es la normativa referente al contrato atípico o innominado contemplado en el artículo 1140 del Código Civil de la República Bolivariana de Venezuela (1982), que estipula lo siguiente:

Todos los contratos, tengan o no denominación especial, están sometidos a las reglas generales establecidas en este Título, sin perjuicio de las que se establezcan especialmente en los Títulos respectivos para algunos de ellos en particular, en el Código de Comercio sobre las transacciones mercantiles y en las demás leyes especiales.

Esta disposición se refiere a los contratos de tipo innominados, que se definen como aquellos contratos que no están tipificados en la ley y que, por consiguiente, se les confiere una denominación especial, de esta forma, se afirma que el contrato joint venture se caracteriza por ser un contrato innominado. Ahora, para que el contrato sea válido se deben cumplir con los requisitos que se encuentran en el Código Civil Venezolano (1982), estos refieren a la capacidad de las partes contratantes (artículo 1143), vicios del consentimiento (artículo 1146), objeto (artículo 1155) y causa del contrato (artículo 1157). Con respecto a la capacidad de las partes, esto refiere a que no deben ser declaradas incapaces por ley, en el caso de las sociedades, deben cumplir con su proceso de registro y protocolización para considerarse capaces.

Los vicios del consentimiento hacen referencia a una voluntad alterada por error, dolo o violencia, que, de no haber sido por ellas, no se hubiese tomado la decisión de participar en el contrato. El objeto hace referencia a la obligación y que esta debe ser posible, lícita, determinado o determinable. Y la causa, se refiere a la función económico-social que el contrato cumple, la cual no debe ser contraria a la ley, las buenas costumbres ni al orden público.

El manual que Establece los Requisitos Únicos y Obligatorios para la Tramitación de Actos o Negocios Jurídicos en los Registros Principales, Mercantiles, Públicos y las Notarías de 2014 nos enumera en su artículo 22 los requisitos para la constitución de un consorcio, entendiéndose que los consorcios son de carácter registral. De acuerdo a esto último, y en razón a que la legislación venezolana vincula el consorcio con el joint venture, se generan dudas al establecer que algunos contratos que figuran en el registro mercantil como consorcios podrían en realidad considerarse joint venture. Chacón (2017:142) explica que “para llegar a esta conclusión, habría que analizar el contrato en particular” y concluye en sentido estricto que: “[...] Para inscribir un consorcio (o joint venture contractual) sólo se requiere la presentación del documento contentivo del acuerdo de las partes y de los documentos que las identifiquen.”

Por esto se entiende que si es posible encontrar contratos de joint venture en algún registro. Debido a la vinculación que se le da a esta figura con el consorcio, estos pueden llegar a ser registrados, sin embargo, por la naturaleza misma del contrato, basta el acuerdo entre las partes para darle nacimiento al mismo y a las obligaciones entre los firmantes, además de que en razón a que no se está creando una nueva figura jurídica, no es necesaria la creación de un documento constitutivo, por tanto, aunque el documento contentivo del acuerdo se registre en el

Registro Mercantil, la alianza seguiría careciendo de personalidad jurídica puesto a que no se generaría ningún efecto.

Es así como nos encontramos ante la situación de que el convenio que hace constar la existencia de la unión sirve únicamente para reafirmar la existencia de la alianza entre las partes contratantes y llevar un orden en lo que respecta su administración interna, por lo cual dicho documento solo genera efectos entre las empresas firmantes y no frente a terceros. Es importante destacar esto porque es allí donde se estipulan las responsabilidades a las cuales estarán obligados cada uno de los sujetos intervinientes en el contrato.

Autores como Chacón (2017), Quevedo *et al* (2013) y Calvo (2014) comparten y analizan los puntos explicados supra, referentes a los requisitos y la validez del contrato, pues indican claramente que los requisitos son los establecidos en el artículo 22 del Manual que Establece los Requisitos Únicos y Obligatorios para la Tramitación de Actos o Negocios Jurídicos en los Registros Principales, Mercantiles, Públicos y las Notarías de 2014; y para lograr la validez se requiere la capacidad de las partes, el consentimiento, objeto y causa del contrato, razón por la cual a pesar de la escasez de información legal se entiende que los criterios son aplicables perfectamente a la figura de joint venture contractual.

Como la figura de joint venture contractual presenta la particularidad de que en Venezuela puede ser registrado, y a su vez es un contrato atípico o innominado, el acuerdo se considera válidamente constituido al no existir vicios en el consentimiento, es decir, que las partes tengan capacidad plena para actuar, un objeto determinado o determinable, una causa lícita y que no sea contraria a las buenas costumbres.

1.4. Partes intervinientes en el contrato.

Para Melich-Orsini (2012:62), la noción de parte es “cada uno de los polos de intereses que se contraponen en el contrato”. Para Marín (1998:26) es “una sola persona que persigue un interés determinado; pero alrededor de este centro pueden reunirse dos o más personas que persiguen el mismo interés”. Por esto entendemos que las partes de un contrato son aquellas personas, pudiendo estas ser naturales y/o jurídicas, que intervienen voluntariamente en la formación y el perfeccionamiento del contrato.

En el caso del joint venture contractual, el tipo de personas que intervienen en su formación son las jurídicas, es decir, empresas, sociedades anónimas o todas aquellas sociedades en general que han cumplido con los requisitos que le exige la ley para su constitución y registro. Cuando el contrato gira en torno a una alianza, estas personas jurídicas que van a conformarla presentan distintos tipos de intereses, pero siempre van a perseguir un objeto común y determinado, el cual se convierte en el centro de intereses de las sociedades que trabajarán en conjunto.

Según el artículo 1166 del Código Civil venezolano (1982) “los contratos no tienen efecto sino entre las partes contratantes; no dañan ni aprovechan a los terceros, excepto en los casos establecidos por la ley”, es decir, este artículo nos habla del efecto que surte el contrato entre las partes contratantes, entendiéndose por parte a las sociedades o empresas que deciden participar en el convenio. Dichos efectos que puede producir el contrato, a saber beneficios o conflictos que le conciernen a la alianza, solo aplica o perjudica a los sujetos que suscribieron el contrato, a los que forman parte de el sin embargo y, se menciona a una nueva figura, que además, la excluye de estos beneficios o efectos, a saber, los terceros (quienes serán analizados más adelante) concretándose que estos no son parte del contrato, por lo tanto el documento no surte efecto ante ellos, lo que significa que no se les puede ser oponible.

Cabanellas de Torres (2004), Melich-Orsini (2012) y Calvo (2014) comparten diversas definiciones que explican la noción de parte en los contratos, con las cuales se está de acuerdo, sin embargo, se hace la aclaratoria de que se aborda un tema cuya naturaleza es de carácter mercantil-contractual, donde la figura analizada es celebrada por uno de los dos tipos de sujetos que explican estos autores, es decir, persona jurídica y se excluye de este modo a la persona natural.

En este orden de ideas, queda claro que el contrato bajo estudio se considera como atípico bajo la normativa nacional en razón a que existe un vacío legal en Venezuela, es decir, la figura de joint venture no ha sido incursionada en el mundo jurídico venezolano y el estudio doctrinario es muy escaso, por ello se debe recurrir a normas similares las cuales son aplicadas por analogía siguiendo la corriente de la costumbre mercantil, sin embargo, estas leyes no alcanzan a proteger a la figura debidamente. En el ámbito mercantil si bien hay figuras similares, el vacío es tal, que se debe recurrir a las normas civiles, sin embargo, estas no alcanzan a llenar las expectativas y, aunque colaboran en las formalidades para la celebración y perfeccionamiento del contrato, este último no es oponible a terceros, pues las leyes no le atribuyen validez para demostrar la existencia de la alianza, lo cual representa una enorme caída e inseguridad jurídica para este tipo de colaboración empresarial.

2. Terceros frente al contrato joint venture

2.1 Noción de terceros.

Para identificar a aquellas personas consideradas como terceros frente al contrato joint venture, es necesario partir de la definición de tercero. Cabanellas de Torres (2004:380) establece que el tercero es una “persona que no es ninguna de las dos o más que intervienen en trato o negocio de cualquier clase”. Mientras que Wolster (S.F.:1) menciona que el tercero es aquella “[...] persona que no ha intervenido ni ha sido representado en un contrato”. En la legislación venezolana, específicamente en el artículo 1166 del Código Civil Venezolano de 1982 ya citado previamente, encontramos una mención a la figura del tercero, sin embargo, carece de especificidad, el referido artículo establece que “los contratos no tienen efecto sino entre las partes contratantes; no dañan ni aprovechan a los terceros, excepto en los casos establecidos por la ley”.

Como se observó, esta disposición deja un vacío con respecto al significado de este sujeto, sin embargo, cuando hace mención a “las partes contratantes”, según lo desarrollado anteriormente, en lo respectivo a las partes del contrato joint venture, entendemos que los terceros no son considerados como partes porque no intervienen en el perfeccionamiento del contrato. Calvo (2014:433) define a estos como “las personas cuya voluntad de ninguna manera ha intervenido en el contrato y que no tienen vínculo jurídico alguno con las partes”, confirmando de este modo que los terceros no constituyen una parte del contrato.

Esta figura bien podría referirse a una persona natural o una persona jurídica. En el caso del joint venture ese tercero será una persona natural, cuando se trate de aquel individuo físico que se haya visto afectado por una actuación que derivó de la alianza y, en consecuencia, proceda a demandar a la misma, y se entenderá como persona jurídica cuando quien se vea afectada y proceda a demandar sea una empresa, sociedad u otra figura de esta índole.

Coincidimos con autores como Cabanellas de Torres (2004), Wolster (S.F.) y Calvo (2014) quienes explican que un tercero es un sujeto que no está vinculado a cualquier acto jurídico que las partes celebren, es decir, que es ajeno a él. En lo que a este tema concierne, el tercero no puede ser perjudicado por el contrato celebrado en razón a que no ha intervenido en él, así como tampoco puede percibir algún beneficio de este.

Es así como el contrato de joint venture no genera ningún tipo de validez frente a los terceros, lo que significa que para estos últimos, el contrato no los perjudica directamente, pero tampoco pueden exigir el cumplimiento del mismo al igual que no pueden beneficiarse de él, tampoco se ven perjudicados directamente por él, es por ello que el contrato no se les es oponible, así mismo, esto representa una desventaja para la alianza si llegase a surgir un conflicto frente a ellos, sin embargo este punto que será analizado más adelante.

3. La responsabilidad patrimonial

3.1 Noción de obligación.

Es necesario partir de la noción de obligaciones para luego proceder a definir el concepto de responsabilidad patrimonial en razón a que esta última parte de la conceptualización de la obligación. Calvo (2014:455) establece que una obligación se define de la siguiente manera:

La relación jurídica entre dos personas concretamente determinadas, en virtud de la cual una de ellas (deudor) debe una prestación determinada de dar, hacer o no hacer, a la otra (acreedor) en provecho de este o de terceros, concediéndose a dicho acreedor la facultad de constreñir al deudor al cumplimiento de la prestación.

