



ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES

LIBRO HOMENAJE
DR. HUMBERTO ROMERO-MUCI



Coordinadores

Luis Cova Arria, Rafael Badell Madrid,
Gabriel Ruan Santos, Juan Cristóbal Carmona Borjas

TOMO III

AVDTI Asociación Venezolana
de Derecho Tributario

ejv editorial jurídica venezolana

Caracas 2023



Academia de Ciencias Políticas y Sociales



Dr. Humberto Romero-Muci



Academia de Ciencias Políticas y Sociales

LIBRO HOMENAJE AL DOCTOR HUMBERTO ROMERO-MUCI

TOMO III

Coordinadores:

Luís Cova Arria, Rafael Badell Madrid

Gabriel Ruan Santos, Juan Cristóbal Carmona Borjas

AVDT | Asociación Venezolana
de Derecho Tributario
J.02051002-0

Caracas / Venezuela 2023

Academia de Ciencias Políticas y Sociales

Libro Homenaje al Doctor Humberto Romero-Muci. (Coordinadores) Luís Cova Arria, Rafael Badell Madrid, Gabriel Ruan Santos, Juan Cristóbal Carmona Borjas. Caracas, Venezuela

4 tomos. Total páginas de la obra 2755

Hecho el depósito de Ley

Depósito Legal: DC2023001632

ISBN: Obra completa: 978-980-416-057-8

ISBN: Tomo I: 978-980-416-058-5

QUEDA PROHIBIDA LA REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL DE ESTE LIBRO SIN LA AUTORIZACIÓN ESCRITA DE LOS TITULARES DEL COPYRIGHT

© Copyright 2012

ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES

Avenida Universidad, Bolsa a San Francisco,

Palacio de las Academias

Caracas 1121-A

Teléfonos: (0212) 482 88 45 - 482 86 34

Fax: (0212) 483 26 74

e-mail: academiadecienciaspoliticas@gmail.com

Página web: www.acienpol.org.ve

Diseño de portada: Evelyn Barboza V.

Diagramación: Mirna Pinto

Impreso en Venezuela

LAS PUBLICACIONES QUE PROPICIA LA ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES SE REALIZAN RESPETANDO EL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA LIBRE EXPRESIÓN DEL PENSAMIENTO, PERO DEJA CONSTANCIA EXPRESA DE QUE ESTA ACADEMIA NO SE HACE SOLIDARIA DEL CONTENIDO GENERAL DE LAS OBRAS O TRABAJOS PUBLICADOS, NI DE LAS IDEAS Y OPINIONES QUE EN ELLA SE EMITAN.



Academia de Ciencias Políticas y Sociales

Junta Directiva Período 2022-2023

Presidente:	<i>Julio Rodríguez Berrizbeitia</i>
Primer Vicepresidente:	<i>Luciano Lupini Bianchi</i>
Segundo Vicepresidente:	<i>Rafael Badell Madrid</i>
Secretario:	<i>Cecilia Sosa Gómez</i>
Tesorero:	<i>Gerardo Fernández Villegas</i>
Bibliotecario:	<i>Carlos Ayala Corao</i>

Individuos de Número

Luis Ugalde, S.J.	Guillermo Gorrín Falcón
Margarita Escudero León (<i>e</i>)	James-Otis Rodner
Juan Carlos Pró-Rísquez	Ramón Escovar León
José Muci-Abraham	Román J. Duque Corredor
Enrique Urdaneta Fontiveros	Gabriel Ruan Santos
Alberto Arteaga Sánchez	José Antonio Muci Borjas
Jesús María Casal	César A. Carballo Mena
León Henrique Cottin	Juan C. Carmona Borjas
Allan Randolph Brewer-Carías	Salvador Yannuzzi Rodríguez
Eugenio Hernández-Bretón	Magaly Vásquez González (<i>e</i>)
Carlos Eduardo Acedo Sucre	Héctor Faúndez Ledesma
Luis Cova Arria	Carlos Leáñez Sievert
Humberto Romero-Muci	Luis Guillermo Govea U., h
Ramón Guillermo Avelado	Oscar Hernández Álvarez
Hildegard Rondón de Sansó	Fortunato González Cruz
Henrique Iribarren Monteverde (+)	Luis Napoleón Goizueta H.
Josefina Calcaño de Temeltas (+)	



Academia de Ciencias Políticas y Sociales

MIEMBROS CORRESPONDIENTES EXTRANJEROS

ALEMANIA

Dr. Erik Jayme

ARGENTINA

Dr. Diego Fernández Arroyo

Dr. José Claudio Escribano

Dr. Juan Carlos Cassagne

Dr. Eduardo Sambrizzi

BRASIL

Dra. Claudia Lima Marques

COLOMBIA

Dr. Mauricio Plazas Vega

Dr. Gilberto Álvarez Ramírez

Dr. Augusto Trujillo Muñoz

Dr. Cesáreo Rocha Ochoa

CHILE

Dr. José Luis Cea Egaña

Dr. Claudio Grossman

ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

Dr. Symeon Symeonides

ESPAÑA

Dr. Rafael Navarro-Valls

Dr. César García Novoa

Dr. Miguel Herrero Miñón

Dr. Santiago Muñoz Machado

FRANCIA

Dr. Pierre Michel Eisemann

ITALIA

Dr. Sandro Schipani

Dr. Natalino Irti

JAPÓN

Dra. Yuko Nishitani

MÉXICO

Dr. Leonel Pereznieta Castro

Dr. Bernardo Fernández del Castillo

Dr. Eduardo Ferrer Mac-Gregor

Dr. Ignacio Luis Melo

PERÚ

Dr. Carlos Soto Coaguila

Dr. Augusto Ferrero

REPÚBLICA DOMINICANA

Dr. Manuel Morales Lama

URUGUAY

Dr. Didier Opertti Badán

COLABORADORES ESPECIALES DE LA ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES

ESTADO ANZOÁTEGUI

Prof. José Getulio Salaverría Lander

ESTADO ARAGUA

Dr. Gilberto Guerrero Quintero

Dr. Jorge L. Lozada González

ESTADO BOLÍVAR

Prof. José Carlos Blanco Rodríguez

ESTADO CARABOBO

Dr. Pedro Rondón Haaz

Dr. Aníbal Rueda Rueda

Prof. Edgar Núñez Alcántara

ESTADO LARA

Dr. Jorge Rosell Senhem

ESTADO MÉRIDA

Prof. Egberto Abdón Sánchez Noguera

ESTADO TÁCHIRA

Dr. Rodrigo Rivera Morales

ESTADO ZULIA

Dr. Jesús Esparza Bracho

Dra. Ana Elvira Araujo



ÍNDICE

TOMO I

Prólogo

LA PERSONA DESTINATARIA DEL HOMENAJE

Gabriel Ruan Santos..... 25

Presentación

LIBRO HOMENAJE AL DR. HUMBERTO ROMERO-MUCI

Rafael Badell Madrid 39

TEMAS POLÍTICOS – HISTÓRICOS

GLOBALIZACIÓN, INSTITUCIONES Y DEMOCRACIA, UNA ARMONÍA DIFÍCIL DE LOGRAR EN EL FUTURO IBEROAMERICANO

Julio Rodríguez Berrizbeitia 59

EL “PACTO DE PUNTO FIJO” DE 1958 COMO PUNTO DE PARTIDA PARA EL ESTABLECIMIENTO Y CONSOLIDACIÓN DEL SISTEMA DEMOCRÁTICO Y DEL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO EN VENEZUELA

Allan R. Brewer-Carías 83

ANOTACIONES PARA EL DESCUBRIMIENTO DE LOS ABOGADOS (Y OTROS ESTUDIANTES DE DERECHO) “INMIGRANTES” ESPAÑOLES EN VENEZUELA (POR CAUSA DE LA GUERRA CIVIL)

Eugenio Hernández-Bretón 101

REFLEXIONES A PARTIR DE LA EVOLUCIÓN RECIENTE DEL DERECHO VENEZOLANO <i>Ramón Escovar León</i>	133
EL PENSAMIENTO JURÍDICO VENEZOLANO: UNA HISTORIA DE RESISTENCIA INTELECTUAL <i>Carlos García Soto</i>	149
EL POPULISMO DEL S. XXI: UNA RENOVADA AMENAZA A LA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA <i>Alejandro González Valenzuela</i>	163
DEL “MUNICIPIO, RAÍZ HISTÓRICA DE LA REPÚBLICA” A LA COMUNA. DESARRAIGAMIENTO REPUBLICANO <i>Leonardo Luis Palacios Márquez</i>	207

DERECHO ADMINISTRATIVO - REGULATORIO

LA LICENCIA OBLIGATORIA DE LAS PATENTES SOBRE PRODUCTOS FARMACÉUTICOS, CON ESPECIAL REFERENCIA A LAS VACUNAS <i>Hildegard Rondón de Sansó</i>	259
RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN Y EL COVID-19: ASPECTOS SOBRE SU FUNDAMENTACIÓN Y CONSECUENCIAS <i>Ramsis Ghazzaoui</i>	279
NATURALEZA JURÍDICA DE LOS CRIPTOACTIVOS Y SU ÁMBITO REGULATORIO EN ESPAÑA Y LATINOAMÉRICA <i>Santiago Rodríguez Senior</i>	307
TRANSFORMACIÓN DIGITAL EN LA INDUSTRIA DEL PETRÓLEO Y GAS <i>Gabriela Rachadell de Delgado y Franco Valentino Di Miele</i>	361

DERECHO FINANCIERO Y TRIBUTARIO

DEL PETRO-ESTADO AL <i>CRONY</i> SOCIALISMO. INVOLUCIÓN ECONÓMICA DE LA VENEZUELA DEL SIGLO XXI <i>Sary Levy Carciente y Miguel Á. Martínez Meucci</i>	403
---	-----

ÍNDICE

INSTITUCIONES EXTRACTIVAS, PETRÓLEO Y EL COLAPSO DE LA DEMOCRACIA EN VENEZUELA <i>Humberto García Larralde</i>	429
TEMAS SOBRE REESTRUCTURACIÓN DE LA DEUDA EXTERNA <i>Fulvio Italiani Firrito, Carlos Omaña Andueza y Roland Pettersson Stolk</i>	459
EL ESTADO FALLIDO EN VENEZUELA Y LA ANOMIA DEL DERECHO TRIBUTARIO <i>José Ignacio Hernández G.</i>	473
LA DOLARIZACIÓN EN VENEZUELA: SU POSIBLE APLICACIÓN Y DESAFÍOS REGULATORIOS NACIONALES E INTERNACIONALES <i>Ricardo A. Larrazábal Muro</i>	505
INDEXACIÓN DE LA OBLIGACIÓN TRIBUTARIA. VIABILIDAD JURÍDICA Y ÉTICA <i>Juan Cristóbal Carmona Borjas</i>	521
COMENTARIOS FISCALES SOBRE LA MONEDA FUNCIONAL DÓLAR, MONEDA FUNCIONAL BOLÍVAR, MONEDA DE PRESENTACIÓN EN BOLÍVARES, MONEDA DE PRESENTACIÓN EN DÓLARES <i>Thomy J. Céfalo Y.</i>	585
EL VALOR PROBATORIO DE LOS ESTADOS FINANCIEROS A LOS FINES TRIBUTARIOS <i>Luis Fraga-Pittaluga</i>	605

TOMO II

DERECHO FINANCIERO Y TRIBUTARIO (CONTINUACIÓN)

APROXIMACIÓN A LA TEORÍA ANALÍTICA DEL DERECHO TRIBUTARIO <i>Eduardo Meier García</i>	695
LA INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS TRIBUTARIAS <i>José Andrés Octavio L.</i>	723

LA INMUNIDAD FISCAL INTERGUBERNAMENTAL Y SU RECEPCIÓN EN EL DERECHO VENEZOLANO. ALGUNAS CONSIDERACIONES <i>Carlos E. Weffe H.</i>	759
PRINCIPIO DE LA CAPACIDAD CONTRIBUTIVA. PATOLOGÍAS DEL SISTEMA TRIBUTARIO VENEZOLANO. ANÁLISIS DE LAS ALTERACIONES SISTÉMICAS DE LA TRIBUTACIÓN VENEZOLANA A TRAVÉS DE LAS CONSTANTES VIOLACIONES AL PRINCIPIO DE LA CAPACIDAD TRIBUTARIA MEDIANTE EL ESTABLECIMIENTO DE HECHOS Y BASES IMPONIBLES TOTALMENTE DIVORCIADAS DE LAS REGLAS QUE IMPONE LA CORRECTA APLICACIÓN DE ESTE PRINCIPIO <i>José Rafael Belisario Rincón</i>	825
LA UTÓPICA <i>TRIBUTACIÓN TRANSHUMANA</i> . ¿EXISTE CAPACIDAD CONTRIBUTIVA EN LOS ROBOTS? <i>Burt S. Hevia O.</i>	875
SITUACIÓN PRESENTE DE LA FISCALIDAD DE LA ECONOMÍA DIGITAL EN PERÚ Y VENEZUELA. PERSPECTIVAS A FUTURO <i>Carlos Enrique Paredes</i>	897
LAS CLÁUSULAS DE <i>TAX SPARING</i> COMO MECANISMOS DE PROTECCIÓN DE LOS INCENTIVOS FISCALES EN LOS PAÍSES EN DESARROLLO <i>Betty Andrade Rodríguez</i>	967
TRATAMIENTO EN MATERIA DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA DE LOS APORTES A TÍTULO DE PRIMA EN EMISIÓN DE ACCIONES EN LOS AUMENTOS DE CAPITAL (APUNTES PARA UNA REDEFINICIÓN DE LA BASE IMPONIBLE DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA) <i>Juan C. Castillo Carvajal</i>	1023
SOBRE LOS INTANGIBLES Y SU TRATAMIENTO EN LA LEY DE IMPUESTO SOBRE LA RENTA <i>Isabella Pecchio Brillembourg</i>	1035
EL CONCEPTO DE TERRITORIALIDAD EN EL METAVERSO: ¿ACASO UN PUNTO DE ENCUENTRO ENTRE EL DERECHO TRIBUTARIO Y EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO? <i>Víctor Hugo Guerra Hernández</i>	1073

ÍNDICE

EL FEDERALISMO COOPERATIVO EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL VENEZOLANO, CON ESPECIAL REFERENCIA A LA CONFIGURACIÓN DEL SISTEMA TRIBUTARIO VENEZOLANO. ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y DE DERECHO COMPARADO <i>Ronald Evans Márquez</i>	1097
ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DE LA SALA POLÍTICO ADMINISTRATIVA DEL TSJ QUE RECONOCE LA COMPETENCIA DE LOS MUNICIPIOS PARA GRAVAR LOS SERVICIOS DE MEJORAMIENTO EN LA EXPLOTACIÓN DE HIDROCARBUROS <i>Cecilia Sosa Gómez</i>	1125
LA TRIBUTACIÓN EN EL IMPUESTO MUNICIPAL SOBRE ACTIVIDADES ECONÓMICAS A PROPÓSITO DEL COMERCIO ELECTRÓNICO. UNA VISIÓN HERMENÉUTICA ALTERNATIVA <i>Pier Paolo Pasceri Scaramuzza</i>	1141
BREVES CONSIDERACIONES SOBRE LA FISCALIDAD AMBIENTAL Y PAGO DE SERVICIOS AMBIENTALES EN LA LEGISLACIÓN VENEZOLANA Y EN EL DERECHO COMPARADO <i>Jorge Luis Lozada González</i>	1189
BASE IMPONIBLE DE LA CONTRIBUCIÓN ESTABLECIDA EN LA LOCTI, UN CASO DE INCONGRUENCIA E INJUSTA IMPOSICIÓN <i>Elvira Dupouy Mendoza</i>	1221
FALSEAMIENTO DETERMINATIVO Y DESCONFIGURACIÓN DEL TRIBUTO. EL CASO DE LA PROVIDENCIA N° 015-047/2021 DEL FONACIT Y LA REFORMA DE LA LOCTI/2022 <i>Serviliano Abache Carvajal</i>	1257
LA INCIDENCIA TRIBUTARIA DE LA REGULACIÓN PRUDENCIAL BANCARIA. CASO DE ESTUDIO: LAS NORMAS PRUDENCIALES SOBRE LA APLICACIÓN DE LA REVALUACIÓN DE ACTIVOS EN LAS INSTITUCIONES BANCARIAS <i>Ignacio Julio Andrade Cifuentes</i>	1301

TOMO III

DERECHO FINANCIERO Y TRIBUTARIO (FIN)

EL COBRO EJECUTIVO TRIBUTARIO EN EL ÁMBITO ELECTRÓNICO <i>Rodrigo Rivera Morales</i>	1389
LA NEGACIÓN DE TUTELA CAUTELAR DE AMPARO AL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE LEGALIDAD TRIBUTARIA EN LA JURISPRUDENCIA VENEZOLANA. BREVE ANÁLISIS DE RACIONALIDAD JURÍDICA <i>Xabier Escalante Elguezabal</i>	1409
UN ENSAYO SOBRE LA INTERPRETACIÓN COMO MEDIO PARA DESECHAR FICCIONES Y FALSAS PRESUNCIONES EN LAS NORMAS DE DERECHO SUSTANTIVO TRIBUTARIO <i>Juan Esteban Korody Tagliaferro</i>	1429
SIGNIFICACIÓN JURÍDICA DE LOS PRINCIPIOS DE CONTABILIDAD DE GENERAL ACEPTACIÓN EN VENEZUELA <i>José Rafael Bermúdez</i>	1475
OPINIONES SOBRE POSICIONES INCIERTAS DE IMPUESTO SOBRE LA RENTA VENEZOLANO A FINES DE SU CONTABILIZACIÓN <i>José Manuel Valecillos</i>	1515

DERECHO INTERNACIONAL

ASPECTOS PROCESALES DEL CASO 171 DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA: GUYANA CONTRA VENEZUELA <i>Rafael Badell Madrid</i>	1549
EL DERECHO-GARANTÍA AL <i>NON BIS IN IDEM</i> Ó <i>NE BIS IN IDEM</i> BAJO EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS <i>Carlos Ayala Corao</i>	1749

ÍNDICE

<i>RES JUDICATA</i> Y UN LAUDO MAL DICTADO. EL CASO GUYANA C. VENEZUELA <i>Héctor Faúndez Ledesma</i>	1783
EL ACCESO A LA JUSTICIA ANTE EL SISTEMA DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS REGIONAL POR PARTE DE LAS VÍCTIMAS DE VIOLENCIA SEXUAL: ÁFRICA Y AMÉRICA LATINA EN UN BREVE ACERCAMIENTO <i>Thairi Moya Sánchez</i>	1831
DERECHO CIVIL	
LA IMPOSIBILIDAD Y LA DIFICULTAD EN EL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES <i>Carlos Eduardo Acedo Sucre</i>	1859
LOS ENTRESIJOS DEL PAGO DE PRESTACIONES EN MONEDA EXTRANJERA <i>Biba Arciniegas Mata y Enrico Giganti Castro</i>	1911
RESPONSABILIDAD DEL DEUDOR POR SUS AUXILIARES <i>Enrique Urdaneta Fontiveros</i>	1927
CORRUPCIÓN Y CONTRATOS EN VENEZUELA <i>Claudia Madrid Martínez</i>	1969
CRÍTICA AL CONCEPTO DE CAUSA EN EL DERECHO VENEZOLANO, UN ANÁLISIS COMPARATIVO CON LA DOCTRINA ANGLOSAJONA DE LA CONSIDERACIÓN <i>Andrés Gzásó</i>	2003
LA DOLARIZACIÓN DE LA ECONOMÍA Y LOS MECANISMOS DE AJUSTE DEL VALOR DE LAS OBLIGACIONES A LA LUZ DE LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA EN VENEZUELA <i>Fred Aarons P.</i>	2029
ANÁLISIS CRÍTICO DE LA SENTENCIA N° 0652 DE LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA SOBRE LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES <i>Aura Janesky Lehmann González</i>	2059

CAPITULACIONES MATRIMONIALES: AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD <i>Dubraska Galarraga Ponce</i>	2093
LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS ROBOTS CON INTELIGENCIA ARTIFICIAL <i>Blas Rivas Alejandro y Blas Rivas Santos</i>	2117

TOMO IV

DERECHO MERCANTIL

EL LEVANTAMIENTO DEL VELO CORPORATIVO DE LAS EMPRESAS DEL ESTADO. REFLEXIONES SOBRE LA ANUNCIADA PRIVATIZACIÓN PARCIAL DE DIVERSAS EMPRESAS DEL ESTADO A LA LUZ DE LA LEY ORGÁNICA DE CREACIÓN DE LA COMISIÓN CENTRAL DE PLANIFICACIÓN <i>José Antonio Muci Borjas</i>	2167
LA FRACCIÓN DE LA ACCIÓN DE LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS <i>José Getulio Salaverría Lander y Salvador R. Yannuzzi Rodríguez</i>	2177
LAS RECONVERSIONES. EFECTOS EN EL VALOR DEL CAPITAL Y DE LAS ACCIONES DE LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS. POSIBLES MEDIDAS Y CONSECUENCIAS <i>Inés Parra W.</i>	2209
LA CLÁUSULA DE <i>RECALL</i> EN LOS CONTRATOS DE SUMINISTRO Y DISTRIBUCIÓN INTERNACIONAL DE PRODUCTOS <i>Alejandro Silva Ortiz</i>	2237
OBSTRUCCIONISMO DE LOS ACCIONISTAS MINORITARIOS EN LA SOCIEDAD ANÓNIMA DE CAPITAL CERRADO. SU TRATAMIENTO EN EL DERECHO VENEZOLANO. ALGUNAS SOLUCIONES DEL DERECHO COMPARADO <i>Geraldine D'Empaire De Sosa y Arnoldo José Troconis Herrera</i>	2257

ÍNDICE

CARACTERÍSTICAS DE OPERACIONES DE FUSIONES Y ADQUISICIONES EN VENEZUELA ENTRE 2014 Y 2020 <i>Fulvio Italiani y Giancarlo Carrazza</i>	2291
--	------

DERECHO PROCESAL - ARBITRAJE

SITUACIÓN ACTUAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA DE VENEZUELA <i>Pedro Rafael Rondón Haaz</i>	2301
---	------

ASPECTOS PROCESALES EN UNA OBRA INÉDITA DE HUMBERTO CUENCA. ESPECIAL REFERENCIA A LA MATERIA PROBATORIA Y ESPECÍFICAMENTE A LA EXHIBICIÓN DE COSAS, PERSONAS E INSTRUMENTOS EN EL PROCESO CIVIL <i>Edgar Darío Núñez Alcántara</i>	2329
---	------

JUSTICIA TELEMÁTICA. PRINCIPIO Y FIN DE LA JUSTICIA VIRTUAL EN VENEZUELA <i>Álvaro Badell Madrid</i>	2373
---	------

¿DEFENSOR <i>AD LITEM</i> EN EL ARBITRAJE? <i>Pedro Alberto Perera Riera</i>	2409
---	------

EL ESTÁNDAR DEL TRATO JUSTO Y EQUITATIVO COMO GARANTÍA DEL RESPETO AL ESTADO DE DERECHO EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE INVERSIONES <i>José Gregorio Torrealba R.</i>	2419
---	------

LA EJECUCIÓN DEL ACUERDO DE TRANSACCIÓN EN LA MEDIACIÓN INTERNACIONAL; LA CONVENCION DE SINGAPUR <i>James Otis Rodner S.</i>	2445
---	------

DERECHO CONSTITUCIONAL

LA JURISDICCION CONSTITUCIONAL Y LA TRANSICION A LA DEMOCRACIA <i>Jesús María Casal</i>	2471
--	------

LA CLÁUSULA DEL ESTADO DE DERECHO A LA LUZ DE LA CONSTITUCIÓN DE 1999 <i>Margarita Escudero León</i>	2515
LA IMPOSICIÓN POR VÍAS DE HECHO DE UN INCONSTITUCIONAL MODELO DE ECONOMÍA SOCIALISTA EN VENEZUELA <i>María Amparo Grau</i>	2551
EL ABUSO DE LA HABILITACIÓN LEGISLATIVA PRESIDENCIAL COMO HERRAMIENTA ABSOLUTISTA <i>Juan M. Raffalli A.</i>	2571

DERECHO LABORAL

SISTEMA NORMATIVO DE LA OIT Y DERECHO LABORAL IBEROAMERICANO <i>Humberto Villasmil Prieto y César Augusto Carballo Mena</i>	2601
LOS TRABAJADORES DE DIRECCIÓN <i>Victorino Márquez Ferrer</i>	2643

TEMAS VARIOS

LA UNIFORMIDAD DEL DERECHO MARÍTIMO. LA LABOR REALIZADA POR EL COMITÉ MARÍTIMO INTERNACIONAL (CMI), EL INSTITUTO IBEROAMERICANO DE DERECHO MARÍTIMO (IIDM) Y LA ASOCIACIÓN VENEZOLANA DE DERECHO MARÍTIMO (AVDM) (CMV) <i>Luis Cova Arria</i>	2683
LA PLANIFICACIÓN ESTRATÉGICA COMO ELEMENTO DE LA PRÁCTICA JURÍDICA <i>Andrés Felipe Guevara Basurco</i>	2701
ALCANCE Y CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS CULTURALES. LOS DERECHOS HUMANOS CULTURALES Y SU INTERDEPENDENCIA <i>Alberto Blanco-Uribe Quintero</i>	2713

**DERECHO FINANCIERO Y
TRIBUTARIO
(FIN)**

EL COBRO EJECUTIVO TRIBUTARIO EN EL ÁMBITO ELECTRÓNICO

*Rodrigo Rivera Morales**

SUMARIO

Introducción. I. Marco Conceptual. 1.1. Procedimiento de intimación. 1.2. Intimación y cobro ejecutivo electrónico. 1.2.1. Generalidades. 1.2.2. Derechos y garantías en los procedimientos digitales. 1.2.3. Procedimiento digital de cobro ejecutivo.

Introducción

Klaus Schwab en su libro “La cuarta revolución industrial” expresa “De la multitud de diversos y fascinantes retos de hoy en día, lo más intenso e importante es cómo entender y dar forma a la nueva revolución tecnológica, que supone nada menos que una transformación de la humanidad. Nos encontramos al principio de una revolución que está cambiando de manera fundamental la forma de vivir, trabajar y relacionarnos unos con otros. En su escala, alcance y complejidad, lo que considero la cuarta revolución industrial no se parece a nada que la humanidad haya experimentado antes”.¹

La constante aparición de innovaciones científicas y tecnológicas es una de las manifestaciones más evidentes de la evolución de la sociedad en la que vivimos. El hombre, al doblar el siglo XXI, tiene necesariamente que convivir con el incontenible avance de la informática y las telecomunicaciones.

* Doctor en Derecho Constitucional y Derecho Procesal. Profesor Titular de la Universidad Católica del Táchira. Profesor invitado de diversas universidades Iberoamericanas. Autor de varias obras jurídicas publicadas en Alemania, España, México, Colombia y Venezuela. Miembro Colaborador Especial de la Academia de Ciencias Sociales y Políticas. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derechos Procesal. Miembro de la Asociación Internacional de Derecho Procesal. Miembro de grupo de investigación Iudicium-USAL.

¹ Klaus Schwab, *La cuarta revolución industrial*, Foro Económico Mundial, Penguin Random House Grupo Editorial, S. A. U., Barcelona, 2016, p. 9.

Las tecnologías digitales que en su centro poseen hardware para computación, software y redes no es algo totalmente nuevo, pero, a diferencia de la tercera revolución industrial, las tecnologías digitales son cada vez más complejas, perfeccionadas e integradas y están generando profundas transformaciones a las sociedades y la economía mundial.

Las tecnologías de la información y comunicación (TIC) en el contexto de la globalización son fundamentales para mantenernos interconectados en la llamada sociedad de la información. Estas atraviesan todas las esferas de nuestras vidas, desde el ámbito político hasta el cultural. En las instituciones jurídicas el objetivo primordial es fortalecer el sistema de impartición de justicia con el uso de los medios electrónicos, siempre garantizando la seguridad jurídica.

La aplicación de las nuevas tecnologías de una forma generalizada en la sociedad está provocando cambios muy agudos en el derecho². La actitud del mundo jurídico, en la comunidad jurídica, ante el progreso tecnológico es dispar. La doctrina procesalista vive con intensidad el fenómeno, envuelta a veces en polémicas conceptuales que no son nada más que visiones parciales de un mismo sistema global. La jurisprudencia se decanta, en alguna ocasión por acusar al legislador de despreocupado por no cambiar las leyes dando cabida a estos avances sociales, y otras veces por dictar resoluciones apegadas a conceptos clásicos o tradicionales que vetan el armónico desarrollo de la Administración de Justicia.³ El resto de los operadores jurídicos interesados en la materia piden la introducción, paulatina y prudente, de la informática en la Justicia.

La evolución de la Justicia del siglo XXI pasa inexorablemente por su digitalización. La Justicia, como elemento que integra la cultura, la sociedad, la convivencia, las relaciones sociales, humanas y profesionales, no puede ser ajena a la realidad para la que se aplica. La sociedad lo reclama y el derecho lo necesita, una justicia abierta y digital es imprescindible, y las reformas legales, ya sean estructurales o puntuales deben apostar por ello firmemente⁴.

² José María Álvarez-Cienfuegos Suarez “La modernización de la Justicia y la aplicación de las nuevas tecnologías”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, No. 503, 11 de octubre, Madrid, 2001, p. 2.

³ Jurisprudencia España, Tribunal Supremo (STS), Sala 1ª, sentencia del 30 de noviembre de 1992 “tanto hacen necesario, un previo desarrollo legislativo, en la posible responsabilidad derivada de actos de aplicación de las Leyes, que hasta ahora cuenta únicamente con el enunciado genérico del artículo 9.3 del texto constitucional, la necesidad de un previo desarrollo legislativo determine en qué casos procede y qué requisitos son exigibles parece más indispensable en este caso, por faltar cualquier antecedente histórico regulación que posibilite una decisión sobre tales cuestiones, razón suficiente para la desestimación del recurso.”