De este concepto resalta el hecho de que cuando se habla de una obligación, esta en realidad comprende diversos tipos que se atienen a una prestación determinada cuando una de las partes, a través del contrato, se compromete a cumplir o ejecutar una determinada acción o tarea, o por el contrario, de abstenerse a realizarla, bien sea con la otra parte o con un tercero, Miliani (2015:30) aclara que una prestación “es la conducta que se obliga el deudor a realizar a favor del acreedor, conducta que puede ser positiva o negativa”, y explica que los sujetos, y en este caso, las partes del contrato se obligan a realizar diversos tipos de prestaciones, las cuales se clasifican en tres grupos (2015:31) “de dar, de hacer y, de no hacer”.

El referido autor define brevemente cada una de ellas, (2015:31) entendiéndose a la prestación de dar como aquella que “consiste en la transferencia de la propiedad u otro derecho real”, es decir, cuando la obligación constituye que una de las partes debe dar algo a otra, significa que ese sujeto debe entregar o transferir algo, ya sea un bien o un derecho. Continúa así (2015:34) estableciendo que la prestación de hacer “consisten en todas aquellas actividades positivas a que queda sujeto el deudor, siempre que no se trate de la transferencia de un derecho de propiedad u otro derecho real”, lo que se traduce a que toda aquella actividad positiva que realice la parte obligada, que no constituya un dar, será un hacer.

Este último concepto se refiere a que cuando la prestación sea de hacer, la parte o el sujeto no estará obligada a entregar alguna cosa, sino a fabricarla o realizarla, por ejemplo, en el caso de que se celebre un contrato joint venture, es que uno de los fines de la empresa conjunta sea que una de las empresas aliadas se encargue de extraer la materia prima para la fabricación de un determinado producto que con posterioridad se pondrá en venta, por tanto, la obligación que recae sobre esa compañía o sociedad es la de realizar una determinada actividad de forma positiva, como lo es la extracción de materia prima para la creación, construcción o fabricación de un producto y en caso de que esta actividad no se realice, se incurre en el incumplimiento de la obligación, esto le traería consecuencias con las demás partes involucradas en la empresa conjunta, es decir, las demás sociedades, y podría extenderse a terceros.

En cuanto a las prestaciones de no hacer, Miliani (2015:36) establece que estas consisten en que “el deudor, queda sujeto a no ejecutar un acto que estaba facultado de realizar, el deudor limita su actividad en beneficio del acreedor”, esto quiere decir que, en este tipo de obligación o prestación, a la parte involucrada le corresponde presentar una conducta de abstención, es decir, de no realizar ninguna actividad en razón a que dicha inactividad le genera un provecho o beneficio a otra parte.

3.2 La responsabilidad patrimonial.

La responsabilidad patrimonial no es más que un elemento derivado de la obligación y se manifiesta como una obligación de dar. Cabanella de Torres (2004:352) define a la responsabilidad como la “obligación de reparar y satisfacer por uno mismo o, en ocasiones especiales, por otro, la pérdida causada, el mal inferido o el daño originado” y, adicionalmente, precisa un concepto sobre la responsabilidad contractual (2004:352) afirmando que esta es “la procedente de la infracción de un contrato válido”.

El mismo autor (2004:297) define al patrimonio como “aquel conjunto de bienes, créditos y derechos de una persona y su pasivo, deudas u obligaciones de índole económica”, lo que nos quiere decir que dentro de este concepto se incluye los activos y pasivos que una persona posea y los derechos del cual sea titular, incluidos los “bienes propios, adquiridos personalmente por cualquier título” y los bienes que se hayan heredado.

De este modo, se encuentra que cuando un sujeto de derecho celebra un contrato, este adquiere obligaciones que debe cumplir para con otra u otras partes, como ya se explicó con anterioridad, pudiendo ser estas de dar, hacer o no hacer. Dichas obligaciones traen consigo diversos elementos, entre los cuales se encuentra la responsabilidad patrimonial que no es más que la obligación que recae en una de las partes que ha celebrado el contrato de

reparar un daño causado por el incumplimiento de este último. Por tanto, es correcto fijar que la responsabilidad patrimonial atiende a aquella obligación que recae sobre el sujeto que incumplió el contrato de responder con su patrimonio personal en razón a que esa inactividad afectó de manera negativa la situación de otra persona y se debe resarcir ese daño. Dicha afectación no solo perjudica al otro sujeto involucrado en el contrato, sino que existe la posibilidad de que se extienda a terceros, es allí donde se hará énfasis pues es el tema bajo estudio.

3.3 No oponibilidad del contrato joint venture frente a terceros.

Cuando la responsabilidad patrimonial alcanza a los terceros se presencia un enorme problema en razón a que la responsabilidad en el joint venture es ilimitada y conjunta, Sierralta (1996) citado en Quevedo *et al* (2013:39) explica que “respecto a terceros y teniendo como limite el objeto del contrato, las partes tienen una responsabilidad ilimitada, lo cual se considera una característica derivada de la posibilidad de gestión mutua en el contrato”, esto último atiende a una de las características principales de este negocio jurídico que sigue la corriente de la costumbre, a saber, la solidaridad entre las partes.

El artículo 10 del Código de Comercio venezolano (1955) establece de forma expresa que “en las obligaciones mercantiles se presume que los codeudores se obligan solidariamente, si no hay convención contraria” y respecto a esto el autor Calvo (1999:79) comenta que “las principales características de las obligaciones mercantiles son: a) presunción de solidaridad [...]”, de esta forma, es necesario aclarar que es una obligación solidaria, el artículo 1221 del Código Civil Venezolano (1982) se encarga de definirla del siguiente modo:

La obligación es solidaria cuando varios deudores están obligados a una misma cosa, de modo que cada uno puede ser constreñido al pago por la totalidad, y que el pago hecho por uno solo de ellos liberte a los otros, o cuando varios acreedores tienen el derecho de exigir cada uno de ellos el pago total de la acreencia y que el pago hecho a uno solo de ellos liberte al deudor para con todos.

Tomando en consideración estas definiciones, se evidencia que cualquier persona que se vea afectada por la inactividad o la mala práctica de una actividad que llegue a realizar la alianza, está facultada para exigir que se le reponga dicha afectación patrimonialmente pudiendo exigir el pago para redimir ese daño a cualquiera de las empresas aliadas. Es necesario recordar que el joint venture contractual no goza de personalidad jurídica, por lo tanto, no se está frente a una persona jurídica cuyos socios van a responder todos en conjunto, bajo el nombre de una compañía sino que por el contrario, en esta figura, las empresas aliadas conservan su integridad jurídica, no hay una figura de por medio que las una bajo un mismo nombre frente a terceras personas.

Sin embargo, esto último no constituye un impedimento para las empresas aliadas, ya que a pesar de no registrarse a un documento constitutivo o trabajar bajo el nombre de una sociedad, tienen la posibilidad de seguir desarrollando actividades conjuntas ya que se rigen legal y administrativamente a las bases del contrato, aunque esto solo sea internamente, lo que quiere decir que el contrato solo representa una mera formalidad entre las partes firmantes para conservar u orden dentro de la alianza.

Entonces, a la hora de hacer frente a las obligaciones para con los terceros, el documento base es como si no existiese puesto que no tiene validez ante los mismos. La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia mediante sentencia de fecha 14 de mayo de 2004, Exp. No. 03-0796, expone algunos criterios que la Sala se encargó de analizar para demostrar la existencia de los grupos económicos, exponiendo que:

Será la prueba documental la que permita identificar a las filiales o afiliadas, a las relacionadas [...] sólo de estas se podrá evidenciar las participaciones en el capital (documentos constitutivos o estatutarios de las sociedades, actas de Asambleas, Libros de Accionistas, etcétera), o la toma de decisiones donde se denota el control o la influencia significativa (actas de Juntas Directivas, por ejemplo), o el estado del capital (Balances). Sólo así se patentizan los criterios que permiten la declaración de existencia de un grupo. Son estos actos escritos, los que muestran los parámetros requeridos en forma indudable.

En este sentido, cuando se hace mención a los grupos económicos, estos, según Morles (1998: 1545) son “un conjunto de sociedades cuyos órganos de administración actúan con una orientación económica unitaria en virtud de responder a la misma influencia dominante o control”, lo que se traduce a que todo grupo de sociedades que se rija a las decisiones de una empresa matriz, se considera como un grupo económico. Para la legislación venezolana, el joint venture, al ser semejante a la figura del consorcio, se puede ubicar dentro de dichos grupos, sin embargo, la naturaleza y actividad del joint venture contractual es diferente a estas y, al no existir documento constitutivo con valor otorgado mediante registro, dicho contrato se mantiene como un convenio carente de valor probatorio, lo que se traduce a que el mismo no se puede oponer frente a los terceros para demostrar su existencia.

Es allí donde surge la problemática en razón a que a la hora de que estos últimos exijan el cumplimiento de alguna obligación y la responsabilidad patrimonial a la que las partes están sujetas, se debe recurrir a lo que las leyes establecen en lo referente a las sociedades o a los contratos como consecuencia de la ausencia de base legal en torno a la figura estudiada, las cuales se aplican por analogía, pero estas no abarcan y protegen la totalidad de la alianza en razón a que, como ya se explicó, esta última no es una sociedad, es una colaboración conjunta de empresas.

3.4 Acciones que pueden tomar los terceros para arremeter contra las partes de un joint venture contractual y sus consecuencias.

Los artículos 1166 y 1221 del Código Civil Venezolano (1982) son las normas que por medio de la analogía le sirven de base a los terceros y constituye en ellos un privilegio para poder exigir el pago ante alguna afectación causada por la alianza y así satisfacerse pecuniariamente. Esta situación pone en desventaja a las empresas aliadas en razón a que el patrimonio de las sociedades individualmente consideradas se puede ver comprometido al pago total de la deuda en lugar de responder la alianza en su conjunto, aportando cada empresa lo que le corresponde saldar del adeudo.

De acuerdo a lo explicado con anterioridad, la persona afectada no se ve obligada a ejercer la acción de defensa frente a la empresa conjunta como una sociedad sino que puede arremeter y exigir el cumplimiento de responsabilidades a una de las empresas que conforma el joint venture, exigiéndole el pago total de lo debido, como codeudora, tal como lo expresa el artículo 1221 del Código Civil Venezolano (1982) anteriormente citado, lo que significa que estas personas pueden dirigirse al patrimonio de cualquiera de los sociedades aliadas, atacando no solo la esfera jurídica individual de estas empresas y su patrimonio sino que dicha afectación puede extenderse a los accionistas de esas empresas, es decir, las personas naturales que la integran.

En razón a que el artículo 1166 del Código Civil (1982) afirma que el contrato no presenta fuerza probatoria frente terceros, se abre paso a otra de las consecuencias que la solidaridad representa., pues, este sujeto puede arremeter en contra del patrimonio personal de los accionistas de las empresas aliadas, no solo porque la norma aplicada por analogía se lo atribuye sino que también estas personas se encuentran en la posibilidad de exigir el levantamiento del velo corporativo al órgano jurisdiccional correspondiente, obligando a los empresarios a comprometerse patrimonialmente ante la obligación exigida y realizar el pago total de lo que se exige de forma solidaria. Según Muci (2005:31), citado por Velutini (2011:35):

El levantamiento del velo corporativo, ocurre cuando en circunstancias extraordinarias, el sistema judicial o la Administración Pública desconocen la personalidad jurídica de la sociedad, es decir, que la sociedad y sus socios no constituyen sujetos diferentes, sino que sus identidades se confunden, cuando la sociedad abusa de la personalidad jurídica.