⁴ Fernando Martín Diz, «Justicia digital post-covid19: el desafío de las soluciones extrajudiciales electrónicas de litigios y la inteligencia artificial», 2020. Disponible en: <https://orcid.org/0000-0002-9288-8204>

Las Nuevas Tecnologías revolucionaron décadas atrás las formas de relación de los seres humanos. Internet, los smartphones, las aplicaciones móviles... son realidades tangibles que nos facilitan el día a día y nos permiten obtener soluciones a nuestros problemas domésticos con inmediatez y mayor eficiencia. Sin embargo, la transición social hacia lo digital ha presentado distintas velocidades, y no sólo en el marco puramente ciudadano, sino también en el de los poderes públicos. Muestra de lo anterior es el progreso tecnológico de algunas Administraciones Públicas paradigmáticas de la vanguardia electrónica (Agencia Tributaria) correlativo al estancamiento de otras (Justicia). Esta «doble velocidad» ha evidenciado durante la crisis provocada por el coronavirus SARS-CoV-2 los graves defectos estructurales de una Administración de Justicia que sigue sin tomar conciencia colectiva de la necesidad de su inexorable transición hacia una digitalización plena y eficaz.

La informática ha introducido la posibilidad de interacción audiovisual a través de la máquina con otras personas o con la realidad. Esta interacción, también, ha permitido la generación de escenarios de ciencia ficción, denominados realidad virtual, que hoy día se aplican en muchos campos. A través de las TIC en la impartición de justicia y trámites administrativos, se puede mejorar la gestión y desempeño del sistema judicial, desde el vínculo con la sociedad civil hasta la organización material y trámites; mejorando el acceso a la justicia de manera pronta y expedita.

En el campo tributario a nivel de la administración hay experiencias de empleo de las formas electrónicas en casi la mayoría de países, en algunos se ha avanzado hacia la digitalización del procedimiento tributario administrativo y del judicial.

En este artículo, en homenaje al académico jurista Humberto Romero-Muci, he tenido la pretensión de plantear el tema del proceso ejecutivo tributario electrónico, en razón de unos comentarios de implantarlo en Venezuela, según aprecié en forma improvisada. Es de mi parte un osado atrevimiento tocar el tema en el ámbito tributario, pues se trata de homenajear a una persona de docta y de reconocidos conocimientos en el campo tributario. En su cualificada carrera profesional y académica ha dado innumerables y valiosos aportes para la interpretación y aplicación de la legislación tributaria. Estoy consciente que las opiniones y criterio emitidos por Humberto Romero-Muci en el campo tributario han sido acogidos por la doctrina y jurisprudencia nacional. De manera, que pido disculpas por mi osadía al distinguido homenajeadado, obviamente, también, a los lectores de este artículo.

1. Marco Conceptual

De acuerdo con la definición realizada por Villegas⁵, la ciencia del Derecho Tributario, es la ciencia jurídica que se ocupa del estudio del conjunto de normas que regulan las obligaciones jurídicas tributarias. Investiga y analiza cuáles son sus elementos estructurales y enuncia los principios que le sustentan, integrando las instituciones tributarias y sus principios en el marco de una teoría general del derecho. Este otro no puede ser de otro modo si se tiene en cuenta que las ciencias no tienen comportamientos independientes, desconectados entre sí. La ciencia jurídica reconoce, en cada uno de los ordenamientos jurídicos que analiza, principios e instituciones de carácter general que confieren unidad a cada uno de dichos ordenamientos y permiten su sistematización.

En la Constitución venezolana, al igual, en otras, por ejemplo: España, Colombia, Perú, Ecuador, México, está configurado un modelo procesal (arts. 26, 49 y 253), obviamente, determinado por los principios y valores constitucionales. En este sentido, ese modelo y esos principios y valores condicionan al legislador (art. 7) en el desarrollo normativo de los diferentes procesos y procedimientos.

No hay duda que el derecho tributario tiene una complejidad, pues el tributo está en los deberes de los ciudadanos, el cumplimiento de ese deber es coactivo, en cuanto si no se cumple voluntariamente, el Estado puede instrumentar los medios legales para obtener su cumplimiento. Estos no se ejercen arbitrariamente, están supeditados el respeto y resguardo de los derechos y garantías constitucionales. Así pues, la ciencia del derecho tributario analiza el sistema normativo tributario, formula sus principios e instituciones y enuncia los elementos axiológicos que lo nutren⁶. Por ello, se entiende que también se encuentran comprendidos en dicho sistema normativo los procedimientos y procesos tributarios: Nuestra pretensión es asomarnos a un sistema digital de estos procedimientos y procesos, y tratar el procedimiento tributario ejecutivo bajo formas electrónicas.

En la doctrina tributaria⁷ refiriéndose a la regulación de los procedimientos y procesos, distinguen el derecho procedimental y procesal tributario; el primero, como el conjunto de normas procedimentales dentro del ámbito administrativo, y el segundo, como el conjunto de normas que regulan la actividad jurisdiccional, cuyo objeto es dirimir las diversas clases de controversias que se relacionan con la materia tributaria a nivel judicial y constitucional, de acuerdo con las pretensiones de los actores y las vías procesales correspondientes.

⁵ Héctor B. Villegas, *Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2002, p. 28.

⁶ Jorge Héctor Damargo, *Tratado de Tributación*, Tomo I, Derecho tributario, Vol. 1, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2003, pp. 53 y 54.

⁷ *Ibidem*, p. 68.

Realizando una clasificación general de los procedimientos tributarios podemos señalar: 1. Procedimiento no contencioso tributario 2. Procedimiento contencioso tributario 3. Procedimiento de cobranza coactiva. Trabajaremos este último conforme al Código Orgánico Tributario⁸, específicamente, el procedimiento de intimación y el cobro ejecutivo.

Se trata de procedimientos de potestad de la administración tributaria. En estos se manifiesta la obstinada tensión entre Administración pública y Justicia, entre potestades administrativas y garantías judiciales, precisamente, se presenta con sorprendente fuerza en el ámbito de la ejecución forzosa administrativa. Ciertamente, la *autotutela* o *autodefensa ejecutiva* de la Administración, en la que se concreta la liberación de la carga de solicitar a los Tribunales la ejecución de sus propias decisiones, otorgándose facultad para realizarla ella misma⁹, en nuestro ordenamiento referente a la ejecución de los actos administrativos, en el artículo 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo se establece (norma en correspondencia con el artículo 78 y 80 LOPA)¹⁰, “La ejecución forzosa de los actos administrativos será realizada de oficio por la propia administración salvo que por expresa disposición legal deba ser encomendada a la autoridad judicial”, a mi juicio constituye una verdadera cláusula general de habilitación a la Administración para la ejecución forzosa de sus actos, con una formulación muy amplia¹¹. En mi opinión hemos copiado la ejecución forzosa de la administración del sistema español. Trataremos de examinar, separadamente, cada uno de estos procedimientos, con la advertencia que será muy breve, señalando algunas observaciones, pues el interés en este artículo es examinar su posible implementación electrónica.

⁸ Venezuela. Decreto Constituyente mediante el cual dicta el Código Orgánico Tributario, publicado en Gaceta Oficial N° 6.507 Extraordinario.

⁹ E. García de Enterría y T. R. Fernández Rodríguez, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, Cívitas, Madrid, 1983, p. 479.

¹⁰ LOPA. “Artículo 78. Ningún órgano de la administración podrá realizar actos materiales que menoscaben o perturben el ejercicio de los derechos de los particulares, sin que previamente haya sido dictada la decisión que sirva de fundamento a tales actos”. “Artículo 79. La ejecución forzosa de los actos administrativos será realizada de oficio por la propia administración salvo que por expresa disposición legal deba ser encomendada a la autoridad judicial”. “Artículo 80. La ejecución forzosa de actos por la administración se llevará a cabo conforme a las normas siguientes: 1. Cuando se trate de actos susceptibles de ejecución indirecta con respecto al obligado, se procederá a la ejecución, bien por la administración o por la persona que ésta designe, a costa del obligado”.

¹¹ En la Ley de Procedimientos administrativos de España existe una norma más o menos similar.

1.1. Procedimiento de intimación

En Venezuela tenemos el procedimiento de intimación en el Código Procesal Civil, definido en el artículo 640.

El Procedimiento de Intimación tiene su origen en el denominado Proceso Monitorio o *Ingiunzione* y llamado en el proceso común *mandatum de solvendo cum cláusula justificativa*¹². Dicho procedimiento arrancó desde el derecho medieval para determinados créditos, aunque no resultaren de documentos, en el cual, sin juicio contra el deudor, se obtenía del Juez la orden de prestación y notificación al deudor; la orden era acompañada y justificada por la cláusula de que, si el deudor quisiese hacer valer excepciones, pudiese formular oposición dentro de cierto término¹³. La oposición privaba de todo efecto a este *mandatum o praeceptum de solvendo (praeceptum executivu sine causae cognitione)* e iniciaba un juicio ordinario¹⁴.

Los diversos autores coinciden en señalar que se trata de un proceso cognitivo abreviado que tiene como finalidad esencial preparar un título ejecutivo. Chiovenda lo define como “una acción sumaria que constituye una declaración de certeza con predominante función ejecutiva”¹⁵. Para Calamandrei es “un procedimiento especial destinado a la construcción del título ejecutivo”¹⁶. De estas definiciones se puede decir que es un procedimiento de cognición y no de ejecución, aun cuando la finalidad última sea conseguir un título ejecutivo.

Una primera modalidad en la que pretende concretarse el equilibrio entre rapidez y garantías se refiere a los supuestos en que es previsible la inexistencia de resistencia ante la pretensión formulada, lo cual justifica alteraciones procedimentales dirigidas a obtener de manera acelerada un título que permita abrir la ejecución¹⁷.

¹² En Alemania es conocido como *Mahnerfahren*; en Austria como *Mandatsverfahren* y en algunos cantones de Suiza como; en U.S.A. se llama *monitory or giving notice*.

¹³ Rodrigo Rivera Morales, *Los juicios ejecutivos*, Distribuidora Jurídica Santana, San Cristóbal, 2000, p. 90.

¹⁴ Guiseppe Chiovenda, *Principios de Derecho Civil*. Tomo I, Editorial Reus, Madrid, 1977, p. 267.

¹⁵ *Ibidem*, p. 268.

¹⁶ P. Calamandrei, *Estudios sobre el Proceso Civil*, EJE, Tomo III, Buenos Aires 1968, p. 118.

¹⁷ En este sentido J.P. Correa Delcasso, *El proceso monitorio de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid-Barcelona, 2000, p. 38, señala “...como principal aspecto básico, el proceso monitorio es un procedimiento que tiende a la rápida creación de un título ejecutivo con plenos efectos de cosa juzgada en aquellos casos que determina la ley, esto es, en aquellos casos en los que el legislador estima que el carácter aparentemente incontrovertido de la deuda reclamada por el acreedor hace

El apoyo de buena parte de la doctrina procesalista española a la implantación de lo que algunos autores han denominado *técnica monitoria*¹⁸ y la experiencia positiva de la mayor parte de países del entorno europeo han hecho recaer grandes expectativas en el proceso monitorio. Ciertamente, algunos de los estudiosos de este proceso en el Derecho comparado nos han enseñado que, salvo en Bélgica, donde la regulación es más formalista y compleja, en muchos otros países gran parte de la litigiosidad civil se encauza a través de este tipo de procesos¹⁹.

De forma esquemática y simple podríamos decir que en ellos, con todas las matizaciones y particularidades que se quiera, la estructura general vendría a ser la siguiente: ante una solicitud del deudor, ordinariamente documentada, el órgano competente –no siempre judicial- aprecia la verosimilitud de la deuda –y en ocasiones, ni eso- y, en su caso, emite un mandato de pago dirigido al deudor, el cual es colocado en la posición de pagar u oponerse, o, en caso de no pagar ni se oponerse, se crea un título de ejecución que permitirá el cumplimiento coactivo de la prestación.

En sustancia, se ha señalado que el proceso monitorio se caracteriza por dos notas bastantes simples: la finalidad específicamente perseguida y la alteración procedimental producida. La primera de ellas hace referencia a la rápida creación de un título de ejecución respecto a una pretensión normalmente dineraria –aunque no en todos los ordenamientos se limita a este tipo de prestaciones-. Y la segunda alude a la inversión de la iniciativa del contradictorio, es decir, el deudor no es llamado a contestar sin más ante la solicitud presentada por el acreedor, sino que ante la verosimilitud de la afirmación del acreedor o de la buena apariencia jurídica de la deuda documentada que éste presenta, el órgano competente se limita a emitir un mandato de pago dirigido al deudor, el cual, una vez requerido, puede optar por defenderse sin detrimento de los principios de audiencia y contradicción.

presumir que la resolución dictada *inaudita parte* por el órgano jurisdiccional no será contestada por el deudor”. Pueden verse datos esclarecedores en el documento del CENTRE NATIONAL DE LA RECHERCHE SCIENTIFIQUE (INSTITUTIONS ET DYNAMIQUE DE L'ÉCONOMIE) ENS-CACHAN, *Des procédures de traitement judiciaire des demandes de faible importance ou non contestées dans les droits des États-Membres de l'Union Européenne*, Cachan, 2001, especialmente pp. 32-33.

¹⁸ Vid. A.M. Lorca Navarrete, *El procedimiento monitorio civil*, San Sebastián, 1988. De manera más actualizada, del mismo autor *El proceso monitorio regulado en la Ley de Enjuiciamiento Civil con particular referencia al proceso monitorio en materia de propiedad horizontal*, Madrid, 2000. También J. López Sánchez, *El proceso monitorio*, Madrid, 2000, p. 52.

¹⁹ Vid. la muy interesante exposición de J.P. Correa Delcasso, *El proceso monitorio*, Barcelona, 1998, con especial consideración de la *procédure d'injonction de payer* francés, el procedimiento *d'ingiunzione* italiano y el *Manverfahren* alemán, con sus respectivas fases de oposición.

En el derecho comparado el procedimiento de intimación, o de inyucción o monitorio²⁰ está dirigido a la creación de un título ejecutivo, mediante el mandamiento de pago, si contra quien se intima no hace oposición.

En el Código Orgánico Tributario 2020²¹, dictado por la Asamblea Constituyente²² se establece el procedimiento de intimación tributario en el artículo 222, colocándolo como antesala del cobro ejecutivo, en el COT 2014 lo había establecido en el artículo 291 dentro de la regulación del cobro ejecutivo. En realidad, lo establecido como intimación no es el característico proceso monitorio o de intimación cuya finalidad es constituir un título ejecutivo, es simplemente, una conminación de apremio para el pago, pues, en el artículo 224 *eiusdem* se califica la intimación desde su nacimiento como título ejecutivo, así: “La intimación efectuada constituye título ejecutivo...”. En nuestro entender, en realidad, no es propiamente un procedimiento monitorio en sentido estricto, sino que constituye la expedición, por parte del órgano competente, de un título ejecutivo (equivalente a la providencia de apremio de España) en el que consta la existencia de la deuda tributaria y su carácter apremiable, el cual lleva aparejada la ejecución.

Esta asunción por el ilegítimo constituyente lo que hace es completar su diseño de auto tutela administrativa que había configurado en el COT 2014, con el procedimiento ejecutivo, lo que refleja a irreductible tensión entre Administración pública y Justicia, entre potestades administrativas y garantías judiciales, se presenta con singular vigor en el ámbito de la ejecución forzosa administrativa. Con justa razón y solidez argumentativa había indicado Romero-Muci²³, al advertir que “la reforma del Código Orgánico Tributario de 2014 se ha desjudicializado el poder cautelar general y la fase de ejecución de sentencias, y también lo desjurisdiccionaliza, pues esas instituciones se pasan a la misma Administración tributaria activa y contraparte, con la que se encuentre trabado el litigio, o incluso antes del juicio, al margen del juicio o luego del mismo”.

En forma enfática Fraga Pittaluga expresa “No cabe la menor duda que la transformación del proceso ejecutivo fiscal que existió hasta la reforma del

²⁰ Italia, art. 693 CPC; España, arts. 812 al 818 LEC; Colombia, arts. 419 al 421.

²¹ Venezuela. Decreto constituyente mediante el cual dicta el Código Orgánico Tributario, publicado en Gaceta Oficial, N° 6.507 Extraordinario, del 29 de enero de 2020.

²² Organismo que fue desconocido por ser de origen en su convocatoria inconstitucional, además, no ser materia para la que fue convocado ese ente, estando vigente la Asamblea Nacional de carácter legítimo. No obstante, la actual situación de poder hace lo que le parece a su conveniencia y asume la legalidad a su manera, pues, ha sido destruido el Estado de derecho constitucional.

²³ Humberto Romero-Muci, «(In)moralidad tributaria en Venezuela. Entre la distopía y la anomia social». en *Revista de Derecho Público*, No. 153-154., Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2018, p. 108.

Código Orgánico Tributario de 2014, en un procedimiento administrativo de cobro ejecutivo, es una lamentable involución tanto para los derechos y garantías de los sujetos pasivos de la imposición, como desde la perspectiva de la ejecución de los actos de la Administración Tributaria²⁴, por otra parte manifiesta el autor *in comento* que la administración tributaria demostró “no contar ni con la capacidad, ni con la experiencia, ni con los medios adecuados para cumplir satisfactoriamente esta tarea, que los tribunales civiles en su momento y luego los contenciosos tributarios, ejecutaban perfectamente bien”.

Es decir, se ha consagrado en el COT 2014 y su reforma 2020, *la autotutela o autodefensa ejecutiva* de la Administración, por la que ésta se halla exenta de la carga de solicitar a los Tribunales la ejecución de sus propias decisiones (determinación tributaria), pudiendo llevarla a cabo ella misma; esta norma constituye una habilitación a la administración tributaria para la ejecución forzosa, con una formulación tan amplia, que no tiene fácil parangón en otros ordenamientos jurídicos extranjeros, pues, en España, del cual se copió el legislador venezolano y el ilegítimo constituyente, admite varias excepciones y lo que determine la ley.

Añade el autor Romero-Muci que, como consecuencia de esta agazapada e inconsistente reforma, el Fisco comete una auténtica vía de hecho toda vez que ahora es competente para iniciar, impulsar y resolver todas las incidencias del cobro ejecutivo, pudiendo también embargar bienes y derechos del deudor sin estar obligado a notificar las actas respectivas, constituirse en depositario de los bienes y ordenar el remate de los bienes embargados que, de no cubrir el monto adeudado, podrá ordenar embargos complementarios hasta cubrir la totalidad de la deuda.

De verdad, conceptualmente no combato las prerrogativas de autotutela ejecutiva que legalmente se pueda establecer en favor de la administración tributaria y pueda ejecutar sus decisiones firmes sobre deudas tributarias, pues, normalmente, la ley tributaria señala un período para el ingreso o pago voluntario. Esto en un auténtico estado de constitucional de derecho, respetuoso de las garantías y derechos de los ciudadanos sería inobjetable, pero en una realidad como la venezolana, en la cual el funcionario público es un *déspota público*, que no entiende que es un servidor público, que interpreta la ley y la aplica a su acomodo, constituye una vía para el sometimiento del ciudadano, un mecanismo para persecución y de confiscación de bienes.

²⁴ Luis Fraga Pittaluga, *La defensa del contribuyente*, Colección Estudios N° 130, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Ed. Editorial Jurídica Venezolana International, Caracas, pp. 737-738.

Señala Aponte²⁵, criterio que compartimos, “En un país en el que el Estado de Derecho está ausente o en franca retirada, la ejecutividad y la ejecutoriedad representan un ingente problema a la hora de limitar la acción de la Administración, por cuanto, pese a que esta tiene el poder atribuido legalmente de ejecutar por sí mismo sus actos, la imposibilidad práctica de determinar que materias y derechos entran dentro de tal espectro, sin que se requiera la intervención del Poder Judicial, constituye una patente de corso para poder limitar sin controles derechos y libertades individuales”.

A manera de orientación creo conveniente señalar que en reiteradas sentencias del Tribunal Constitucional español ha dicho, así, por ejemplo, en Sentencia Constitucional 22/1984, de 17 de febrero, que “la regla del respeto de los derechos fundamentales del artículo 108 de la LPA, anterior a la Constitución, debe generalizarse a todos los casos de ejecución forzosa por la Administración, con mayor motivo después de la entrada en vigor de la Constitución”.

Formulo esta pregunta: ¿En Venezuela, cuyo régimen, ha sido denunciado internacionalmente de violar sistemáticamente los derechos humanos y que el poder judicial hace caso omiso a esas violaciones, la administración tributaria respetaría los derechos y garantías fundamentales?

Otro aspecto que hay tomar en cuenta, señalado por la doctrina es la aplicación del principio de proporcionalidad. Es indudablemente el principio con más frecuencia señalado por la doctrina para orientar la utilización de la doctrina para orientar la utilización de la coacción administrativa.

Hace referencia a la proporción o adecuación que debe existir entre el medio de ejecución que ha de utilizarse y el fin que se quiere conseguir o, como define Sainz Moreno, “la proporción entre la gravedad de la resistencia opuesta y la índole de la medida que se adopta, teniendo en cuenta la trascendencia del acto que se ejecuta”²⁶. Igualmente, pregunto ¿Está internalizado en la administración tributaria la conciencia de la aplicación del principio de proporcionalidad?

Finalmente, sobre este epígrafe, debo acotar, que un *procedimiento de apremio* de la administración tributaria es viable en un auténtico estado de derecho, en la cual exista independencia de poderes, no haya sumisión²⁷, y sea

²⁵ Jesús E. Aponte A., «El cobro ejecutivo en el Código Orgánico Tributario de Venezuela. El claro ejemplo de un sistema fiscal agresivo», *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, N.º 14, 2020, pp. 201-226.

²⁶ F. Sainz Moreno, «Sobre la ejecución en línea directa de continuación del acto y otros principios de la coacción administrativa», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 13, 1977, pp. 324 y ss.

²⁷ Humberto Romero-Muci, «(In)moralidad tributaria en Venezuela. Entre la distopía y la anomía social», *ob. cit.* Contribución a la ponencia presentada en el Encuentro Iberoamericano de Academias de Ciencias Morales y Políticas “Desafíos de la

efectivamente controlables, por vía judicial, los actos de la administración y que los funcionarios tengan internalizado su carácter de servidores públicos y sea respetuosos de las garantías y derechos de los ciudadanos.

1.2. Intimación y cobro ejecutivo electrónico

1.2.1. Generalidades

El contexto de la sociedad de la información el uso de las Tecnologías de la Información y Comunicación (TIC) son fundamentales para la interrelación humana en diversos campos, entre ellos, con la administración pública y el sistema de impartición de justicia. Las TIC's en el contexto de la globalización son fundamentales para mantenernos interconectados en la llamada sociedad de la información. Estas atraviesan todas las esferas de nuestras vidas, desde el ámbito político hasta el cultural. En las instituciones jurídicas el objetivo primordial es fortalecer el sistema de impartición de justicia con el uso de los medios electrónicos, siempre garantizando la seguridad jurídica. Con la administración el objetivo es vigorizar las relaciones con los ciudadanos en el marco del respeto de los derechos y garantías, evitando la arbitrariedad.

Una sociedad de la información, inexcusablemente demanda una Administración capaz de asumir cambios que posibiliten la evolución del concepto tradicional de Administración hasta el concepto de e-Administración, y por tanto, las TIC's concebidas en origen como herramientas que facilitasen la evolución de los procesos tradicionales, deben convertirse, en el soporte de cualquier forma de planificación, diseño y ejecución de toda política pública, de manera más eficaz y eficiente.

En este sentido la Administración Central debe realizar un esfuerzo por conseguir tal finalidad, lo que supone debe asumir la responsabilidad de garantizar la interconexión e interoperabilidad entre los distintos agentes públicos, sin sustraerse el concepto de seguridad en dichas relaciones, toda vez que su quebrantamiento involucraría vicios no subsanables en la diligencia de cualquier procedimiento administrativo.

En los países que han adelantado esos cambios, el legislador se ha visto comprometido a preocuparse sobre los derechos de los ciudadanos en sus relaciones con la Administración, debiendo ser dicha tarea, aún más exhaustiva, para el caso de la tramitación de procedimientos tributarios, dada la especial posición (privilegios) de la Administración tributaria respecto al contribuyente.

democracia en el siglo XXI: Fortalezas y riesgos políticos, económicos, sociales, culturales e internacionales”, (Mesa de Ciencias Sociales y Económicas), patrocinado por la Academia de Ciencias Morales y Políticas de la República Argentina, Buenos Aires D.F., Argentina, junio de 2018, “En la Venezuela de hoy vivimos una radical ruptura del orden constitucional que ha destruido el Estado de Derecho y acabado con la institucionalidad democrática”, p. 19.

En Venezuela no podemos señalar esa preocupación, es más, conforme Romero Muci²⁸ se ha dado una regresión institucional, criterio que compartimos.

En los países que ha ido incorporando las nuevas tecnologías el primer problema que afrontan es *interoperabilidad*, pues debe brindar seguridad, acceso y preservación de los derechos de los ciudadanos. En España, por ejemplo, la regulación de Interoperabilidad se establece en el apartado 1 del artículo 42 de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos. Su finalidad es la creación de las condiciones necesarias para garantizar el adecuado nivel de interoperabilidad técnica, semántica y organizativa de los sistemas y aplicaciones empleados por las Administraciones Públicas, que permitan el ejercicio de derechos y el cumplimiento de deberes a través del acceso electrónico a los servicios públicos, a la vez que redundan en beneficio de la eficacia y la eficiencia.

El Real Decreto 4/2010, de 8 de enero, por el que se regula el Esquema Nacional de Interoperabilidad en el ámbito de la Administración Electrónica establece, en su disposición adicional primera, el desarrollo de la serie de Normas Técnicas de Interoperabilidad que son de obligado cumplimiento por parte de las Administraciones públicas. Obviamente, en su ámbito tributario, en el cual hay en juego derechos y deberes, con mayor razón debe establecerse con claridad un sistema de *interoperabilidad*.

Las Normas Técnicas de Interoperabilidad desarrollan aspectos concretos de diversas cuestiones, tales como: documento electrónico, digitalización, expediente electrónico, copiado auténtico y conversión, política de firma, estándares, intermediación de datos, modelos de datos, gestión de documentos electrónicos, conexión a la red de comunicaciones de las Administraciones públicas españolas, modelo de datos para el intercambio de asientos registrales y declaración de conformidad; todos ellos necesarios para asegurar los aspectos más prácticos y operativos de la interoperabilidad entre las Administraciones públicas y con el ciudadano. Estas Normas Técnicas de Interoperabilidad deben desarrollarse y perfeccionarse a lo largo del tiempo, en paralelo al progreso de los servicios de Administración Electrónica, de las infraestructuras que los apoyan y de la evolución tecnológica.

Hacemos el llamado de atención que dentro de este conjunto de Normas Técnicas de Interoperabilidad, se establecen normas relativas al documento electrónico, al expediente electrónico, a la digitalización de documentos en

²⁸ “Es tan perturbadora la marcha atrás de los derechos fundamentales de la tributación que se introdujeron en el ordenamiento tributario toda suerte de modificaciones legislativas en desmedro de la igualdad posicional de los sujetos de la relación tributaria degradándola de una relación de derecho a una relación de poder, la más de las veces una permanente vía de hecho. Ello significó el irrespeto más desafiante de los derechos (humanos y constitucionales) de nuestra historia contemporánea”. Humberto Romero-Muci, prólogo a la obra *La defensa del contribuyente*, de Luis Fraga-Pittaluga, *ob. cit.*, p. 14.

soporte papel, a los procedimientos de copiado auténtico y conversión y a la política de gestión de documentos electrónicos responden a lo previsto en el citado Real Decreto 4/2010, de 8 de enero, sobre interoperabilidad, recuperación y conservación del documento electrónico, a la luz de la necesidad de garantizar todos estos aspectos para el documento electrónico a lo largo del tiempo.

Nuestro primer gran interrogante es ¿Hay una regulación adecuada en Venezuela que contemple estos aspectos e interoperabilidad? Un segundo interrogante es relativo ¿La infraestructura eléctrica y los sistemas de servicio digital garantizan a los ciudadanos su acceso y su operabilidad?

A manera de comentario, en informes sobre la realidad social de Venezuela (UCAB- FMI y lagunas ONG) indican que existe una profunda desigualdad en la sociedad venezolana. Entre algunos indicadores se señala que existe una brecha significativa del acceso a internet, computadoras y televisión en grandes capas de la población. Lo cual implica que el acceso a la tecnología es un tema pendiente en el país, por tanto, hay que hacer esfuerzos para potencializar para eliminar la brecha digital.

Escribe, contundentemente, con justa razón, Luis Fraga Pittaluga “Venezuela no es, para nuestro infortunio, un país preparado para la virtualización de los procesos judiciales, porque a pesar de haber sido una potencia eléctrica en Latinoamérica, veinte años de desastrosos, corrupción pública y privada y falta de inversión, nos han dejado sin un servicio confiable de generación, distribución y suministro de electricidad”²⁹. Súmese a esto las innumerables fallas en el campo de las telecomunicaciones y a permanente inestabilidad del servicio de internet, y la ausencia de modernización en las redes. Expresa Fraga Pittaluga que nuestra situación en ese campo “es comparable a la de los países más atrasados y paupérrimos del mundo”.

Debemos recordar que en la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo³⁰ establece en el artículo 1º que el derecho al desarrollo es un derecho humano inalienable en virtud del cual todo ser humano y todos los pueblos están facultados para participar en un desarrollo económico, social, cultural y político en el que puedan realizarse plenamente todos los derechos humanos y libertades fundamentales, a contribuir a ese desarrollo y a disfrutar de él.