Continúa Muci (2005:31), citado por Velutini (2011:37) explicando lo referente al velo corporativo del siguiente modo:

Cuando el juez no cuente con una norma que le confiera poder expreso de desestimar la personalidad jurídica de la sociedad, éste podrá levantar el velo a través de la desaplicación de la norma que reconoce la personalidad jurídica. Para ello, continúa el citado autor, el juez

desaplicará, en ejercicio del control difuso de constitucionalidad, en el caso de las sociedades mercantiles, los artículos 201, 205 y 243 del Código de Comercio.

Entonces, la expresión “levantamiento del velo corporativo” se refiere a aquella facultad o posibilidad que posee el órgano de justicia competente de alzar el manto que protege a la persona jurídica y dejar expuestos a los empresarios u accionistas, fusionando así su patrimonio con el de la empresa obligándolos a comprometer su patrimonio personal para satisfacer las obligaciones exigidas por los terceros. En el ordenamiento jurídico venezolano, la jurisprudencia ha utilizado este mecanismo para diversos fines, como para imputar la responsabilidad de una sociedad a un grupo de sociedades, tal como ocurrió en el leading case de Transporte Saet, S.A. mediante decisión del 14 de mayo de 2004. Sin embargo, tanto la doctrina como la jurisprudencia no se muestran uniformes en cuanto a la razón de ser de la figura del velo corporativo, lo cierto es que dicho mecanismo, aunado a las leyes aplicadas por analogía privilegian enormemente a los terceros y posicionan a las sociedades en una gran desventaja frente a ellos.

Como se viene desarrollando, autores como Muci (2005) citado en Velutini (2011), Chacón (2008) citado en Velutini (2011) y el propio Velutini (2011), todos comparten opiniones diferentes referente a la razón de ser del mecanismo que constituye el velo corporativo y sus consecuencias frente a las empresas y los accionistas, así como el hecho de que el artículo 201 del Código de Comercio de 1955 venezolano expone entre los tipos de empresa, en su numeral tercero a la sociedad anónima estableciendo que en ellas “las obligaciones sociales están garantizadas por un capital determinado y en la que los socios no están obligados sino por el monto de su acción” significando que si el capital de la sociedad anónima no satisface la obligación, pasaría en segundo lugar a comprometerse patrimonialmente el accionista por el monto de su acción, lo que lo perjudicaría patrimonialmente e individualmente a él, como se viene explicando.

Esta última posición es compartida con la postura de Morles (1998), citado en Velutini (2011:12) cuando establece que “la autonomía patrimonial en las sociedades de personas es relativa, ya que constituye únicamente un modo de graduación de la responsabilidad de los socios, pues ellos responderán con su patrimonio en segundo grado por las obligaciones contraídas por la sociedad”.

Lo cierto es que en la actualidad normativa comercial venezolana si bien suscribir un contrato joint venture es beneficioso, para muchos es tomar un riesgo. La falta de base normativa con respecto este tipo de contrato ocasiona frente a las empresas y los accionistas inseguridad jurídica al considerar que es muy difícil planear una defensa si llegase a surgir un conflicto frente a terceros, esto ocasiona que ninguna empresa esté dispuesta a correr el riesgo de comprometer su patrimonio, mismo caso pasa con los accionistas.

Este tipo de contratación es una figura que se viene implementando en el mundo empresarial desde hace un tiempo y ha resultado ser un método de colaboración efectivo para que empresas, sociedades, corporaciones y otros tipos de figuras colectivas se logren posicionar ventajosamente en el mercado junto a la ayuda de otras grandes empresas con las cuales llegasen a tener fines en común. Más que una ayuda, es estrategia avanzada, colaboración empresarial que ayuda al desarrollo de medianos y grandes proyectos económicos, por tanto, estar en presencia de vacíos legales y analogías vagas que no alcanzan las expectativas de protección para una figura prometedora dentro del mundo mercantil y económico constituye una falla en el mercado.

Conclusiones

La figura contractual del joint venture es un método eficaz de colaboración empresarial que las sociedades y empresas alrededor del mundo han implementado para llevar a cabo proyectos y actividades económicas en conjunto, donde cada una de las figuras aliadas desarrolla y ejecuta un rol dentro de la alianza dependiendo del área o actividad en el que se especialice, bien sea aportando tecnología, fabricando un material, desarrollando un sistema, u otros, con la finalidad de alcanzar un objetivo común pero aun así conservando cada una de estas su personalidad jurídica.

En Venezuela, esta figura carece de normativa legal, lo que lo posiciona como un contrato atípico e innominado que según el artículo 1140 del Código Civil Venezolano de 1982 se debe recurrir a normas alternas respectivas a la contratación, establecidas en el referido Código y el Código de Comercio para tratar y regular dicho fenómeno. En este sentido, el mismo es comparado y asemejado con el consorcio, sin embargo, este no cubre la razón de ser de la alianza en razón a que el joint venture contractual es una figura cuya actividad económica es mucho más amplia que la del consorcio y, por tanto, no puede considerarse un grupo económico puesto a que no está sujeta a una empresa matriz dominante.

Como consecuencia de la referida ausencia normativa, existen vacíos que posicionan a las sociedades y a los accionistas en gran desventaja frente a terceros entendiendo que estos son aquellas personas naturales o jurídicas que no forman parte del contrato y al verse afectados por una acción u omisión de la alianza, pueden demandar a cualquiera de las empresas que conformen a la misma, en lugar de demandar a la alianza en conjunto. Pueden, inclusive, arremeter contra el patrimonio personal de uno de los accionistas, solicitando el levantamiento del velo corporativo judicialmente, esto en virtud de la afectación, exigiendo el cumplimiento de la responsabilidad patrimonial, es decir, pidiendo que subsanen el daño causado pecuniariamente.

Se destaca que el contrato de joint venture no produce una nueva sociedad, por el contrario, y como ya se mencionó, es una colaboración empresarial donde cada empresa conserva su personalidad jurídica y puede seguir desarrollando su labor económica individualmente, sin eximir el hecho de que el rol de responsabilidad frente a terceros también debe ser conjunto, sin embargo las leyes venezolanas en materia contractual y mercantil no abarcan lo referente al valor probatorio del convenio, pues, no basta el registro para hacer valer la unión, es por ello que los terceros pueden atacar a las empresas y a los accionistas individualmente, escudándose en lo que las leyes aplicadas por analogía alegan sobre la solidaridad, a saber, que uno de los sujetos puede realizar el pago en su totalidad de la deuda o lo demandado para subsanar el daño. Esto significa que en lugar de existir un deudor conformado por diversas empresas, en su figura de empresa conjunta, existiría un solo deudor que sería una sola empresa de las que conforman la alianza o en su defecto un solo accionista, el cual se vería obligado a comprometer su patrimonio personal.

Es por ello que en aras de proteger a las personas jurídicas que conformen un joint venture contractual dentro de la República Bolivariana de Venezuela así como a sus accionistas, se propone la creación de normas que regulen a la figura bajo estudio mediante disposiciones que permitan reconocer a este contrato como el medio de creación de una figura colaborativa empresarial sin que las empresas aliadas pierdan su personalidad jurídica ni se vean obligadas a fusionar su patrimonio pero que, a la hora de hacer frente a una demanda, el contrato formativo conste como medio de prueba para confirmar la existencia de la alianza y, por consiguiente, que la responsabilidad patrimonial sea reconocida de manera conjunta y no solidaria, pues se trata de una alianza que realiza actividades en conjunto y no involucra a las sociedades individualmente consideradas, excluyendo a las actividades económicas que estas realicen bajo su nombre personal, y que por tanto, los daños causados por acciones u omisiones a terceras personas también deben ser subsanados bajo el nombre de figura o empresa conjunta.

Referencias Bibliográficas

CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. KELLY, Julio. 1987. **Contratos de colaboración empresarial, Agrupaciones de Colaboración, Uniones Transitorias de Empresas y Joint Venture**. Editorial Heliasta. Argentina, Buenos Aires.

CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. 2004. **Diccionario Jurídico Elemental**. Editorial Heliasta. Argentina, Buenos Aires.

CALVO, Emilio. 2014. **Código Civil Venezolano comentado y concordado**. Ediciones Libra. Venezuela, Caracas.

CALVO, Emilio. 1999. **Código de Comercio de Venezuela comentado y concordado**. Ediciones Libra. Venezuela, Caracas.

CHACON, Resmil. 2017. “Las Joint Ventures Societarias en el Ordenamiento Jurídico Venezolano”. En **Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Monteávila**. Volumen I No. 13. Editorial Carlos García Soto. Venezuela, Caracas. P. 81-148

CONGRESO DE LA REPUBLICA DE VENEZUELA. 1982. **Ley de Reforma Parcial del Código Civil de Venezuela**. En Gaceta Oficial Extraordinaria de la República Bolivariana de Venezuela en No. 2.990 Extraordinario.

CONGRESO DE LA REPUBLICA DE VENEZUELA. 1955. **Código de Comercio**. En Gaceta Oficial Extraordinaria de la República Bolivariana de Venezuela en No. 475 Extraordinario.

FERNANDEZ SANCHEZ, Esteban. 1996. **Cooperación entre empresas**. Un enfoque basado en la teoría de recursos. Universidad de Oviedo. España, Oviedo.

HUNG, Francisco. 2009. **Sociedades**. Vadell Hermanos editores. Venezuela, Caracas.

MARIN, Antonio. 1998. **Contratos. Teoría del Contrato en el derecho venezolano**. Universidad de los Andes. Venezuela, Mérida.

MELICH-ORSINI, José. 2009. **Doctrina General del Contrato**. Editorial Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Venezuela, Caracas.

MILIANI, Alberto. 2015. **Obligaciones Civiles I**. Ediciones Dabosan, C.A. Venezuela, Caracas.

PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA. 2015. **Decreto de Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Impuesto Sobre la Renta**. En Gaceta Oficial Extraordinaria de la República Bolivariana de Venezuela No. 6.210

MORLES, Alfredo. 2007. **Curso de Derecho Mercantil**. Universidad Católica Andrés Bello Venezuela, Caracas.

QUEVEDO CONTRERAS, Gladys. ACEVEDO ZAMBRANO, Rhody. 2013. **Análisis del contrato Joint Venture en el ordenamiento jurídico venezolano**. Universidad Rafael Urdaneta Venezuela. Venezuela, Maracaibo.

SERVICIO AUTÓNOMO DE REGISTROS Y NOTARÍAS. 2014. **Manual que establece los requisitos únicos y obligatorios para la tramitación de actos o negocios jurídicos en los registros principales, mercantiles, públicos y notaría**. En Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela No. 408.621

TRIBUNAL SUPREMOS DE JUSTICIA, Sala Constitucional. 2004. Sentencia del 14 de mayo del 2004. Expediente 03-0796.