1.2.2. Derechos y garantías en los procedimientos digitales

Venezuela en la Constitución se autodefine como un Estado Social de Derecho, regido por valores, principios y normas establecidas en la Constitución, normas que organizan la función pública y sus órganos, así mismo, se establecen los lineamientos para el ejercicio de la actividad financiera e incluyen el poder

²⁹ Luis Fraga Pittaluga, *ob. cit.*, p. 865.

³⁰ Declaración sobre el derecho al desarrollo, Organización de las Naciones Unidas, disponible en: <http://www.un.org/es/events/righttodevelopment/declaration.shtml>.

fiscal de la Nación y de las entidades territoriales, cuyo objetivo es regular los ingresos, el gasto público, la facultad de imponer tributos y recaudarlos, y cumplir así con los objetivos que la Constitución le traza. La imposición de tributos solo puede hacerse mediante una ley que determine (art. 315 constitucional³¹), de manera abstracta, las actividades que se someten al régimen impositivo, las tarifas que operan y la periodicidad con que deberán pagarse. El recaudo, por su parte, se realiza voluntaria o impositivamente. El poder tributario comporta el de fiscalización sobre las declaraciones y la autoliquidación que realizan los contribuyentes.

En la Constitución existe un sistema de derechos y garantías reconocidos que obliga al poder público y a los ciudadanos, ella en sí misma manifiesta su supremacía (art. 7) y declara la nulidad de los actos del poder público que sean contrarios a la Constitución. En cuanto al proceso, cualquiera sea su naturaleza, garantiza al debido proceso (art. 49 constitucional).

En todas las etapas de cualquier procedimiento, rige el debido proceso, que la Constitución establece como derecho fundamental de las personas, frente a las actuaciones judiciales y administrativas (e incluso en procedimientos privados) y que aplica al poder fiscal y tributario del Estado que deberá seguir las normas constitucionales pues son el límite a sus actuaciones.

El principio constitucional del debido proceso en materia tributaria significa que este debe realizarse de conformidad con las normas existentes al momento de ocurrir el proceso, ante el funcionario competente y bajo el estricto cumplimiento de todas las formalidades que la propia ley establece y se aplica a todas las investigaciones adelantadas por las autoridades tributarias.

El procedimiento tributario, al garantizar el debido proceso, brinda el derecho de defensa de los contribuyentes u obligados a cumplir las obligaciones tributarias. Para tal efecto, ha de otorgar la posibilidad de controvertir todos los actos administrativos, sean definitivos o de trámite, llámense requerimientos especiales o liquidaciones oficiales, pliegos de cargos o resoluciones. Además, los contribuyentes pueden aportar pruebas, solicitar revisiones especiales e inspecciones contables o tributarias para aclarar los hechos en la oportunidad y dentro del término debido³².

Ahora bien, establecer la forma digital en procedimiento tributarios ejecutivos implica varios aspectos, a saber: 1. Como se trata de un procedimiento

³¹ CRBV, artículo 315: “No podrá cobrarse impuesto, tasa, ni contribución alguna que no estén establecidos en la ley, ni concederse exenciones y rebajas, ni otras formas de incentivos fiscales, sino en los casos previstos por las leyes. Ningún tributo puede tener efecto confiscatorio. (...)”.

³² Javier Andrés Galvis Arteaga, “El debido proceso en materia tributaria frente al régimen de responsabilidad objetiva”, *Revista de Derecho Fiscal*, n° 14, enero-junio de 2019, pp. 124-125.

en el cual se afectan derechos de los ejecutados, como norma rectora debe garantizarse el acceso amplio, de manera que la ley prevea la habilitación de diferentes canales o medios para la prestación de los servicios electrónicos, asegurando en todo caso el acceso a los mismos a todos los ciudadanos, con independencia de sus circunstancias personales, medios o conocimientos, en la forma que estimen adecuada, 2. Asegurar las garantías procesales. Más allá de los aspectos puramente tecnológicos, la digitalización puede entrar en conflicto con ciertas garantías procesales como el derecho de defensa o el principio de inmediación. Así, se entiende que es urgente que el legislador regule trámites en remoto (incluidos los sistemas de presentación de pruebas) y se den las directrices que homogenicen los protocolos a aplicar³³.

No tenemos dudas que la administración en general, debe dar respuesta expedita a peticiones y trámites de los ciudadanos, aplicando medios tecnológicos que permitan una mayor eficiencia, obviamente, el uso en la administración tributaria se vería beneficiada en la automatización de sus procedimientos, siendo su función primordial, la recaudación, control y fiscalización; la modernización de la autoridad tributaria busca estrategias idóneas para llevar a cabo sus funciones, trata de simplificar los procedimientos administrativos tributarios incentivando al particular que utilice los medios electrónicos, por supuesto, eliminando los actos arbitrarios y salvaguardando los derechos de los ciudadanos.

Implantar un sistema tributario digital, en especial, en un procedimiento ejecutivo, debe tomar en cuenta, además, de los principios y garantías procesales constitucionales, como indicamos, garantizando el debido proceso, lo que implica la posibilidad de ejercer una defensa libre y técnica, así como plenamente la contradicción, debe, además, asegurar el principio de seguridad jurídica³⁴ y el de

³³ La CIDH y la ONU han manifestado su preocupación ante el avance de incorporación de la tecnología digital en los procedimientos. En un comunicado conjunto, ambas instancias expresaron su preocupación ante la posibilidad de que el uso de nuevas tecnologías en los procesos judiciales menoscabe el debido proceso de las partes y de los participantes en las audiencias virtuales, “especialmente el derecho de defensa en materia penal, a la asistencia letrada, a un procedimiento adversarial, y el derecho a ser juzgado sin demora”. Seguidamente, reclamaron que se adopten medidas para asegurar “la confidencialidad y seguridad de la información transmitida” vía videoconferencia. Tomado de: <https://supremainjusticia.org/la-cidh-y-la-onu-exigen-que-la-justicia-digital-no-atente-contra-el-debido-proceso/>

³⁴ “Quizás la razón fundamental de la descomposición institucional es la infectividad de la garantía judicial. Se ha desmontado el control jurisdiccional del poder con repercusiones nefastas sobre la seguridad jurídica, la legalidad, el Estado de Derecho y la democracia”. Humberto Romero-Muci, “Inmoralidad tributaria en Venezuela. Entre la distopía y la anomia social”, *ob. cit.*, p. 20.

justicia tributaria, que son fuertes pilares en la protección de los derechos de los contribuyentes y que deben condicionar a los intérpretes del Derecho Tributario³⁵.

En Venezuela, en realidad, ha sido muy lenta la incorporación de nuevas tecnologías a la administración pública, específicamente en la administración tributaria ha sido muy limitada. Tenemos, por ejemplo, el SENIAT ha actualizado la plataforma tecnológica de su portal, www.seniat.gov.ve, donde el contribuyente tiene acceso a toda la información necesaria sobre tributos internos y aduana, consultas e información, denuncias en línea, publicaciones orientadas a incrementar la cultura tributaria del contribuyente. Así mismo, ha implementado una serie de estrategias, entre las cuales se encuentra su estrategia bandera: “Plan Evasión Cero”, orientada a disminuir la evasión y el fraude fiscal.

En tributos internos, se apoyó la implantación del Impuesto al Valor Agregado; se diseñaron e implantaron los procedimientos para contribuyentes especiales, estructurándose y desarrollándose los mecanismos para fiscalización. Con relación a la automatización, se construyó e implantó el Sistema Venezolano de Información Tributaria (SIVIT); se implantaron los sistemas de transmisión de datos de la presentación de declaraciones y pagos de toda la red bancaria y de transcripción de declaraciones; se diseñaron los esquemas de control de cumplimiento masivo para contribuyentes ordinarios y el sistema de selección de casos para fiscalización (SISFIS) y se diseñaron y construyeron los módulos iniciales del Sistema de Control de Gestión (CONGES).

No obstante, debe indicarse que no hay ni en la jurisdicción especial tributaria ni en la propia administración tributaria relativo a los procedimientos, menos sobre aquellos que fueron desjudicializados, como el cobro ejecutivo, regulaciones específicas para la estructuración de procedimientos o procesos digitales.

Compartimos con Fraga Pittaluga³⁶ que nada se opondría a la instalación digital de procedimientos administrativos tributarios y procesos jurisdiccionales tributarios. Los procesos en el campo tributario se prestan para una rápida digitalización debido a que el sustento de las pretensiones es, básicamente, documentales, actuaciones escritas, de suerte que facilita la construcción del expediente electrónico, su énfasis estaría en el documento electrónico, la firma electrónica, las copias y certificaciones. Obviamente, repetimos salvaguardando el debido proceso, posibilitando la contradicción, la defensa, la información y los recursos.

³⁵ Eva M^a. Hernández Muñoz, “La administración electrónica en los procedimientos tributarios de las corporaciones locales”, *Revista de Estudios Jurídicos*, n^o 19/2019 (Segunda Época), Universidad de Jaén, España, p. 167. ISSN-e 2340-5066, disponible en: rej.ujaen.es.

³⁶ Luis Fraga Pittaluga, *ob. cit.*, p. 871.

1.2.3. Procedimiento digital de cobro ejecutivo

Advirtiendo de antemano, que solo es posible un proceso con todas las garantías, sea en sede administrativa o judicial, en un auténtico Estado de derecho y constitucional. En un régimen como el actual venezolano, que los actos se hacen a capricho del funcionario y siempre dependiente del aspecto político, la auto tutela administrativa mediante el cobro ejecutivo de la deuda tributaria no es sino una fuente de arbitrariedad, el uso político y chantajista de las facultades extorsión, evidentemente alimenta la corrupción.

Consideramos, dada la estructura del cobro ejecutivo, que es valga el pleonismo, es un proceso de ejecución, no es proceso de cognición, puede implementarse sin mayores obstáculos en forma digital.

En el ordenamiento jurídico nacional hay bases constitucionales y legales. En la Constitución en el artículo 110 se reconoce el “interés público de la ciencia, la tecnología, el conocimiento, la innovación y sus aplicaciones”, en el artículo 141 dispone que la administración pública está al servicio de los ciudadanos y señala un conjunto de principios como “celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia...” y en el artículo 143 el derecho de los ciudadanos a ser informados.

Por otra parte, en el COT, existen diversas normas que autorizan el uso de medios informáticos, entre ellas: artículo 132, relativos a los documentos de la administración tributaria, en el artículo 135, que autoriza a la Administración Tributaria a utilizar medios electrónicos o magnéticos para recibir, notificar e intercambiar documentos, declaraciones, pagos o actos administrativos y en general cualquier información, en el artículo 148 relativo a la recepción de la administración tributaria de declaraciones o comprobantes por medios electrónicos el artículo 172.3 notificación electrónica.

El problema de un procedimiento electrónico no es tan simple como disponer en forma genérica que se podrían emplear los medios informáticos. Supone, realmente una estructura o sistema informático que se accesible. En el cobro ejecutivo, puede aparecer simple, por ejemplo, que la intimación se realice por medios electrónicos y la oposición o pago sea comprobada por los mismos medios, pero cuando se trata de una ejecución, no hay duda que hay una complejidad, vale señalar si hay tercería o causa para solicitar la suspensión. Así, este es un tema que no es tan sencillo como han pretendido hacerlo ver algunos voceros del régimen vinculados a la administración tributaria. Salvo, obviamente, como muchas de sus actuaciones que son improvisadas, dan pie para la arbitrariedad y para la corrupción.

De manera, que pensar en el establecimiento de procedimientos digitales, pasa por varios filtros. En primer lugar, el sistema debe garantizar el debido proceso en las dimensiones establecidas en la Constitución y la interpretación con alcance internacional. Dado que es posible que el sistema electrónico mediatice algunos principios procesales, como la inmediación, la publicidad y la

contradicción, deben preverse mecanismos compensatorios. En segundo lugar, debe existir un sistema legal operativo, definido con precisión, esto es, las normas técnicas de Interoperabilidad. Estas normas tiene que establecer claramente la estructura de los expedientes electrónicos, que incluye documentos electrónicos (disposición de documentos e incorporación), índice electrónico, firma electrónica y metadatos mínimos obligatorios³⁷, así como las especificaciones para las notificaciones, los servicios de remisión y puesta a disposición; para los aspectos relativos a la gestión y conservación de los expedientes electrónicos, debe incluir lo relativo de los metadatos mínimos obligatorios y los esquemas XML para el intercambio de expedientes electrónicos, así como reglas en los casos de necesaria publicidad.

Uno de los problemas más agudos en el trámite digital es el tema de las citaciones y notificaciones. El avance tecnológico ha provocado que las notificaciones se puedan realizar a través de internet mediante un correo electrónico que el obligado tributario proporciona a la Administración Tributaria. Mediante esta vía de comunicación hará saber al contribuyente una resolución, esta nueva forma de notificar garantiza eficiencia, celeridad y seguridad en las relaciones entre los particulares y la Administración Tributaria. Se comprende que la producción de los actos administrativos tributarios abarca la comunicación hacia los contribuyentes de cualquier diligencia o resolución, esto puede llevarse a cabo por una notificación electrónica que comunique el acto administrativo inmediatamente. El objetivo de la notificación es que los interesados se enteren de los actos de la autoridad tributaria. Sobre la notificación electrónica, la doctrina ha sido uniforme comprendiéndola como aquella por la cual se notifica cualquier acto de la Administración Tributaria al particular por los medios electrónicos. Es una notificación que además debe certificar su recepción para comprobar su validez.

Se puede concluir que la notificación electrónica tiene como objetivo principal, comunicar a una de las partes dentro de un proceso, las resoluciones o actos emitidos por la autoridad competente, a través de las herramientas tecnológicas establecidas, siendo estas cada vez más frecuentes por la celeridad y rapidez para informar, hace constar la fecha y hora de la resolución emitida, en este sentido a partir del conocimiento por parte del contribuyente la notificación surte los efectos legales correspondientes.

De lo anterior el análisis correspondiente es que toda actuación por parte de la Administración Tributaria debe ser comunicada al contribuyente por los

³⁷ Los metadatos constituyen un componente del expediente electrónico que facilita la creación, gestión y uso del expediente a lo largo del tiempo. Al igual que para cualquier documento electrónico, la forma de implementación de los metadatos de un expediente electrónico para su tratamiento y gestión a nivel interno es libre y, como tal, será diseñada por cada organización en base a sus necesidades, criterios y normativa específica.

sistemas electrónicos en los casos que proceda, es decir, un correo certificado proporcionado voluntariamente por el particular en el cual indique que podrá ser notificado por esta vía siempre y cuando sea confirmada su recepción para que la notificación sea válida.

Laguado Giraldo³⁸ sobre la notificación electrónica expresa que “Este acto de hacer conocer información procesal relevante cuando la notificación es enviada por medios informáticos va a originar una serie de problemas jurídicos que creemos es necesario analizar desde el punto de vista del derecho informático aplicado a las actuaciones administrativas”. No es pretensión en este breve trabajo hacer ese examen, nuestro objetivo es advertir que pueden surgir diversos problemas que afectarán al contribuyente y lo colocarán en indefensión.

Si vemos la estructura del cobre ejecutivo observamos que son necesarias varias notificaciones, en las cuales anuncian correr lapsos perentorios, por otro lado, asegurar la publicidad por si existen terceros que tengan derechos constituidos anteriores y privilegiados.

Así las cosas, vaya la reflexión, que tratar de implementar un sistema de procedimientos digitales no es cosa tan sencilla, si se hace en el marco verdadero de un Estado de derecho constitucional pasa por el resguardo de los derechos fundamentales, por otra parte, el asegurar el acceso a la justicia. En la situación actual venezolana, con fallas continuas del sistema eléctrico, desigualdad en la prestación de servicios de red en el interior del país, inestabilidad de internet, etc., no es posible garantizar el debido proceso, ni interdictar la arbitrariedad posible del poder público.

Finalmente, mis congratulaciones a Humberto Romero-Muci por inmerecido homenaje y nuestro aliento para seguir orientando y sembrando conciencia de un auténtico derecho como garantía de la libertad.

Hortaleza, Madrid, mayo de 2022.

³⁸ R. Laguado Giraldo, “Actos administrativos por medios electrónicos”. Colombia. Disponible en: http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_rev/documents/89-128.pdf; consultado en fecha 12 de julio de 2013.

LA NEGACIÓN DE TUTELA CAUTELAR DE AMPARO AL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE LEGALIDAD TRIBUTARIA EN LA JURISPRUDENCIA VENEZOLANA.

BREVE ANÁLISIS DE RACIONALIDAD JURÍDICA

*Xabier Escalante Elguezabal**

“...la necesidad del proceso para obtener la razón no ha de convertirse en un daño para el que tiene la razón”.

Sentencia caso “Factortame” del Tribunal de Justicia de Luxemburgo de fecha 19 de julio de 1990, citada en la sentencia N° 16692 de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 16 de marzo del año 2000, con ponencia del Magistrado Carlos Escarrá Malavé, caso Constructora Pedeca C.A.,

SUMARIO

Prólogo. Introducción. Antecedentes de la situación. Primer planteamiento de la posición sostenida por la mayoría de la Sala Político Administrativa. Ampliación del fundamento sostenido por la mayoría de la Sala Político Administrativa. Voto Concurrente: posición del Magistrado Mostafá Paolini aceptando la posible tutela efectiva por medio del amparo constitucional al existir conexión entre el principio de legalidad y los derechos económicos consagrados en la Constitución. Racionalidad teleológica del principio constitucional de la legalidad tributaria, la necesidad del imperativo de la reserva legal para el funcionamiento del Estado Social y Democrático de Derecho. Confrontación entre la posición adoptada por la Sala Político Administrativa y el criterio que sostuvo la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia sobre el alcance y naturaleza del principio de legalidad tributaria. Conclusiones: la irracional incongruencia de negar la aplicación de un medio idóneo (el amparo cautelar) para la consecución del fin de protección de un derecho subjetivo constitucional como lo es el principio de legalidad tributaria. Referencias bibliográficas.

* Abogado UCAB, especialista en Derecho Tributario, máster en leyes y en fiscalidad internacional, profesor instructor de pregrado UCV, profesor postgrado en la especialización en Derecho Tributario UCV. Miembro de número de la AVDT.

Prólogo

Es para mí un honor poder dedicar esta sencilla colaboración a mi profesor, colega y amigo el Dr. Humberto Romero-Muci, en este muy merecido homenaje que le brindan sus colegas de la Academia, así como todos quienes le profesamos una sincera y profunda admiración como profesional del derecho tributario, y, sobre todo, como autor de una obra prolija y brillante.

Aunque no coincidimos en nuestra etapa laboral en el escritorio Tinoco, tuve el gusto de conocer al hoy homenajeado en las aulas del Postgrado de Derecho de la Universidad Central de Venezuela, e igualmente, en el ámbito profesional, cuando me desempeñaba como gerente de impuestos de la petrolera Halliburton; de eso, aunque sólo hayan trascurrido dos décadas, pareciera que habláramos de la prehistoria, dada la “realidad venezolana”.

Desde esos tiempos, Humberto Romero-Muci ha sido para mí un personaje de referencia, que nunca deja indiferente; como muchos individuos excepcionales, genera tanto grandes admiradores, como grandes detractores. En lo personal, con sincero gusto me ubico entre quienes lo admiramos tal como es: polémico, excéntrico, extraordinariamente prolífico en ideas y argumentos, una mente brillante que dice lo que piensa, quizás muy a pesar de quienes precisamente sean el objeto de su pensamiento, y, sobre todo, de quienes se han enfrentado con la ciclópea función de tratar de convencerle que su tiempo de orador ya se ha agotado al momento de hacer una presentación en un foro.

La obra académica de HRM es un reflejo de ese ser complejo, de ese océano que ha nacido de tantas preocupaciones por el avance científico y, sobre todo, del empeño titánico en la aplicación de la racionalidad al derecho Tributario en Venezuela. Desde el esfuerzo que significó crear una compilación metodológica de la jurisprudencia tributaria municipal en tiempos de oscuridad casi total en el tema, HRM llevó la luz de la información sistemática y ordenada hasta las jurisdicciones locales más alejadas de la capital, como personalmente atestigüé cuando tenía que lidiar con cuanto municipio había sido bendecido con alguno que otro pozo petrolero en sus límites, y el constante, el siempre presente tomo abultado y llamativo de la colección de la Jurisprudencia Municipal en cada una de esas Alcaldías.

Siguiendo adelante en su obra, en mi modesto parecer y desde los años que fui honrado al desempeñarme como editor de la Revista de Derecho Tributario de la AVDT, pude observar cómo HRM nos ha mostrado un camino de reflexión realmente profunda, a medida que ha cruzado el umbral del análisis científico al filosófico (y político, y ético, y moral), dejando su huella imborrable en el campo del estudio de los tributos en Venezuela. Sin tapujo alguno, nos ha lanzado el *deconstruccionismo*, la *huida...*, la *irracionalidad...*, el *falseamiento...*, la *distopia...*, la *desinstitucionalización...* y más recientemente, la *inmoralidad...*

Estos no son simples “dardos”, éstos son torpedos inesquivables con una carga terrible, reflejo inexorable de los tiempos que corren y que, sin embargo, no amilanan la letra de quien honramos en esta publicación.

Mi colaboración a esta obra es sin duda modesta, ante la cantidad de autores de mucho mayor trascendencia que quien esto escribe, que colaboran para materializar este justo homenaje. Se trata precisamente de una precaria actualización del trabajo final de la materia Racionalidad del Sistema Impositivo Venezolano, del Doctorado mención Derecho de la Universidad Central de Venezuela, que presenté ante mi profesor Humberto Romero-Muci en el año 2005, y que, al parecer, las circunstancias que motivaron la inquietud por la cual lo escribí, lamentablemente no han sufrido muchas modificaciones desde ese entonces.

No obstante, esta terrible realidad, confieso que me alegra traer al presente tan agradables experiencias académicas, como fueron los tiempos del doctorado en la UCV, que aun comparándolo con las aulas de tantas universidades a las cuales he tenido el privilegio de acudir, considero sin duda ocupan el primer lugar de excelencia académica en la que he tenido el honor de participar.

Espero pues, sea ésta una colaboración, aunque muy sencilla y más bien histórica, que pueda resultar de apoyo para quienes transiten por el camino que nos ha iluminado HRM; y que sean testigos en un futuro, de un país que en palabras de Cervantes de las que tanto gustan a HRM se pueda decir por fin “*que ya no haya tal razón de la sinrazón que a nuestra razón se haga, que nuestra razón ya no enflaquezca, y que ya nuestra razón no queje*”.

Altamira, mayo de 2022.

Introducción

La Sala Política Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, (SPA) en aquellos tiempos conformada solamente por tres magistrados y bajo la presidencia del Dr. Levis Ignacio Zerpa, durante los años 2003 y 2004, emitió de forma reiterada su criterio con relación a las múltiples solicitudes de protección cautelar mediante la acción de amparo constitucional accesorio, durante el transcurso de los procesos judiciales de nulidad de actos administrativos en los cuales se encontraba en discusión la violación del principio de legalidad tributaria, el cual, como todos sabemos, se encuentra expresamente establecido en la Constitución de la República.

En este sentido, la respuesta continua a estas peticiones ante nuestro más alto tribunal, fue constante en el sentido negativo, considerando la Sala que no resulta viable la solicitud de la protección cautelar a dicha garantía por medio de un amparo, por cuanto la condición necesaria para la utilización de esta herramienta por el juez constitucional es, precisamente, que exista una violación a una garantía constitucional que preserve un *derecho subjetivo* consagrado en el máximo

ordenamiento jurídico; y a criterio de la SPA, el principio de legalidad tributaria *per se* no implica un derecho subjetivo susceptible de protección por vía de amparo cautelar.

Este sencillo ensayo recoge nuestro análisis de la posición de la SPA descrita, tomando el punto de vista del enfoque de racionalidad que debe presentar un planteamiento de esta naturaleza emitido por la más alta instancia judicial de la República. Consideramos que, estando el propósito del principio de legalidad tributario íntimamente arraigado en los derechos políticos, económicos y sociales de los ciudadanos, razón por la cual se encuentra casi universalmente constitucionalizado, y siendo que el medio idóneo para salvaguardar tanto las violaciones como las amenazas de violaciones a los principios constitucionalmente establecidos es la acción de amparo constitucional con efectos cautelares, el negar la naturaleza garantista del principio de legalidad tributaria resulta en un proceso irracional, cuyo resultado no es otro que el de cercenar los derechos de los ciudadanos contribuyentes negando la aplicación de un debido proceso, en el cual el órgano judicial precisamente respete y haga respetar las garantías constitucionales que asisten a todos los ciudadanos.

Antecedentes de la situación

En la primera década del siglo XXI, el régimen tributario en Venezuela fue fiel reflejo de la coyuntura que envolvió al país y que en este ámbito en particular dio origen a severas distorsiones de lo que pudiese ser una sana política fiscal, cuyos efectos son claramente distinguibles en la profunda crisis presupuestaria en que Venezuela se ve inmersa actualmente debido al empeño en mantener un régimen económico históricamente fallido. En aquellos momentos, a raíz de la implementación del régimen de retención anticipada del IVA en Venezuela mediante providencias emitidas por el SENIAT, tuvo lugar un intenso movimiento de oposición judicial que se desarrolló ante las numerosas violaciones tanto al ordenamiento jurídico constitucional, como al marco legal tributario contenido en dichos actos administrativos. Esta reacción de parte de los contribuyentes se materializó en numerosos recursos de nulidad ante la Sala Política Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, siendo que la casi totalidad de dichos recursos fueron interpuestos de forma conjunta con acciones de amparo constitucional y su correspondiente solicitud de medidas cautelares con la finalidad de obtener la suspensión de los efectos de los actos cuya nulidad se solicitó, al menos durante el transcurso del tiempo que permaneciera el caso ante la Sala.

Precisamente en el marco de esta situación, la Sala Político Administrativa tuvo la oportunidad de exponer de forma clara y precisa, su criterio en concreto sobre el alcance de la acción de amparo constitucional, cuando se interpone con el propósito de obtener una medida cautelar de suspensión de efectos, alegando como fundamento de dicha acción violaciones directas de las garantías constitucionales, en particular sobre los principios constitucionalmente establecidos de legalidad tributaria y de capacidad contributiva.

Como se comentó anteriormente, si realizamos una revisión de la jurisprudencia que precede a este momento, la Sala Político Administrativa había mantenido una férrea oposición a dictar o confirmar en alzada cualquier tipo de medidas cautelares en general, sin embargo, esta situación era particularmente patente cuando se trataba del campo del derecho tributario, y muy especialmente, cuando dicha solicitud se instrumentaba mediante el mecanismo del amparo constitucional con efectos cautelares¹.

Así, específicamente en lo que concierne al principio de legalidad tributaria, las decisiones tomadas en torno a la problemática surgida por la puesta en marcha del régimen de retención del IVA en Venezuela, abrieron una ventana de oportunidad que permitió a los magistrados de entonces, dejar plena constancia de la posición de la Sala en cuanto a la exclusión del principio de legalidad como garantía constitucional, que suponga derechos subjetivos susceptibles de ser fundamento de una acción de amparo cautelar.

Primer planteamiento de la posición sostenida por la mayoría de la Sala Político Administrativa

En medio de toda la polémica planteada por la situación de irrupción del régimen de retención del IVA en Venezuela, la decisión de admisión del recurso de nulidad en el caso *VICSON, S.A. y otros*², introdujo al foro del derecho tributario venezolano este criterio revelador, por medio del cual nuestro máximo tribunal desestimó como garantía constitucional al principio de legalidad tributaria apartándolo del selecto grupo de derechos subjetivos que se desprenden de la Constitución, y que sí son considerados aptos de protección cautelar por vía del amparo constitucional.

De esta manera la mayoría sentenciadora nos indicó, en el citado fallo, que:

¹ Una de las extremadamente escasas sentencias en las cuales se confirmó o dictó un amparo cautelar en el ámbito del contencioso tributario, fue la N° 01880 de fecha 27 de noviembre de 2003 caso *Fisco Nacional vs. Constructora Gal, C.A.*, en la cual se declaró sin lugar la apelación del Fisco en contra de la sentencia de amparo con efectos cautelares dictada por el Tribunal Superior Cuarto de lo Contencioso Tributario. En dicha sentencia simplemente se inaplica la caducidad del plazo para interponer el recurso contencioso tributario en contra de los actos administrativos emitidos por la Administración Tributaria que pretendían el cobro de montos determinados en razón de actualización monetaria de intereses moratorios por aplicación del artículo 59 del COT de 1994, el cual fue declarado nulo por inconstitucional. La Sala se guarda sin embargo de dejar claro que el amparo se limita únicamente al propósito explicado, y que no comparte el criterio del Tribunal de instancia en cuanto a la supuesta violación del principio de no confiscación.

² Sentencia N° 00949 de fecha 25 de junio de 2003, exp. N° 2002-1099.

Así, en el contexto debatido observa esta Sala que el desarrollo doctrinario y jurisprudencial del cual ha sido objeto la acción de amparo constitucional, ha permitido precisar no sólo la naturaleza de la misma sino el objeto de ésta, vale decir, la tutela efectiva de derechos subjetivos constitucionales, en el entendido que esta vía de protección sólo puede ser acordada para garantizar el total restablecimiento de verdaderos derechos subjetivos constitucionales, debiendo, en consecuencia determinar el juez de amparo si las normas invocadas como lesionadas consagran un auténtico derecho constitucional o si, por el contrario, contienen declaraciones de otra índole no susceptible de tutela judicial directa.

De lo anterior, resulta evidente que no todas las normas contenidas en la Constitución, consagran derechos constitucionales susceptibles de ser objeto de tutela por medio de la acción de amparo constitucional; así, la norma contenida en el artículo 317 del vigente texto constitucional, invocada en el presente caso como violada, consagra el denominado Principio de Legalidad en materia tributaria, cuyas implicaciones básicas van desde el postulado fundamental conforme al cual sólo podrá ser cobrado un determinado tributo cuando éste haya sido previsto en la ley, hasta la reserva de ley, que en este campo es casi absoluta.