VALERI, Paul. 2005. **Curso de Derecho Comercial Internacional**. Ediciones Liber. Venezuela, Caracas.

VELUTINI, Oscar. 2011. **La aplicabilidad de la teoría del levantamiento del velo corporativo en el ordenamiento jurídico venezolano: consecuencia ius-económicas**. En <https://ve.ontier.net/ia/velutini-velo-corporativo-analisis-economico.pdf> [consultado el 23 de marzo del 2020]

WOLSTER, Kluwer. **Contrato a favor de tercero**. Sin Fecha. En “https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUmJAzMDtbLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUtckhlQaptWmJOcSoA_qi3dzUAAAA=WKE” [consultado el 23 de marzo del 2020]

Implementación del gobierno digital en gestiones locales de América Latina¹

Luis Miguel Rendueles Meyer-Bertheau²

Ana Paola Nava Martins³

Resumen

El presente artículo tuvo como objetivo analizar los procesos de implementación del Gobierno Digital en gestiones locales de América Latina en las ciudades de Buenos Aires, Montevideo y Río de Janeiro. La investigación se desarrolló bajo un diseño documental de tipo descriptivo-analítico, en la cual, se evidenció que la implementación del gobierno digital incidió directamente en la democratización en el acceso a los servicios públicos, la disminución de la corrupción y el aumento de la participación ciudadana, concluyendo que esta última es un factor fundamental en la implementación del gobierno digital a nivel local.

Palabras clave: Gobierno digital, gestiones locales, América Latina.

Implementation of Digital Government in local administrations in Latin America.

Abstract

The objective of this article was to analyze the implementation processes of the Digital Government in local administrations in Latin America in Buenos Aires, Montevideo and Rio de Janeiro. The research was developed under a descriptive-analytical documentary design, which showed that the implementation of digital government directly affected the democratization of access to public services, the reduction of corruption and the increase of citizen participation, concluding that the last-mentioned is a fundamental factor in the implementation of digital government at the local level.

Keywords: Digital government, local administration, Latin America.

Introducción

La revolución digital es uno de los procesos más prometedores y complejos a los que se enfrenta la humanidad en el siglo XXI. Por ello, en las últimas dos décadas, las Tecnologías de la Comunicación e Información han sido consideradas como un elemento fundamental para comprender los procesos de interacción entre los gobiernos y sus ciudadanos, quienes exigen nuevas formas de gobernanza junto Estados más abiertos, innovadores y eficientes. De este modo, el gobierno digital cumple un papel cada vez más importante en la medida que aumentan las demandas de transparencia, participación, interacción y rendición de cuentas en todas las regiones del mundo.

Admisión: 03/12/2020 Aceptado: 14/01/2021

¹ El presente artículo es derivado del Trabajo Especial de Grado titulado: Implementación del gobierno digital en gestiones locales de América Latina. Universidad Rafael Urdaneta, Maracaibo, Venezuela.

² Licenciado en Ciencias Políticas y Administrativas. Mención: Ciencias Políticas. Universidad Rafael Urdaneta. Maracaibo, Venezuela. Correo electrónico: luisrendueles7@gmail.com

³ Abogada. Licenciada en Ciencias Políticas y Administrativas. Mención: Ciencias Políticas. Maestrante en Gerencia de Mercadeo. Universidad Rafael Urdaneta. Maracaibo, Venezuela. Correo electrónico: anapaolanmartins@gmail.com

Desde mediados de la década de los noventa, los gobiernos a nivel nacional, provincial y municipal, en función de atender a estas demandas, han desarrollado programas y estrategias en función de simplificar los trámites administrativos, digitalizar y elevar la calidad los servicios públicos, detectar casos de corrupción al interior de sus instituciones, fortalecer la democracia y promover la participación ciudadana. Muestra de ello, son los avances en países desarrollados como Estonia, donde el uso de la identidad digital y la firma electrónica ahorra el 2% del Producto Interno Bruto (PIB) cada año, el voto electrónico reduce a la mitad los costos de las elecciones y la plataforma de gestión de trámites ahorra anualmente en tiempo el equivalente a 844 años de trabajo (Florian, 2020).

En América Latina, se han desarrollado diversas experiencias de gobierno digital, soportadas por investigaciones e iniciativas como la Agenda Digital para América Latina y el Caribe, liderada por la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). No obstante, siguen existiendo retos que obstaculizan una implementación exitosa de una estrategia de gobierno digital en los Estados de la región, tales como: la calidad de banda ancha de Internet, la ausencia de una infraestructura digital moderna, la transformación de la economía y el gobierno bajo esquemas tecnológicos, déficit en la prestación de servicios públicos de calidad, amplia brecha digital, falta de capacitación de los funcionarios de la administración pública y la poca participación ciudadana.

Un ejemplo que evidencia la necesidad de implementar una estrategia de Gobierno Digital en América Latina, es el caso de los trámites administrativos, procesos que continúan siendo engorrosos y complejos en la mayoría de los países de la región. En promedio, se necesitan 5,4 horas para completar una gestión y el 25% de las mismas requieren más de tres viajes a la entidad pública. Adicionalmente, el 29% de los latinoamericanos reconoce haber pagado algún tipo de soborno para poder completar un trámite público (Banco Interamericano de Desarrollo, 2018a).

Al mismo tiempo, a nivel regional, se distinguen avances significativos en Uruguay, Argentina, Chile y Colombia, al ser Estados que han impulsado una agenda digital a nivel nacional para estimular el desarrollo social, como, por ejemplo, la Agenda Digital de Uruguay, el Plan de Modernización Estatal de Argentina y la Agenda Digital Imagina de Chile. Entre estos avances, se evidencia un incremento en el acceso a la información pública, servicios públicos modernos y eficientes, aumento de la participación ciudadana, la innovación pública, el impulso de ciudades inteligentes, la reducción de la brecha digital, y el desarrollo de infraestructuras tecnológicas modernas, colocando al Estado y sus estructuras al servicio de las personas.

Por lo tanto, la importancia de esta investigación radica en la necesidad de los gobiernos de la región de América Latina de agilizar, optimizar, flexibilizar, transparentar y abaratar los procesos y actividades del sistema de gestión pública, orientado a una implementación de las tecnologías de la información y comunicación para desarrollar modelos que puedan responder a las demandas ciudadanas. Para ello, en este artículo se analizarán las fases de implementación del gobierno digital en gestiones locales de América Latina, bajo las etapas de presencia, información, interacción, transacción y e-democracia y sus efectos en algunas ciudades de la región.

1. Aproximaciones al concepto de gobierno digital, gobernanza digital e innovación pública

En la actualidad, existe poca concientización sobre la utilización de las tecnologías de la información para el ejercicio gubernamental en nuestra región, lo cual hace necesario poder vislumbrar en que consiste el gobierno digital, cuál es su diferencia con la gobernanza digital y cómo se interrelaciona con el concepto de innovación política, y asimismo, establecer la interrelación de estos términos en la implementación en las gestiones locales de América Latina.

1.1 Gobierno digital.

En primer lugar, el gobierno, en su sentido más amplio, se puede definir como el conjunto de órganos por medio de los cuales obra el Estado (Posada, 1935). De allí, tiene su concepción el término de gobierno digital, el cuál es definido de forma integral por Gil-García y Luna-Reyes (2009: 311) como:

La implementación y la utilización de las tecnologías de la información y la comunicación para prestar servicios públicos, mejorar la efectividad administrativa y promover valores y mecanismos democráticos, así como la creación de un marco legal que facilite el desarrollo de iniciativas y promueva el desarrollo de la sociedad del conocimiento.

Autores como Andreas Meier (2012), Carter y Bélanger (2005) y la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (2003), coinciden al plantear al gobierno digital como la utilización de las tecnologías de la información para alcanzar un mejor gobierno, enfatizando en el aumento de la eficiencia de los servicios públicos para ciudadanos, empleados y agencias del gobierno, así como la simplificación de la comunicación entre los mismos.

De este modo, es posible inferir que el gobierno digital consiste en la utilización de las tecnologías de la información por parte del poder ejecutivo para la prestación de los servicios públicos, el aumento de la participación ciudadana y las iniciativas locales; así como la promoción de la sociedad del conocimiento, con el fin de alcanzar el mayor bienestar social y el fortalecimiento democrático, de la mano de ciudadanos, servidores públicos y agencias de gobierno. En este sentido, se coloca a la ciudadanía como el centro del sistema democrático y no al Estado, partiendo de allí para la construcción de iniciativas y soluciones conjuntas, en un contexto de apertura al diálogo y transparencia.

Mediante la mejora en la prestación de los servicios públicos, el gobierno digital a través del uso de las tecnologías ha permitido que sea posible la efectividad administrativa, logrando el cumplimiento máximo de los objetivos con una cantidad limitada o reducida de insumos y recursos. Con base a ello, al lograr que las demandas ciudadanas sean atendidas de forma óptima por las agencias gubernamentales, los ciudadanos se sienten satisfechos y la confianza en el sistema político aumenta considerablemente.

1.2 Gobernanza digital.

De este concepto de gobierno digital, se desprende la gobernanza digital, como una nueva forma de gobernar en el mundo globalizado en conjunto con los ciudadanos. En este sentido, la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) (2002: 02) define la gobernanza digital como:

La utilización por el sector público de las TIC con el fin de mejorar la prestación de servicios, fomentar la participación de los ciudadanos en el proceso de adopción de decisiones para lograr que el gobierno sea más eficaz. La gobernanza electrónica implica nuevos estilos de liderazgo, nuevas formas de debatir, decidir políticas e inversiones, acceder a la educación, escuchar a los ciudadanos, nuevas formas de organizar, de prestar información y servicios.

De acuerdo a la UNESCO, la gobernanza digital consiste en la utilización de las tecnologías de la información en el sector público para mejorar la prestación de los servicios públicos y el fomento de la participación ciudadana en la toma de decisiones. Del mismo modo, Kettl (2002) establece que la aplicación de los enlaces electrónicos significa la interacción entre el gobierno, ciudadanos y empresas con el objetivo de mejorar los aspectos tanto democráticos, gubernamentales como empresariales del gobierno.

Por lo consiguiente, se determinó que la gobernanza digital implica la utilización de las tecnologías de la información para hacer efectiva la interacción entre los ciudadanos y el gobierno, lo cual conduce a la mejora de los servicios públicos, nuevas formas de organización y participación ciudadana en la toma de decisiones, con el fin de lograr mejorar la calidad de vida de los ciudadanos.

El principal objetivo de la gobernanza digital es la generación de nuevos canales y vías de comunicación entre las entidades estatales y los ciudadanos, con el fin de mejorar la administración pública y atender las demandas de la sociedad civil de forma eficiente. Con base a ello, la sociedad civil demandará cada vez menos cuestiones relacionadas con el consumo de la política y más con la participación en los procesos que la originan. Es decir, consiste en un proceso que a través de la tecnología sea capaz de transformar la gestión local en una gestión orientada a la participación ciudadana. (Jolíás y Fernández Arroyo, 2013).