Asimismo, de la simple observancia de la norma en comento se desprende claramente el hecho de que si bien tal postulado fue concebido por el constituyente dentro de nuestro Estado de Derecho como una forma especial de vinculación de las autoridades tributarias al ordenamiento jurídico, es decir, como un mandamiento dirigido propiamente al Estado (en su triple acepción) para establecer los límites del ejercicio de las potestades conferidas a éste en el ámbito de la tributación, además de orientar dicho ordenamiento jurídico tributario, no configura la señalada norma, a juicio de este Supremo Tribunal, la consagración de un verdadero derecho subjetivo constitucional que sea susceptible de tutela judicial directa y que pueda invocarse autónomamente. Así se declara. (*Subrayado nuestro*).

Resulta verdaderamente aleccionador al culminar la lectura de la cita arriba transcrita, ver como el juez constitucional de la “*simple observancia de la norma*”; con lo cual creemos que el juzgador nos señala que no se precisa de un profundo discernimiento sobre la naturaleza y propósito del tema bajo superficial análisis, si no que por el contrario, se puede concluir sin lugar a dudas (y sin mucho esfuerzo) que el artículo que establece el principio de legalidad tributaria en la Constitución de Venezuela no consagra un “*auténtico derecho constitucional*”; mucho menos un “*verdadero derecho subjetivo constitucional que sea susceptible de tutela judicial directa y que pueda invocarse autónomamente*”.

Para soportar tan delicado planteamiento, la Sala nos presentó su propia concepción de lo que reconoce como el principio de legalidad tributaria, el cual resulta a su manera de ver una “*forma especial de vinculación de las autoridades*

tributarias al ordenamiento jurídico,” –ya que sin duda, resulta apropiado que las autoridades tributarias se encuentren vinculadas de alguna forma al ordenamiento jurídico,– y continua aclarando que, por esta razón debe entenderse entonces “*como un mandamiento dirigido propiamente al Estado (en su triple acepción) para establecer los límites del ejercicio de las potestades conferidas a éste en el ámbito de la tributación*”.

Vemos entonces que, al parecer de la más alta instancia judicial de ese entonces, no resultaba “*involucrado*” en esta “*especial vinculación*” el simple ciudadano quien, convertido en un contribuyente, precisamente por la orden constitucional de soportar las cargas públicas, es el destinatario del ejercicio de esta potestad tributaria conferida según lo pauta la Constitución.

No, nuestra máxima jurisprudencia consideró que por cuanto el mandamiento está dirigido al Estado, y no a los particulares, entonces resulta procedente que nada tienen que buscar dichos particulares solicitando la protección cautelar por medio de un amparo constitucional.

Ello derivaría de la simple aplicación de un proceso de interpretación lógica de la norma, ya que solamente el propio Estado tendría la capacidad de ampararse en esta limitación Constitucional, al ser éste el “*especialmente vinculado*” al ordenamiento jurídico constitucional. Según este silogismo, quizás la Sala haya pretendido señalar a la Fiscalía General de la República como el ente con cualidad activa para solicitar la suspensión de un acto de contenido tributario, alegando la violación del principio que mantiene esa *vinculación* del Fisco al ordenamiento jurídico.

No podemos dejar de mencionar aquí que, en seguimiento de la doctrina interpretativa fundamentada en la lógica de la Sala, se puede también tomar otros ejemplos de mandamientos constitucionales dirigidos al Estado (en su triple acepción) para establecer los límites del ejercicio de las potestades conferidas a éste, que tampoco tendrían entonces el carácter de auténtico derecho subjetivo constitucional amparable; como podría ser, por ejemplo, el Art. 55 cuando indica que “*(...) Los cuerpos de seguridad del Estado respetarán la dignidad y los derechos humanos de todas las personas*”.

Volviendo al tema en cuestión, debemos señalar que desafortunadamente, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en su momento desestimó el recurso de revisión interpuesto contra la citada decisión, fundamentándose simplemente en la naturaleza cautelar del amparo cuya revisión se solicitó, y sin entrar en el fondo de la materia debatida³.

³ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia de fecha 3 de diciembre de 2003, con ponencia del Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz. Exp. 03-2221.

Ampliación del fundamento sostenido por la mayoría de la Sala Político Administrativa

Siendo que la actividad judicial que se desplegó en dicho entonces sobre el tema bajo comentarios fue bastante intensa, la Sala Político Administrativa tuvo la oportunidad de resolver y ampliar el criterio expuesto en decisiones posteriores, tal como se pudo observar en los casos *Brenntag Venezuela, C.A y otros*⁴; *Seagrams de Margarita*⁵; *Eventos y Promociones de Venezuela E/P/V, C.A. y otros*⁶, exponiendo en dichas sentencia su tesis sobre la incapacidad del principio de legalidad tributaria para sostener un mandamiento constitucional de amparo cautelar, por cuanto insistió el sentenciador, el contenido de esta norma es un mandamiento dirigido –con aparente exclusividad– al propio Estado:

Respecto del principio de legalidad tributaria, la doctrina y jurisprudencia coinciden al indicar que sus implicaciones básicas van desde el postulado fundamental, conforme al cual la Administración sólo puede obrar cuando haya sido legalmente facultada, hasta la reserva de ley, concebida como un medio de protección o garantía para la preservación de la propiedad privada y la libertad de disposición de los derechos patrimoniales ante las restricciones impuestas y derivadas de los tributos, en virtud de la cual pueden cobrarse determinados tributos cuando éstos hayan sido previstos en la ley. En este sentido, el señalado principio es visto como una de las características propias del moderno Estado de Derecho, que comporta la subordinación del obrar de la Administración Tributaria a la Constitución y las leyes; resultando éste, objeto de estudios doctrinarios, que coinciden al calificarlo como “una norma sobre normación”, que comporta el establecimiento de las relaciones entre el ordenamiento jurídico en general y el acto u actos emanados de la Administración.

Por tales motivos, surge evidente a esta Sala que dicho principio, tal como ha sido concebido por nuestro Constituyente, se erige como un estatuto obligatorio para las distintas ramas del poder, es decir, como un mandamiento dirigido propiamente al Estado para establecer los límites del ejercicio de las potestades conferidas a éste en el ámbito de la tributación; en consecuencia, considera esta Sala que tal precepto de vinculación con la legalidad no configura per se la consagración de un verdadero derecho subjetivo constitucional que sea susceptible de tutela judicial directa, y que como tal pueda invocarse autónomamente. Así se declara. (Subrayado nuestro).

⁴ Sentencia N° 01439 de fecha 23 de septiembre de 2003. Exp. N° 2003-0058.

⁵ Sentencia N° 01626 de fecha 22 de octubre de 2003. Exp. N° 2003-0411.

⁶ Sentencia N° 00383 de fecha 21 de abril de 2003. Exp. N° 2003- 0547.

Con esta nueva motivación, que sin duda vas más allá de la “*simple observancia*” de la norma, la Sala sostiene nuevamente que el principio de legalidad comporta “*una subordinación del obrar de la Administración Tributaria*”, por todo ello “*surge evidente*” que, si lo que tenemos en un “*precepto de vinculación con la legalidad*”, ello “*no configura per se*” un “*verdadero derecho subjetivo constitucional*”; ergo, no se puede sostener una tutela judicial directa a través de un amparo.

A mayor abundamiento de la posición firmemente sostenida por la entonces Sala Político Administrativa, en la sentencia *Pernod Ricard Venezuela, C.A., y otros*⁷, se trajo a colación la opinión de la Sala Constitucional, con relación al proceso que el juez constitucional debe aplicar para encontrar si existe una situación en la cual se haya infringido un derecho fundamental, y debe entonces utilizar sus facultades para asegurar que sea reestablecido el cumplimiento de la Constitución.

(...) “Ciertamente, debemos convenir en que este medio de impugnación ha sido consagrado, a tenor del artículo 1 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, con el fin de restablecer la situación jurídica lesionada por el desconocimiento de un derecho humano positivizado a nivel constitucional. La acción de amparo, es, pues, una garantía de restablecimiento de la lesión actual o inminente a una ventaja esencial, producto de un acto, actuación u omisión antijurídica, en tanto contraria a un postulado en cuyo seno se encuentre reconocido un derecho fundamental.

Pero, a fin de llevar a buen puerto el imprescindible análisis crítico que debe efectuar el juez constitucional en su tarea de garantizar la función subjetiva de los derechos fundamentales, éste debe interpretar en todo caso, (...) el núcleo esencial de los tales derechos, es decir, abstraer su contenido mínimo desde la premisa de que un derecho humano es el resultado de un consenso imperativo según el cual una necesidad es tenida por básica, para así diferenciarlo de las diversas situaciones jurídicas subjetivas donde tales necesidades no se manejan en su esencialidad.” Sentencia del 06 de abril de 2001, caso: Manuel Quevedo Fernández.

Conforme a lo anterior, puede colegirse que no todas las normas contenidas en la Constitución consagran derechos constitucionales susceptibles de ser objeto de tutela por medio de la acción de amparo constitucional. Así, la norma contenida en el artículo 317 del vigente texto constitucional, invocada en el presente caso como violada, consagra tanto el denominado principio de legalidad en materia tributaria, como la no confiscatoriedad de los tributos. (Subrayado nuestro).

⁷ Sentencia N° 00597 de fecha 2 de junio de 2004. Exp. N° 2003-0327.

La conclusión a la que llegó la Sala Político Administrativa bajo las premisas postuladas en la cita de la entonces Sala Constitucional, se antojan acomodaticias para el fin deseado y que no es otro que evitar enfrentarse al desafío que implica amparar al contribuyente y detener al Estado cuando su actuar viola una garantía constitucionalmente consagrada.

La Sala Constitucional se limita a sostener que, tal y como es cierto, existen diversas situaciones jurídicas subjetivas en las cuales no se manejan derechos fundamentales, entonces infiere de allí dicha Sala que la protección constitucional mediante amparo no se encuentra disponible para todos los derechos.

De esta afirmación la Sala Político colige entonces que por cuanto no está disponible la protección de amparo para todas las normas contenidas en la Constitución –lo cual de por sí puede resultar correcto– el principio de legalidad en materia tributaria pertenece a dicho conjunto de normas que, a pesar de su constitucionalización, no son susceptibles de tutela por medio de la acción de amparo constitucional. Conclusión ésta que, desde mi punto de vista, no se desprende de ese planteamiento de la Sala Constitucional.

No encuentro en los enunciados señalados por la Sala en su sentencia, una explicación satisfactoria que ofrezca fundamento el razonamiento antes señalado, según el cual el principio de legalidad no es tutelable ya que no todas las normas constitucionales son tutelables, porque no todas consagran derechos fundamentales. Este recital de postulados no entra al fondo de la cuestión, ni expone a mi manera de ver, razón alguna de porqué el principio de legalidad tributario no es considerado como un derecho subjetivo amparable.

Voto Concurrente: posición del Magistrado Mostafá Paolini aceptando la posible tutela efectiva por medio del amparo constitucional al existir conexión entre el principio de legalidad y los derechos económicos consagrados en la Constitución

El caso *Oster de Venezuela y otros*⁸, tuvo la distinción de ser el primero en incluir el voto concurrente del entonces magistrado Dr. Mostafá Paolini, en el cual nos presentó su punto de vista en cuanto a la posibilidad de tutela efectiva por medio del amparo del principio de legalidad tributaria.

Si bien se está de acuerdo con la declaratoria de improcedencia respecto a la solicitud cautelar de amparo constitucional interpuesta, en tanto que no existen suficientes elementos de juicio que permitan en esta fase cautelar verificar la violación denunciada de los derechos constitucionales a que los accionantes hacen alusión, sin embargo se quiere dejar constancia de la posición con relación a determinados aspectos relativos al alcance del ámbito

⁸ Sentencia N° 01440 de fecha 23 de septiembre de 2003, con el voto concurrente del Magistrado Hadel Mostafá Paolini. Exp. N° 2003-0137.

de tutela de la referida solicitud cautelar, que a juicio de quien concurre en el presente fallo no han sido cubiertos suficientemente. En tal sentido, se presentan las siguientes consideraciones:

En primer término, no se asume lo expuesto en la decisión que antecede, en el sentido de afirmar que la protección cautelar por la medida de amparo constitucional, *“...sólo puede ser acordada para garantizar el total restablecimiento de verdaderos derechos subjetivos constitucionales, debiendo, en consecuencia, ser determinado por el juez de amparo si las normas invocadas como lesionadas consagran un auténtico derecho subjetivo, o si, por el contrario, contienen declaraciones de otra índole no susceptibles de tutela judicial directa”*.

En tal sentido, se considera que aquellas normas previstas en la Constitución que proclaman principios, garantías y derechos, deben gozar de una tutela judicial directa frente a cualquier otra norma de rango inferior que pretenda vulnerar o vulnerar su contenido. Expresión de ello en el caso examinado sería, verbigracia, que podrían suscitarse situaciones en las que la trasgresión del principio de legalidad tributaria traería consigo la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional previsto expresamente, tal como el derecho de propiedad.

En efecto, si una vez concluida la sustanciación del procedimiento de nulidad esta Sala verificara la infracción del principio de legalidad tributaria por los actos impugnados, el Fisco Nacional habría obtenido de los ciudadanos un pago ilegítimo, lo cual, evidentemente, podría constituir una amenaza al aludido derecho.

Aunado a lo señalado, si bien el principio de legalidad tributaria puede erigirse como *“...una forma especial de vinculación de las autoridades tributarias al ordenamiento jurídico, es decir, como un mandamiento dirigido propiamente al Estado (en su triple acepción) para establecer los límites del ejercicio de las potestades conferidas a éste en el ámbito de la tributación...”* (subrayado del concurrente) no significa que el mismo no pueda entenderse a su vez como una garantía a favor del ciudadano frente a una actuación administrativa que pudiera ser contraria al contenido de dicho principio y que pueda a su vez afectar un derecho constitucional expresamente previsto.

Igual consideración merece destacarse respecto a lo afirmado en el contenido de la sentencia que antecede, al momento de desecharse la denuncia por la presunta infracción del principio dispuesto en la norma contenida en el artículo 316 de la Constitución, al indicarse que *“...el principio enunciado forma parte de las directrices trazadas en el Texto Fundamental, dirigidas a regir la organización y actuación del Estado en materia tributaria, por lo tanto, como se ha explicado en los anteriores principios alegados, el amparo sólo puede ser acordado para garantizar derechos inherentes a la persona humana”*.

En tal sentido, se opina que si bien la norma antes indicada no prevé de manera expresa derecho constitucional alguno, no obstante, la misma no puede entenderse como una norma programática y carente de aplicación directa por sí misma, ya que incluso puede constituirse efectivamente en una garantía a favor del ciudadano frente a una actuación inconstitucional que pudiera traer consigo la violación o amenaza de violación de un derecho expresamente consagrado.

En efecto, cuando esta Sala actúa como juez constitucional a los fines de restituir la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional, no puede restringirse el ámbito de revisión en un caso determinado, únicamente a las normas que prevén expresamente derechos constitucionales, sino que se debe a través de una interpretación hermenéutica, relacionar junto con éstas, todo el resto de normas que comprenden la Carta Magna, todo ello, en razón de considerarse que la posición restrictiva no ha sido la pretendida por el Constituyente.