En relación con este tema, es importante hacer énfasis en que la gobernanza digital implica la eficacia gubernamental a través de la interacción entre los ciudadanos y el gobierno, es decir, a través de una relación bidireccional (ciudadanos-gobierno, gobierno-ciudadanos), es posible la colaboración y co-creación de iniciativas locales para disipar las preocupaciones más urgentes de la ciudadanía y brindar soluciones óptimas y eficaces.

1.3 Innovación pública.

Partiendo del concepto de gobernanza digital, que implica la cooperación de agencias de gobierno, entidades públicas, ciudadanos, empresas y organizaciones, la innovación es un elemento fundamental para la construcción de alternativas y soluciones para la ciudadanía, aprovechando las oportunidades que se encuentran en el entorno. Por ello, Schumpeter (2017) establece que la innovación no sólo puede ser vista desde el ámbito tecnológico, sino también desde el ámbito social y económico, considerando que innovar tanto en una organización, pública o privada, tiene efectos directos sobre la sociedad.

La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (2005) define la innovación como un proceso iterativo activado por la percepción de una oportunidad proporcionada por un nuevo mercado, nuevo servicio o avance tecnológico que se puede entregar a través de actividades de definición, diseño, producción, marketing y éxito comercial del invento. Asimismo, dentro del ámbito público, Sánchez *et al.* (2013: 30) apuntan que:

La innovación es una forma de gestionar que cuestiona de modo creativo y lateral las formas respecto de cómo hacemos las cosas con un único objetivo: incrementar la capacidad de generar valor público y dar respuesta a los ciudadanos y a las necesidades de los sistemas democráticos.

De acuerdo a lo anterior, Bianchi (2017) y Arros y Ramírez-Alujas (2017: 53) establecen que la innovación pública implica la creación e implementación de forma colaborativa de nuevas ideas acordes a cada contexto que respondan a problemas públicos concretos, así como también el desarrollo de prácticas, intervenciones, dispositivos tecnológicos y/o regulaciones que permitan solucionar problemas públicos. Por lo tanto, se puede considerar al gobierno digital como un modelo de innovación pública, al buscar responder a problemas públicos concretos a través del uso de las TIC con el fin de generar valor público.

Con base a ello, se infiere que la innovación pública tiene como función crear soluciones y alternativas creativas para hacer frente a los problemas de los ciudadanos, con el propósito final de generar valor público. En este sentido, el valor público debe ser el norte que deben seguir los gobiernos, ya que se refiere al valor creado a través de la calidad de los servicios que presta a la ciudadanía, el diseño, creación y ejecución de políticas públicas que buscan satisfacer necesidades propias de la población.

2. Fases de implementación del gobierno digital en gestiones locales de América Latina

El gobierno digital se entiende bajo una serie de etapas en los cuales los distintos gobiernos se encuentran transitando, que son catalogadas de forma distinta por los diversos autores en función de los avances y desarrollo de las entidades gubernamentales respecto al acceso de la información pública, la interacción, la participación con la ciudadanía, y la prestación de los servicios públicos a través de redes tecnológicas.

Para ello, algunos autores como Layne y Lee (2001) presentan un modelo de cuatro etapas que describen el desarrollo de un gobierno digital desde el punto de vista funcional, elaborado sobre la base de las observaciones y la experiencia de los autores en relación con las iniciativas de gobierno digital en los Estados Unidos de América. En este sentido, se sugiere que el gobierno digital es un fenómeno evolutivo y que, por consiguiente, las iniciativas de gobierno digital deben derivarse y aplicarse en consecuencia.

Al respecto, Layne y Lee (2001) plantean cuatro etapas de un modelo de crecimiento del gobierno digital: la etapa de catalogación, en la cual los esfuerzos iniciales de los gobiernos estatales se centran en establecer una presencia en línea para el gobierno, situando la información gubernamental en páginas electrónicas; la etapa de

transacción, que permite la interacción entre ciudadanos y gobierno a través de productos y servicios por la vía electrónica; la etapa de integración vertical, que consiste en la integración de los gobiernos locales, estatales y federales conectados por diferentes funciones o servicios de gobierno de forma física o virtual; e integración horizontal; donde se desarrolla una visión integral de gobierno a través de modelos de colaboración y confianza, dirigidos hacia la transformación de los servicios gubernamentales, en lugar de automatizar y digitalizar los procesos existentes.

Con base a lo anterior, se explica que en la medida que se encuentre disponible la información para los ciudadanos, será posible que se realicen transacciones entre los mismos y el gobierno por medio de productos y servicios, y a partir de allí, la integración vertical de las entidades gubernamentales permitirá una mayor coordinación para una prestación eficiente de los servicios públicos y la información pública. Finalmente, al haberse realizado todas estas etapas será posible lograr una gobernanza digital, es decir, una transformación en el ejercicio gubernamental a través de procesos de colaboración y cogestión de los asuntos públicos entre la ciudadanía y las entidades gubernamentales.

Por su parte, Fedorowicz *et al.* (2010) delimitan las etapas o fases del gobierno digital respecto a la relación entre el gobierno y otros entes. En esta visión, el gobierno digital se clasifica con base en: la mejora las funciones gubernamentales en su relación con los ciudadanos (Government to Citizen-G2C); con las empresas (Government to Business-G2B) u otros gobiernos (Government to Government-G2G). En este orden de ideas, Holmes (2001) identifica tres tipos de relaciones que denomina el ABC del gobierno digital: administración al ciudadano, administración a empresa y administración a administración.

Esto quiere decir que a través del uso de la tecnología, se permite la interacción y la relación entre diversos entes con distintas finalidades mediante la información, participación ciudadana y realización de trámites burocráticos. En el caso de los gobiernos y los ciudadanos, al existir un espacio de información, colaboración y cogestión, es posible un fortalecimiento de la democracia y la transparencia de las acciones del gobierno del local. Asimismo, entre las relaciones de gobierno-empresa se puede lograr un desarrollo empresarial a nivel local y en cuanto a gobierno-gobierno un fortalecimiento en la atención de demandas ciudadanas y mayor agilidad en trámites burocráticos.

En cuanto respecta a las gestiones locales, Esteves (2005) diseñó un modelo que contemplan cinco dimensiones para representar las fases de maduración del gobierno digital a nivel de municipios, aplicado a las ciudades españolas y replicado posteriormente a nivel mundial para evaluar los procesos de implementación en gestiones locales, perfeccionando y complementando las clasificaciones elaboradas anteriormente en el ámbito del gobierno digital. De acuerdo al autor, cada fase representa un aumento de las capacidades del gobierno digital de proveer información y servicios y una mejora de la comunicación entre los municipios y sus ciudadanos.

Del mismo modo, el Banco Interamericano en el Desarrollo (2018b) realizó un estudio en donde adoptó cinco dimensiones evolutivas respecto al proceso de adopción e implementación del gobierno digital en gestiones locales: las fases de presencia, información, interacción, transacción y agrega la dimensión de “Gobierno abierto”, en donde se hace énfasis en la transparencia, acceso de la información pública y transparencia del gobierno. Además, aporta un elemento fundamental al incorporar indicadores para medir el grado de incorporación y evolución en los procesos de implementación gobierno digital en los municipios de América Latina, específicamente en la Red de Merco ciudades.

2.1 Fase de presencia.

De acuerdo con Esteves (2005: 04), la implementación del gobierno digital se debe basar en un programa de pequeños y precisos pasos, pero bajo una visión a largo plazo. Por ello, la fase de presencia tiene como propósito la creación de un portal web municipal y sus componentes implican el diseño de un espacio de comunicación entre las entidades gubernamentales del Estado y los ciudadanos. El autor establece que esta fase de presencia consiste en la capacidad de proveer información a los ciudadanos:

En la fase de presencia, los servicios tienen la capacidad de proveer información sobre su acción al ciudadano, es decir, existe información en línea y la incorporación de esquemas de búsqueda básicas; permite, por ejemplo, la descarga de archivos y formularios.

El Banco Interamericano de Desarrollo (2018b) señala que esta es la fase inicial en la que el municipio instituye su presencia en la web, y es medible con base a la disponibilidad de información y datos sobre las gestiones locales. Asimismo, aseguran que este proceso es sencillo de implementar. Para ello, se utilizan algunos indicadores para evaluar la existencia y el funcionamiento de la fase de presencia: datos institucionales; historia y actualidad municipal; normativa local, y presencia del órgano legislativo local.

Es decir que, en esta fase de presencia, el gobierno municipal suministra a través de los medios digitales información en línea a los ciudadanos de forma sencilla y accesible, donde tengan la capacidad de realizar búsquedas de información sobre su localidad, descargar documentos como formularios para trámites administrativos, presupuestos públicos actualizados, compras y licitaciones adjudicadas, informes de gestión y rendición de cuentas, datos sobre el desarrollo local e información sobre la historia e información general del municipio.

2.2 Fase de información urbana.

Siguiendo con las fases de implementación del gobierno digital a nivel local, Esteves (2005: 04) señala la etapa de información refiriéndose a la información urbana, propiamente del municipio, referido a la movilidad y el transporte urbano de la ciudad, agenda de eventos y actividades culturales para el acceso y disfrute de los ciudadanos:

La fase de información consiste en proveer información sobre el callejero y los transportes urbanos. Esta información exige, en muchos casos, herramientas tecnológicas avanzadas como el GIS (Geographic Information Systems), y la posibilidad de búsquedas rápidas. Fase de comunicación simple entre el ciudadano y municipio.

Ampliando el concepto establecido por el autor, el Banco Interamericano de Desarrollo (2018b) establece que los datos obtenidos en esta etapa son “aquellos que facilitan una acción posterior por parte del ciudadano o usuario del sitio web municipal, por ejemplo, información sobre un trámite o proceso, la participación en algún evento cultural e información para empresarios e inversionistas”. Para ello, establecen como indicadores para medir el éxito de la implementación de esta etapa son: la existencia de: un mapa de la ciudad; información sobre trámites y servicios; agenda de eventos o cultural, e información económica y oportunidades de inversión.

De acuerdo a lo planteado por el autor, se infiere que la fase de información consiste en el suministro de información urbana a los ciudadanos sobre lo que respecta a la movilidad, ubicación, información geográfica, disponibilidad y acceso al transporte, a través de herramientas tecnológicas y digitales. No obstante, esta fase debe ser interpretado en el sentido amplio, ya que incluye también la información sobre servicios digitales, turismo, agenda cultural de la ciudad, trabajos, y vivienda. Además, cabe destacar que existe un intercambio de información sencilla entre los ciudadanos y las entidades gubernamentales.

En este sentido, se establece que esta fase hace referencia a los datos que publica el gobierno en sus entidades a nivel nacional, federal y local, que implica un proceso de compilación y publicación de la información referente a la gestión administrativa y las oportunidades para que los ciudadanos accedan a los servicios digitales rápidos y simples que les permita cumplir con sus necesidades socioeconómicas.

2.3 Fase de interacción.

Asimismo, Esteves (2005) plantea la existencia de la fase de interacción, que es posible entre ciudadanos y gobierno. En esta etapa, el autor establece que la fase de interacción comprende las comunicaciones simples entre el servicio o producto suministrado por el gobierno y el ciudadano, el contacto se realiza por teléfono o correo electrónico. Sin embargo, en la actualidad la fase de interacción debe ser comprendida en un sentido mucho más amplio, de acuerdo a la evolución y el avance de la tecnología en la última década.

El autor anteriormente mencionado, no considera la existencia de redes sociales como una herramienta de intercambio de información entre el gobierno y los ciudadanos, que permite la participación ciudadana y la atención de demandas a través de medios digitales, desarrollando una comunicación mucho más rápida, sencilla y dinámica. En este sentido, recurrimos a la definición establecida por el Banco Interamericano de Desarrollo (2018b: 24), que define la fase de presencia de forma completa:

Comprende los medios para la comunicación bidireccional entre los ciudadanos y el gobierno, y de los vecinos entre sí, así como las instancias de participación pública que se promueven. Asimismo, se releva la existencia (o no) de información sobre aplicaciones móviles en el portal web del gobierno municipal y el tipo de servicios que ofrecen.

Se puede inferir con base a esta definición, que la interacción consiste en una comunicación de doble vía o bidireccional, es decir, ya no sólo el gobierno se comunica con el ciudadano, sino que también el ciudadano se comunica con el gobierno y le expresa sus necesidades y demandas a través de los medios digitales, permitiendo de esta forma la participación en los asuntos públicos, toma de decisiones y en el diseño, implementación y seguimiento de políticas públicas a nivel local. Todo ello es realizado a través de aplicaciones móviles, páginas web, correos electrónicos, teléfonos, entre otros medios electrónicos.

Para ello, el Banco Interamericano de Desarrollo (2018b) establece tres indicadores para medir si existe una real interacción entre los ciudadanos y el gobierno, planteando la existencia de i) contacto por correo electrónico; ii) gobierno móvil; iii) Facebook oficial del gobierno local accesible desde la página web, y iv) otras redes sociales o canales accesibles desde la página web. No obstante, se debe comprender que a medida que evoluciona la tecnología, se desarrollan nuevas formas y canales de comunicación que permiten no solamente acercar a los ciudadanos entre ellos si no también hacer más directa y cercana la relación entre los ciudadanos y el gobierno.

2.4 Fase de transacción.

Siguiendo con las etapas de implementación, la fase de transacción tiene como propósito permitir a los ciudadanos realizar un intercambio de bienes y servicios entre dos partes. Esta dimensión del gobierno digital es definida como la “interacción electrónica bidireccional entre el ciudadano y el servicio prestado, en forma alternativa a la atención presencial en las dependencias del órgano, que incluye la autenticación, procesamiento de formularios, entre otros” (Esteves, 2005).

De acuerdo a lo anterior, se puede inferir que esta fase del gobierno digital consiste en un intercambio bidireccional, es decir entre dos partes, entre el ciudadano y el servicio prestado, a través de vías y medios electrónicos como una alternativa a la atención presencial en las dependencias de los órganos administrativos. Es decir, que consiste en un intercambio de bienes y servicios a través de los medios digitales, como una alternativa a las transacciones presenciales como el procesamiento de formularios y los trámites administrativos o burocráticos de distintas índoles.

El Banco Interamericano de Desarrollo (2018b) amplió este concepto estableciendo que el fin de las transacciones como fase del gobierno digital es la posibilidad de realizar transacciones en línea, el cual es medible de acuerdo a la existencia de información y canales para consulta/pago de impuestos, tasas y contribuciones; multas, contravenciones e infracciones; habilitaciones comerciales y permisos de construcción, y servicios al ciudadano.

Con base a ello, es posible inferir que un gobierno local se encuentra en esta etapa en la medida que sus ciudadanos puedan realizar sus trámites en línea de forma simple, rápida y sencilla, como una alternativa real a los trámites realizados de forma presencial. En este sentido, cabe destacar que la implementación de esta etapa significaría una reducción de los tiempos de espera para los ciudadanos a la hora de realizar trámites y, además, esta dimensión comprende la reducción de los costos de la administración pública.

2.5 Fase de E-Democracia.

La fase de e-democracia fue establecida como agregado en el modelo de dimensiones del gobierno digital en gestiones locales aplicado por Esteves (2005:05), quien establece que la siguiente fase de los e-servicios municipales es la denominada e-democracia, la cual incluye servicios de participación ciudadana como foros de conversación sobre cuestiones municipales, o páginas adaptadas a discapacitados, explicando que:

Esta fase consiste en la creación de sinergias no solamente con los ciudadanos sino también con las otras ciudades, administraciones locales y gobiernos centrales. Esta fase incluye también el proveer servicios para la democracia digital como foros de conversación, blogs, encuestas online, oportunidades de participación en las decisiones de la administración local y las ciudades. La participación de los ciudadanos debe ser promovida no sólo en encuestas, sino en situaciones en los que dichos ciudadanos observen, de forma transparente, el proceso de toma de decisiones de sus representantes. Finalmente, las e-ciudades se irán preocupando por la usabilidad y por facilitar el acceso a discapacitados.

De acuerdo a esta explicación, es importante destacar que para lograr la e-democracia o democracia digital, los órganos de gobierno y dependencias del Estado deben de trabajar de forma conjunta en la implementación de las etapas del gobierno digital, y que, además, deben de abrir espacios para la participación pública, de modo que los ciudadanos sean los actores claves y protagonistas de esta democracia.

La e-democracia, en su sentido más amplio, se refiere a abrir oportunidades de participación a los ciudadanos para que participen activamente en el proceso de toma de decisiones e implementación de políticas públicas. Para ello, es fundamental que si deseamos lograr una democracia digital con ciudadanos digitales (o e-ciudadanos), la actuación del gobierno debe de comprender un diseño de servicios y procesos orientados al ciudadano y no con una visión enfocada en los gobiernos locales.

El autor de esta dimensión, vislumbra que “a medida que más e-servicios municipales vayan siendo ofrecidos a los ciudadanos, el gobierno electrónico revolucionará la relación entre las administraciones locales y sus ciudadanos”. Es decir, sólo mediante la implementación de las etapas del gobierno digital y la alfabetización tecnológica será posible avanzar hacia una administración pública orientada a los ciudadanos, eficiente y eficaz.

3. Casos de éxito: resultados y buenas prácticas

Con base a las fases de implementación del gobierno digital, se analizaron los procesos de implementación en las Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA) de Argentina, la ciudad Río de Janeiro de Brasil y la ciudad de Montevideo de Uruguay. Es importante resaltar que esta investigación tiene como propósito la identificación de buenas prácticas en cada una de las dimensiones, de modo que pueda servir como modelo de referencia para su implementación en gestiones locales de América Latina y el mundo, buscando la replicación de esta novedosa forma de gobernanza.

3.1 Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

3.1.1 Presencia.

De acuerdo a las dimensiones previamente mencionadas, el portal de la Ciudad de Buenos Aires (<https://www.buenosaires.gob.ar/>) en la fase de presencia ofrece información relevante, clara y sencilla a los usuarios, con contenido específico para grupos etarios de ciudadanos, empresarios y turistas. La información se encuentra organizada y estructurada en línea, y adicionalmente, se han incorporado correctamente esquemas de búsquedas básicas. Cumpliendo con los indicadores anteriormente por el Banco Interamericano de Desarrollo (2018b), en el portal se puede encontrar información sobre la actualidad del municipio, su historia y las actividades realizadas por el órgano legislativo a nivel local.

Un elemento que es importante resaltar en este contexto, es la existencia de información respecto al COVID-19, donde los ciudadanos pueden encontrar información importante sobre la pandemia, las medidas tomadas por el gobierno nacional y municipal, manuales de prevención, información para el equipo de salud y acceso público a los informes diarios. Además, se encuentra disponible un portal de datos abiertos para todos los ciudadanos sobre el coronavirus con información sobre los casos positivos, altas y fallecidos; junto con reportes sobre la situación epidemiológica, gestión sanitaria y territorial; y las medidas implementadas para disminuir la circulación en el transporte y en el espacio público. No obstante, cuenta con información sobre actividades culturales y recreacionales para jóvenes y adultos en la sección “Vida en Casa”.

3.1.2 Información urbana.

Respecto a la fase de información urbana, en este portal electrónico los ciudadanos pueden encontrar información sobre los ejes principales de cada ministerio, los compromisos establecidos por el gobierno municipal e información sobre los ejes temáticos prioritarios del municipio. En relación a los indicadores anteriormente planteados, en esta fase el portal de la ciudad pone a disposición de los usuarios un mapa de la ciudad interactivo, información sobre trámites administrativos, atención ciudadana y servicios públicos.

Adicionalmente, se encuentra disponible una sección con información económica y oportunidades de inversión, con contenido sobre protocolos de apertura, programa de beneficios para reestablecer la economía y productividad de las pymes, registro y créditos para empresas, etcétera. Del mismo modo, se encuentra disponible una Unidad de Sistemas de Información Geográfica con aplicaciones y servicios geográficos del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires con aplicaciones, componentes y recursos para los desarrolladores, promoviendo la innovación pública y la apertura de datos.

El portal de Buenos Aires cuenta con un mapa interactivo, complementado con una clasificación de mapas temáticos sobre los ejes temáticos de COVID-19, transporte, urbanismo, servicios públicos, salud, educación, deportes y esparcimiento, medio ambiente, turismo, imágenes satelitales y diversidad. En este último punto, los ciudadanos pueden encontrar información de interés sobre los puntos de la ciudad vinculados a las políticas y programas sociales desarrollados para generar una mayor integración y diversidad cultural, social y sexual en la localidad.

Asimismo, se desarrolló como iniciativa del gobierno local la aplicación “BA Cómo Llego”, una plataforma diseñada con énfasis en el turismo para realizar un recorrido en la ciudad a través de los distintos medios de transporte. Una gran característica de esta última es la internacionalización, es decir, que la aplicación detecta el idioma del teléfono o dispositivo inteligente y se configura automáticamente para ayudar a los turistas a recorrer la ciudad de forma más sencilla.

3.1.3 Interacción.

Con respecto a la fase de interacción, el portal de Gobierno de Buenos Aires cuenta con un asistente virtual llamado “Robot de Buenos Aires” que permite a los ciudadanos realizar preguntas, solicitudes, aclarar dudas y encontrar información respecto a cualquier trámite en tiempo real. Adicionalmente, esta aplicación online ofrece la opción de “Consultas vía WhatsApp”, donde los ciudadanos podrán agendar una cita y aclarar sus dudas por dicha plataforma. El asistente virtual es rápido y efectivo para encontrar información de forma rápida, sobre todo, representa una gran ayuda para las personas con poca alfabetización digital.

En relación a la presencia digital del municipio, este se encuentra en las redes sociales de Facebook, Twitter e Instagram, donde los usuarios pueden realizar consultas por esta vía e informarse sobre lo que está pasando en su localidad. Un elemento que debe ser considerado en este ámbito, es que se encuentran activados las opciones de contacto por medio de mensajería instantánea y mensajes directos, y que funciona de forma rápida y eficiente. Todo ello, se traduce en términos prácticos en la utilización tecnología al servicio de los ciudadanos. Asimismo, en su portal se encuentra disponible los números de atención telefónica y un correo electrónico de contacto, cumpliendo con todos los indicadores en esta fase.

En el año 2016, la municipalidad creó la aplicación BA Alerta, disponible para dispositivos móviles, con el fin de ser una herramienta para prevenir casos de inseguridad que permita que las víctimas se puedan comunicar con sus familiares o conocidos de forma rápida para pedir ayuda lo antes posible, utilizando la geolocalización y enviando correos electrónicos o mensajes de textos tras apretar un botón.

3.1.4 Transacción.

El portal de la Ciudad de Buenos Aires permite realizar todos los trámites a través de su página web (<https://www.buenosaires.gob.ar/tramites>). Los trámites se encuentran organizados por categoría y los ciudadanos pueden tramitar cualquier documento que requieran en línea, tales como: documentos de registro civil, permiso de tránsito, uniones civiles, licencias de conducir, certificados de discapacidad, certificación de firmas, certificación de datos, inscripción del nacimiento o fallecimiento, inscripción de divorcio en acta de matrimonio, solicitud de partidas, autorización de viaje nacional y al exterior, permisos sobre trámites de protección e impacto ambiental, verificación y habilitación de transporte, pago de impuestos y multas, servicios funerarios, denuncias digitales, inscripción a registros públicos, títulos y certificados para estudiantes, entre otros.

Esta gran variedad de opciones de transacciones en línea se encuentra centralizados en una sola página web, permitiendo a los ciudadanos realizar sus tramitaciones de forma rápida y sencilla, acompañado de guías y tutoriales de ayuda que explican cómo completar los formularios y trámites, haciéndose efectiva la transacción y los servicios digitales a los ciudadanos en el entorno virtual. Cabe destacar que ante la limitación de circulación por la pandemia del COVID-19, la digitalización de los trámites administrativos en la Ciudad de Buenos Aires ha constituido una alternativa efectiva y real a los trámites de forma física o presencial.

3.1.5 E-Democracia.

Buenos Aires es una de las ciudades más avanzadas en América Latina en cuanto a la e-democracia, puesto que desde el gobierno local han surgido iniciativas que buscan un compromiso y participación de la ciudadanía en los asuntos públicos. Una de ellas, ha sido la creación de “Redes de colaboración e innovación”. De acuerdo a la información disponible en el portal de la ciudad, estas redes tienen como objetivo:

La articulación con actores externos (ONG, sector académico, empresas, otros laboratorios, etc.) e internos (otras áreas del Gobierno) para generar espacios de colaboración en los que se divulgue, intercambie y co-creen metodologías y enfoques para la innovación en políticas públicas.

Es decir, que buscan una co-gestión, colaboración y participación de las diferentes entidades del municipio: gobierno, empresa y ciudadanos, para en conjunto diseñar, idear, crear metodologías que permitan crear soluciones innovadoras en materia de políticas públicas, forjando un verdadero compromiso entre todos los actores sociales, fortaleciendo la democracia y generando valor público. También, se crean nuevas vinculaciones y se hace posible el intercambio de buenas prácticas y experiencias entre los distintos actores.

3.2 Montevideo.

3.2.1 Presencia.

El portal de la ciudad de Montevideo (<https://montevideo.gub.uy/>) en la fase de presencia ofrece información sobre el gobierno, teléfonos y direcciones útiles, noticias, datos abiertos, resoluciones, normativa departamental, expedientes electrónicos y compras. Adicionalmente, cuentan con una sección llamada “Áreas temáticas” donde los ciudadanos pueden encontrar información sobre la ciudad, sistema de salud, empresas, economía, deporte, transporte, medioambiente, educación, formación entre otros. Asimismo, cuenta con esquemas de búsqueda simples.

En este apartado, la ciudad de Montevideo ha compilado las normativas, resoluciones y legislación en el ámbito local, junto con las noticias más importantes de la gestión gubernamental. Las resoluciones se encuentran digitalizadas desde el año 2018 y se encuentran clasificadas por áreas temáticas. En el portal web los ciudadanos pueden realizar búsquedas por texto, número de resolución o normativa, por intendente y por fecha de publicación.

3.2.2 Información urbana.

En relación a los indicadores anteriormente planteados, en esta fase el portal de la ciudad pone a disposición un mapa de la ciudad interactivo (<https://m.montevideo.gub.uy/comoir/>) que utiliza los servicios de geolocalización para indicar a los ciudadanos las rutas más cercanas y rápidas para llegar a algún punto de la ciudad. A pesar de que cumple con su propósito inicial, este servicio cuenta con opciones limitadas respecto a los servicios geográficos de la Ciudad de Buenos Aires, al no existir una Unidad de Sistemas de Información Geográfica.

En contraposición, la ciudad de Montevideo cuenta con un Centro de Gestión de Movilidad, que funciona a través de sistemas Inteligentes de Transporte, aplicados en tiempo real a la administración, gestión y control del tránsito y del transporte de la ciudad, con el fin de Mejorar la fluidez de la circulación, mejorar la seguridad vial, planificar y modelar el tránsito a través de la recolección permanente de datos. Con ello, han logrado fiscalizar las infracciones de tránsito a través de un circuito cerrado de cámaras de seguridad en la ciudad. Asimismo, el portal de la ciudad de Montevideo ofrece información completa y actualizada respecto a trámites administrativos, atención ciudadana y los servicios disponibles a la ciudadanía, con una gran de aplicaciones elaboradas para dichos fines.

3.2.3 Interacción.

Con respecto a la fase de interacción, el portal de la ciudad de Montevideo, al igual que el portal de la ciudad de Buenos Aires cuenta con un *Chatbot* o asistente virtual que permite a los ciudadanos realizar preguntas, solicitudes, aclarar dudas y encontrar información respecto a cualquier trámite en tiempo real. Sin embargo, este asistente virtual tiene una velocidad de carga muy lenta y no se encuentra disponible en todos los apartados del portal municipal.

Respecto a la presencia digital del municipio, este se encuentra en las redes sociales de Facebook, Twitter e Instagram, donde los usuarios pueden realizar consultas por esta vía e informarse sobre lo que está pasando en su localidad. Por medio de las redes sociales, la intendencia de Montevideo (autoridad municipal) informa sobre los avances en el desarrollo de la infraestructura local, prestación de servicios públicos y alertas sobre la situación de la pandemia del COVID-19. Al igual que en la Ciudad de Buenos Aires, Montevideo utiliza los medios electrónicos para interactuar con los ciudadanos y atender sus demandas de forma eficiente.

3.2.4 Transacción.

Respecto a la fase de transacción del gobierno digital, la ciudad de **Montevideo** permite realizar todos los trámites a través de su portal en línea (<https://montevideo.gub.uy/tramites-y-servicios>). Este apartado se encuentra clasificado y ordenado de acuerdo a los tipos de trámites, pudiendo encontrar: licencia de conducir, consulta de infracciones, pago de tributos en línea, solicitud de información sobre deudas, gestión de facturas, documentación y permisos de obras, solicitud y entrega de matrículas para vehículos, certificados de saneamiento e inspección, entre otros.

3.2.5 E-Democracia.

Una de las mejores iniciativas del gobierno local de Montevideo, es el proyecto de Montevideo Decide, un modelo de participación ciudadana muy similar al establecido en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires con la iniciativa “Redes de colaboración e innovación”. En este caso, no hay limitaciones de participación para la ciudadanía y se encuentra un portal dedicado exclusivamente a esta iniciativa (<https://decide.montevideo.gub.uy/>). Es definida en su sitio web oficial de la siguiente forma:

Montevideo Decide es la plataforma digital que permite a las y los montevideanos opinar, proponer e incidir en las acciones que lleve a cabo la Intendencia de Montevideo. De acuerdo a sus distintos niveles de registro, la ciudadanía podrá participar de debates, presentar iniciativas de proyectos que busquen mejorar su vida en la ciudad, así como participar de encuestas, entrevistar al Intendente y a su equipo de Gobierno y participar en la co-creación de documentos.

Es decir, es una plataforma en línea o digital con el fin último de permitir la participación de la ciudadanía en asuntos públicos, quienes pueden opinar, proponer e incidir sobre la toma de decisiones y las soluciones llevadas a cabo en Montevideo a través de debates, presentación de entrevistas e iniciativas de proyectos en cualquier eje temático. De este modo, se promueve la adopción de una cultura de participación ciudadana sin intermediarios a través de la tecnología, de modo que los ciudadanos se sientan comprometidos e involucrados en su localidad. En pocas palabras, las iniciativas de participación ciudadana son herramientas para empoderar a los ciudadanos y que se conviertan en protagonistas del cambio para la transformación de sus municipios.

3.3 Gestión de Rio de Janeiro.

3.3.1 Presencia.

El portal de Rio de Janeiro (<https://prefeitura.rio/>) forma parte de la implementación de la agenda de desarrollo digital de Brasil, el cual comprende el Centro de Operaciones de Rio, que funciona como el epicentro para coordinar los servicios de las distintas entidades municipales, estatales, nacionales y de prestación de servicios públicos. En su página web, se encuentra la plataforma digital “Data Rio”, un proyecto pionero en materia de transparencia y el desarrollo de información estadística, mapas, estudios e investigaciones centradas en la ciudad de Río de Janeiro. En ella, los ciudadanos pueden acceder a toda la información e historia de su municipio, junto a toda la legislación y normativa a nivel municipal de los últimos años.

Adicionalmente, se encuentra disponible una sección con información actualizada y en tiempo real sobre la pandemia del COVID-19, donde los ciudadanos pueden conocer cuáles son los planes de recuperación y programas que está implementando el gobierno municipal en esta contingencia, noticias, información sobre el gasto público, mitos y verdades y una sección de preguntas y respuestas. Además, en la página web se pueden visualizar *banners* que invitan a los ciudadanos a utilizar mascarilla y respetar las medidas de bioseguridad.

3.3.2 Información urbana.

Respecto a la dimensión de información urbana, el portal web del municipio de Rio de Janeiro es el más completo puesto que en la fase de información urbana, ha integrado un modelo extraordinario de planificación, integración y gestión de información, que surgió en el año 2014 con la creación del Sistema Municipal de Información Urbana (SIURB). Desde entonces, el SIURB se ha convertido en un canal de información sobre los municipios, donde se puede conocer las noticias y políticas implementadas por las entidades de la localidad en “Portal del Servidor”.

Asimismo, en la fase de información urbana, existe un portal dedicado al turismo en la Ciudad de Rio de Janeiro llamado “Rio Tur” que ofrece información sencilla en los idiomas de inglés, portugués y español, sobre las actividades culturales y turísticas de la ciudad, sitios de alojamiento y lugares de consumo de comida y bebidas, actividades al aire libre, información de transporte y movilidad y mapas de la ciudad. Este último aspecto, es una muestra de las posibilidades y oportunidades que ofrecen los entornos digitales para los municipios de forma simple y eficaz.

3.3.3 Interacción.

El portal de la ciudad de Rio de Janeiro prioriza la interacción con los ciudadanos y extranjero, considerando la gran disponibilidad de canales abiertos para entablar una relación bidireccional de comunicación con sus usuarios. De este modo, tiene una fuerte presencia digital en las redes sociales de Instagram, Twitter y Facebook,

además de ofrecer a la ciudadanía un teléfono de contacto vía WhatsApp donde los ciudadanos pueden recibir noticias en su dispositivo móvil sobre lo que está pasando en su ciudad en tiempo real.

3.3.4 Transacción.

Al igual que en las administraciones de la Ciudad de Buenos Aires y Montevideo, el portal online de Río de Janeiro está integrado por un conjunto de aplicaciones como 1746, eShopping Rio y Participa Rio, orientadas a prestar servicios a los ciudadanos a través de medios tecnológicos. Para ello, la municipalidad centralizó los servicios públicos en la página web de Carioca Digital, en donde los ciudadanos deben de registrarse en la plataforma para realizar consultas o trámites administrativos respecto a los temas de educación, empleo, vivienda, bienes e inmuebles, identificación, pago de multas y tributos, entre otros.

Con el fin de promover el emprendimiento y dar apoyo a los empresarios de la ciudad, en la localidad se ideó la iniciativa “Rio Mais Facil” como una herramienta digital que permita otorgar licencias a empresas y a ciudadanos a formalizar su actividad empresarial o económica. En este sentido, podrán encontrar información sobre los requisitos y realizar preguntas sobre la solicitud de los trámites, es decir, existe un intercambio de productos y servicios a través de los medios digitales. Esta iniciativa, además de agilizar los trámites burocráticos para la administración pública y los ciudadanos, significa la utilización de la tecnología para apoyar e incentivar el emprendimiento en la ciudad.

En la misma línea, el gobierno de Rio de Janeiro creó el proyecto “Centro de Atención 1746” (<https://1746.rio>) en donde los ciudadanos pueden realizar solicitudes, quejas y reclamos en materia de asistencia social, conservación ambiental, educación, defensa civil, empresas, leyes, limpieza urbana, derechos humanos, entre otros. Esta iniciativa permite a los ciudadanos reclamar y exigir en caso de la existencia de alguna falla o inconveniente con los servicios públicos a través de medios digitales, evitando la congestión de las oficinas públicas del Estado y diligenciando las solicitudes a las autoridades correspondientes.

3.3.5 E-Democracia.

En el ámbito de la e-democracia, el gobierno local diseñó la iniciativa “Lab.Rio”, un laboratorio de innovación política creado y vinculado con el municipio de Río de Janeiro que tiene como objetivo principal desarrollar herramientas capaces de acercar a los ciudadanos a la administración local, a través de plataformas que abordan temáticas de inclusión de minorías, niños y jóvenes en los debates sobre las políticas públicas, ejecución y evaluación de obras públicas y la articulación de los trabajadores, ciudadanos y organizaciones no gubernamentales. Este proyecto ha permitido el surgimiento de iniciativas como “Mapeando” o “Chega Junto” que han permitido incluir a la ciudadanía en el monitoreo y evaluación de las políticas públicas de la ciudad, haciendo un seguimiento en tiempo real sobre sus avances y retrocesos.

Conclusión

La implementación del gobierno digital en las gestiones locales de América Latina, específicamente en el caso de Buenos Aires, Río de Janeiro y Montevideo, ha tenido como consecuencia una mejora en la prestación de los servicios públicos, en la medida que los ciudadanos se han involucrado en los procesos de toma de decisiones, han realizado las demandas mediante los medios diseñados para ello y han sido atendidos de forma satisfactoria por las entidades gubernamentales a nivel local por medio de las tecnologías de la información.

En esta investigación, se demostró que en los municipios estudiados desarrollaron de forma paulatina una nueva forma de interacción entre la ciudadanía el Estado, donde la gestión pública se encuentra orientada al ciudadano. En esta línea, el gobierno digital incide directamente en el diseño y ejecución de políticas públicas de calidad con un impacto directo y significativo sobre la vida de los ciudadanos. De esta manera, se ha vislumbrado que la tecnología es una herramienta fundamental en el siglo XXI, debido a que se encuentra presente en todos los ámbitos de la vida ciudadana y constituye un mecanismo clave para la información ciudadana, la participación en los asuntos públicos y la prestación de los servicios públicos.

En cuanto respecta a los procesos de implementación estudiados a nivel local, se pudo examinar que cada uno de los municipios cuenta con distintas iniciativas que han sido diseñadas y adaptadas de acuerdo a sus necesidades, haciendo posible que desde las entidades gubernamentales se promueva el empoderamiento de la ciudadanía para lograr un compromiso en los asuntos que conciernen a la vida pública. No obstante, cada una de ellas está sumergida en procesos de maduración y desarrollo distintos, de acuerdo a la voluntad y la iniciativa de los gobiernos locales, quienes tienen la responsabilidad de liderar la implementación del gobierno digital.

Igualmente, se observó que, a través de la fase de presencia e información urbana, los ciudadanos tienen la oportunidad de mantenerse al día en tiempo real sobre los asuntos de su localidad y disponer de toda la información que requieren para realizar trámites administrativos de forma presencial o virtual, siendo esta una solución oportuna ante la excesiva burocratización de la región latinoamericana y los amplios períodos de espera.

Respecto a la fase de transacciones en el entorno digital y la situación de la pandemia a nivel mundial, se evidenció que, en los municipios de Buenos Aires, Montevideo y Río de Janeiro, la digitalización de los trámites ha constituido una alternativa efectiva y real a los trámites de forma física o presencial. Asimismo, en este contexto los ciudadanos de estas localidades han podido informarse sobre la evolución de la pandemia y medidas de prevención de la misma.

Asimismo, se vislumbró que en la construcción de las democracias digitales o las e-democracias en nuestra región, los laboratorios de innovación pública son alternativas eficaces para la construcción de agendas y políticas públicas de forma consensuada entre distintos actores de la sociedad, y que, para llegar a consolidar la democracia, se hace necesaria la participación activa de los mismos. De este modo, se recomienda la replicación de esta plataforma de innovación a nivel local en la región, con el fin de centralizar los esfuerzos de todos los actores sociales en la construcción de una mejor democracia.

En pocas palabras, las iniciativas de participación ciudadana son herramientas para empoderar a los ciudadanos y que se conviertan en protagonistas del cambio para la transformación de sus municipios.

A futuro, es necesario e imprescindible seguir analizando cómo ha sido la evolución y los avances de los gobiernos de América Latina y el mundo respecto a la implementación del gobierno digital y la satisfacción ciudadana, a través de la aplicación de estudios de opinión pública cualitativos y cuantitativos, que determinen el éxito o no de la adopción de la nueva forma de gobernar mediante la tecnología, la innovación pública y la participación ciudadana.

Referencias Bibliográficas

Libros

BIANCHI, Matías. (comp.) 2017. **Recuperar la política. Agendas de Innovación Política en América Latina**. Asuntos del Sur. Buenos Aires.

KETTL, Donald. 2002. **The Transformation of Governance: Public Administration for Twenty-First Century America**. Johns Hopkins University Press. Estados Unidos.

HOLMES, Douglas. 2001. **E.gov. E-business Strategies for Government**. Nicholas Brealey Publishing. London.

ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO. 2005. **Manual de Oslo**. Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico. Madrid.

POSADA, Adolfo. 2003. **Tratado de Derecho Político**. Editorial Comares. España.

SCHUMPETER, Joseph. 2017. **La Teoría del Desarrollo Económico**. Editorial Routledge. Estados Unidos.

SÁNCHEZ, Carmina; LASAGNA, Marcelo y MARCET, Javier. 2013. **Innovación Pública: un modelo de aportación de valor**. RIL Editores. Chile

MEIER, Andreas. 2012. **eDemocracy & eGovernment: Stages of a Democratic Knowledge Society**. Editorial Springer-Verlag Berlin Heidelberg. Alemania.

Revistas

ARROS, Valentina; RAMÍREZ-ALUJAS, Álvaro. 2017. “Innovación en el sector público chileno: la experiencia y aprendizajes del Laboratorio de Gobierno” En **Revista de Gestión Pública**. Volumen VI. No. 1. Chile. P. 43-80

LUNA-REYES, Luis Felipe; HERNÁNDEZ, Juan Manuel; Gil-García, J. Ramón. 2009. “Hacia un modelo de los determinantes de éxito de los portales de gobierno estatal en México” En *Revista Gestión y Política Pública*. Volumen XVIII. No. 2. México. P. 307-340.

ESTEVEZ, José. 2005. “Análisis del desarrollo del gobierno electrónico municipal en España”. En **IE Working Paper**. Instituto de Empresa. Madrid. P. 05-32. En: http://latienda.ie.edu/working_papers_economia/WPE05-32.pdf [consultado el 24 de mayo de 2020].

FEDOROWICZ, Jane; GOGAN, Janis; CULNAN, Mary. 2010. “Barriers to Interorganizational Information Sharing in e-Government: A Stakeholder Analysis”. En **Information Society Journal**. Volumen XXVI. No. 5. Waltham. P. 315–329.

LAYNE, Karen; LEE, Jungwoo. 2001. “Developing fully functional E-government: A four stage model”. En **Government Information Quarterly**. Volúmen XXVIII. No. 2. P. 122–136.

Internet

BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO. 2018a. **Fin del trámite eterno: ciudadanos, burocracia y gobierno digital**. En <https://publications.iadb.org/es/el-fin-del-tramite-eterno-ciudadanos-burocracia-y-gobierno-digital> [consultado el 20 de mayo de 2020].

BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO. 2018b. **Municipios y gobierno digital: Situación y buenas prácticas en la Red Mercociudades**. En <https://publications.iadb.org/es/municipios-y-gobierno-digital-situacion-y-buenas-practicas-en-la-red-mercociudades> [consultado el 11 de julio de 2020].

ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO. 2003. **The Case for E-Government**. En https://www.oecd-ilibrary.org/governance/the-case-for-e-government_budget-v3-art5-en [consultado el 11 de julio de 2020].

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA EDUCACIÓN, LA CIENCIA Y LA CULTURA. 2002. **Overview On E-Governance**. En http://portal.unesco.org/ci/en/files/6532/10391876090Overview_on_egovernance_working_paper.doc/Overview%2Bon%2Begovernance%2Bworking%2Bpaper.doc [consultado el 15 de julio de 2020].

FLORIAN, Marcus. 2020. **Digitalisation isn't instagrammable – and that's a problem**. 2002. En <https://e-estonia.com/speakers-corner-digitalisation-isnt-instagrammable/c> [consultado el 15 de julio de 2020].

CARTER, Lemuria; Frence y Bélanger. 2005. **The utilization of e-government services: citizen trust, innovation and acceptance factors**. En <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/j.1365-2575.2005.00183.x> [consultado el 15 de julio de 2020].

Maracaibo- Venezuela
Cuestiones Jurídicas, Enero - Junio 2021
Volumen 15, Número 1
Fondo Editorial Biblioteca de la Universidad Rafael Urdaneta