En atención a las consideraciones anteriores, podría verificarse la violación de un derecho económico, como consecuencia de la trasgresión de una norma como la prevista en el artículo 316 que busca entre otras cosas procurar la justa distribución de las cargas públicas según la capacidad económica del contribuyente, proteger la economía nacional y promover la elevación del nivel de vida de la población.

Si bien el voto concurrente del magistrado Mostafá Paolini, al menos consideró de cierta forma prudente no execrar al principio de legalidad tributaria de la lista de garantías que gozan de tutela directa del juez constitucional, es muy claro al afirmar que *“la norma antes indicada no prevé de manera expresa derecho constitucional alguno”*; aunque nos advierte que tampoco se trata de una norma programática, sin darnos luces entonces de a que naturaleza obedece este tipo tan peculiar de norma constitucional.

Racionalidad teleológica del principio constitucional de la legalidad tributaria, la necesidad del imperativo de la reserva legal para el funcionamiento del Estado Social y Democrático de Derecho

Sin duda alguna el principio de legalidad tributaria reviste la naturaleza de una garantía individual cuya finalidad es proteger al contribuyente del ejercicio del poder por parte del Estado, estando por supuesto *vinculado* íntimamente con los derechos económicos de garantía a la propiedad, de resguardo de la capacidad contributiva y de la no confiscación; que asisten a los ciudadanos como justo límite de la pretensión de exención fiscal. Es así como inclusive la doctrina vas más allá, y se le asigna al principio de legalidad una función primordial de protección del interés colectivo, tal y como lo indica Pérez Royo citado por Meier García, al no dudar en atribuir una labor de protección de la democracia en el procedimiento de imposición o establecimiento de las vías del reparto de la carga

tributaria, de allí que dicho principio se aplique a las exenciones o beneficios fiscales (generalizados), lo cual no podría explicarse a la luz el principio de legalidad como mera garantía individual⁹.

Esta opinión absolutamente mayoritaria en cuanto a la aceptación del principio constitucional de legalidad tributaria como garantía inobjetable y fundamento imprescindible del Estado de Derecho, a diferencia de lo planteado en su oportunidad por nuestro Tribunal Supremo, si ha sido considerado en su justa apreciación, por otros altos tribunales constitucionales América Latina, como es el caso de Colombia y Argentina por citar sólo dos ejemplos:

El principio de legalidad del impuesto, recogido por el artículo 338 de nuestra Carta Política, enuncia que el ejercicio del poder de imposición sólo corresponde a las corporaciones públicas que ostentan la representación popular. Este principio se concibe como una garantía en favor de los contribuyentes, a quienes se les reconoce el derecho ejercido a través de sus elegidos, de verificar la necesidad de las contribuciones públicas y de consentirlas. Históricamente surge a la vida jurídica como garantía política, con la inclusión en la Carta Magna inglesa de 1215 del principio “*no taxation without representation*”. Hoy en día es universalmente reconocido y constituye uno de los pilares del estado democrático.¹⁰

El principio de legalidad, consagrado en el art. 19 de la Const. Nacional (“Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”), implica en materia tributaria que el poder de establecer contribuciones corresponde exclusivamente al departamento legislativo y que su imposición debe serlo por ley formal del Congreso (conf. arts. 4 y 75, inc. 2, de la Const. Nac.). Su fundamento reconoce un indudable linaje democrático, en cuanto la atribución de establecer los impuestos y las cargas públicas es conferida al Poder Legislativo por ser quien representa de modo más inmediato la soberanía del pueblo (conf. Joaquín V. González, “Manual de la Constitución Argentina”, pág. 432). De allí que José Nicolás Matienzo afirmara en sus “Lecciones”, que esta función permite al Congreso “cuidar de que la fortuna general de la población no sea afectada mayormente por el ejercicio de la autoridad o de las atribuciones gubernativas” (*Lecciones de Derecho Constitucional*, 1926, p. 362).

Esta es la doctrina sustentada desde antiguo por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. En el caso “Sara Doncel de Cook vs. Provincia de San

⁹ Eduardo Enrique Meier García, “Reflexiones sobre el sistema tributario y el principio de legalidad tributaria en la Constitución de 1999”, en *Revista de Derecho Corporativo*, Vol. II, Nro 1, UNIMET, Caracas, 2002, p. 84.

¹⁰ Corte Constitucional de Colombia en Sala Plena, Sentencia C- 583 de 1996, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

Juan” (sentencia del 6 de septiembre de 1929), la CSJN resolvió que **“entre los principios generales que predominan en el régimen representativo republicano de gobierno, ninguno existe más esencial a su naturaleza y objeto, que la facultad atribuida a los representantes del pueblo para crear las contribuciones necesarias para la existencia del Estado. Nada exterioriza más la pasión de la plena soberanía que el ejercicio de aquella facultad, ya que la libre disposición de lo propio, tanto en lo particular como en lo público, es el rasgo más saliente de la libertad civil. Todas las constituciones se ajustan a este régimen, entregando a los congresos o legislaturas este privilegio exclusivo, pues como enseña Cooley, “en todo Estado soberano el Poder Legislativo es el depositario de la mayor suma de poder y es, a la vez, el representante más inmediato de la soberanía”**. Nuestra Carta, en sus arts. 4, 17 y 67 consagra la máxima de que sólo el Congreso impone las contribuciones nacionales, y estas disposiciones, en virtud de lo sintéticamente expuesto, han de entenderse como bases inmutables igualmente para los gobiernos de provincia, con referencia a las propias legislaturas, toda vez que los Estados particulares deben de conformar sus instituciones a los principios de la Constitución Nacional, expresa o virtualmente contenidos en ella (arts. 5, 31, 33 y 106 de la Constitución Nacional)” (Fallos: 155:290, consid. 2do.). Doctrina que fue reiterada por el Alto Tribunal en Fallos: 182:411; 195:65; 294:152, entre muchos otros, y recientemente en la causa “Bves Argentina S.A.” (octubre 14-993; confr. La Ley, 1993-E, p. 425)¹¹.

Como resultado de la lectura de ambas posiciones jurisprudenciales citadas, los magistrados de los más altos tribunales tanto en Colombia como Argentina, no dudan en explayarse sobre la relevancia del principio de legalidad tributaria como garantía que atañe al individuo y a la colectividad, siendo un principio de orden constitucional vinculado directamente con sostenimiento de la democracia y el respeto a los derechos de los ciudadanos en el Estado de Derecho.

Finalmente exponemos en su totalidad la clara y acertada posición al respecto de nuestro amigo y colega el Profesor Fraga-Pittaluga en un artículo mucho más reciente dedicado en exclusiva al principio de legalidad tributaria en Venezuela, en donde expone su opinión en comentario sobre la misma jurisprudencia bajo nuestro análisis en esta breve disertación.

Si hemos dicho que el ejercicio del poder tributario a través de la ley, asegura que los ciudadanos participen efectivamente en el cumplimiento del deber constitucional de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos, dentro de unos límites prefijados y claros, que aseguran el disfrute de las libertades públicas y en particular de aquellas que son consustanciales al

¹¹ Corte de Justicia de Salta, Sentencia de fecha 30 de junio de 1995.- D., J. H. y A., V. R. por sí y por la C. de C. e I. vs. P. E. P. (Decreto de Necesidad y Urgencia N° 400/94). Exp. N° 17.191/94 de Corte. Fallo de Corte (Tomo 52, fs. 699/740).

Estado Social de Derecho, tenemos que convenir entonces en que la reserva legal tributaria es una garantía constitucional frente al ejercicio del poder tributario.

No obstante, reiterada jurisprudencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia ha dicho que el principio de la reserva legal tributaria se erige como un estatuto obligatorio para las distintas ramas del poder, es decir, como un mandamiento dirigido propiamente al Estado para establecer los límites del ejercicio de las potestades conferidas a éste en el ámbito de la tributación, pero que no configura per se la consagración de un verdadero derecho subjetivo constitucional que sea susceptible de tutela judicial directa, y que como tal pueda invocarse autónomamente:

“Respecto del principio de legalidad tributaria, la doctrina y jurisprudencia coinciden al indicar que sus implicaciones básicas van desde el postulado fundamental, conforme al cual la Administración sólo puede obrar cuando haya sido legalmente facultada, hasta la reserva de ley, concebida como un medio de protección o garantía para la preservación de la propiedad privada y la libertad de disposición de los derechos patrimoniales ante las restricciones impuestas y derivadas de los tributos, en virtud de la cual pueden cobrarse determinados tributos cuando éstos hayan sido previstos en la ley. En este sentido, el señalado principio es visto como una de las características propias del moderno Estado de Derecho, que comporta la subordinación del obrar de la Administración Tributaria a la Constitución y las leyes; resultando éste, objeto de estudios doctrinarios, que coinciden al calificarlo como “una norma sobre normación”, que comporta el establecimiento de las relaciones entre el ordenamiento jurídico en general y el acto u actos emanados de la Administración. Por tales motivos, resulta evidente para esta Sala que dicho principio, tal como ha sido concebido por nuestro Constituyente, se erige como un estatuto obligatorio para las distintas ramas del poder, es decir, como un mandamiento dirigido propiamente al Estado para establecer los límites del ejercicio de las potestades conferidas a éste en el ámbito de la tributación; en consecuencia, considera esta Sala que tal precepto de vinculación con la legalidad no configura per se la consagración de un verdadero derecho subjetivo constitucional que sea susceptible de tutela judicial directa, y que como tal pueda invocarse autónomamente. Así se declara”.

Lamentablemente olvida la Sala que no sólo los derechos, sino también las *garantías constitucionales* (como la reserva legal tributaria) son susceptibles de tutela judicial, en especial a través del amparo constitucional (autónomo o cautelar) como claramente se desprende del artículo 27 de la Constitución, y como lo había reconocido la jurisprudencia desde hacía algún tiempo.

La posibilidad de crear, aplicar y recaudar tributos es una de las actividades más invasivas que lleva a cabo el Estado (*lato sensu*) en la vida de los particulares. Toca nada menos y nada más que las economías privadas de donde surgen los recursos para subsistir, para atender todas las necesidades de las personas y de sus dependientes, y para disfrutar del legítimo derecho de prosperar y progresar dignamente. Por eso se ha dicho con mucha razón que el ejercicio del poder tributario debe ser consentido y, sobre todo, debe (*sic*) claramente delimitado, precisamente por quienes otorgan su consentimiento frente a la tributación. El poder tributario es una herramienta útil y necesaria para atender las necesidades de la vida en sociedad, pero es una herramienta muy peligrosa, que mal o arbitrariamente utilizada, puede llegar incluso a aniquilarse a sí misma.

Llegado este punto y para comprender hasta dónde es necesario preservar el principio de la legalidad tributaria (sólo satisfecho por la ley formal y material, emanada del órgano legislativo correspondiente), vale la pena traer a colación el famoso *dictum* del Chief Justice John Marshall en el caso *McCulloch vs. Maryland* (1819) quien, haciendo suyas las palabras del abogado Daniel Webster, representante del Secretario del Banco de los Estados Unidos (McCulloch), dijo que: “Un ilimitado poder de gravar envuelve, necesariamente, un poder de destruir.”¹²

Confrontación entre la posición adoptada por la Sala Político Administrativa y el criterio que sostuvo la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia sobre el alcance y naturaleza del principio de legalidad tributaria

En nuestro modo de ver, resulta que la propia Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia se apartó abiertamente del razonamiento expuesto por la Sala Político Administrativa sobre el tema que nos ocupa, siendo que la Sala revestida incluso con la competencia de establecer jurisprudencia vinculante se pronunció en sentencias posteriores con fundamento en el criterio garantista del principio de legalidad tributaria, basándose en la doctrina española (*Pérez Royo*) que citáramos *supra*.

En efecto, en el marco de la controversia que se suscitó tiempo después por causa de la aplicación de la contribución de Paro Forzoso mediante el intento de la aplicación de una norma que resultó derogada, se pudo observar con más detalle la posición al respecto de la Sala Constitucional. Es así como dada la circunstancia

¹² Luis Fraga-Pittaluga, “El Principio de la Legalidad Tributaria”, en *Revista electrónica de Derecho Administrativo Venezolano 17-19 Homenaje a Pedro Nikken*, Caracas, 2020 Disponible en: <http://redav.com.ve/wp-content/uploads/2021/01/El-principio-de-la-legalidad-tributaria-Luis-Fraga-Pittaluga.pdf>; consultado 15 de abril de 2022.

innegable de la derogatoria del instrumento legal que contemplaba el impuesto conocido como contribución de Paro Forzoso, era de absoluta rigidez ordenar su desaplicación al no existir la ley que creaba el impuesto, en estricto apego al principio de legalidad. Esto lo señaló indudablemente el Tribunal en su momento en el caso *Otepi Consultores, S.A.*¹³

Sobre la garantía de legalidad tributaria y su vinculación con el orden público constitucional, Fernando Pérez Royo ha señalado lo siguiente:

“Aparte de su significado político en el esquema constitucional de división de poderes, esta exigencia de autoimposición se ha ligado durante mucho tiempo a la garantía estrictamente individual frente a las intromisiones arbitrarias en la esfera de libertad y propiedad del ciudadano. Dentro del conjunto de valores del Estado Social y Democrático de Derecho (...) es necesario, sin embargo, reconocer al principio de legalidad tributaria un significado o fundamentación plural.

Por un lado, ciertamente, la función de garantía individual a que hemos hecho referencia. Pero junto a ese carácter garantista estrictamente individual, **el principio de legalidad debe ser visto también –e incluso de manera prevalente o principal- como una institución al servicio de un interés colectivo: el de asegurar la democracia en el procedimiento de imposición o establecimiento de las vías de reparto de la carga tributaria. Lo que ha querido el constituyente es que el juicio sobre el reparto de la carga tributaria sea establecido por el órgano que, dada su composición y funcionamiento, mejor asegura la composición de intereses contrapuestos en el mencionado reparto”** (*Derecho Financiero y Tributario*. Parte General, Madrid. Civitas, 2000, pp. 41-42) (Negrillas de este fallo).

Aún más, ante la situación extrema creada en ese entonces por la inactividad dañina de la Asamblea Nacional al no cumplir sus funciones legislativas y promulgar la norma jurídica correspondiente a la contribución de Paro Forzoso, la Sala Constitucional se vio obligada posteriormente a emitir una decisión bastante radical en su momento, en la cual ordenó una medida cautelar de importantes proporciones, precisamente por encontrarse en juego dos principios constitucionales de la mayor importancia como lo son, el principio de legalidad tributaria y el de seguridad social del ciudadano. Dicho pronunciamiento dio como resultado una medida cautelar que ordenó la *ultraactividad* de la ley que contenía la contribución del Paro Forzoso hasta tanto la Asamblea Nacional no subsanase la mora legislativa en la cual incurrió, ejerciendo de esta manera las plenas facultades el juez constitucional en procura del mantenimiento del principio de legalidad tributaria, sin el cual los derechos de los ciudadanos se verían

¹³ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, Sentencia de fecha 24 de marzo de 2004 con ponencia del Magistrado José Manuel Delgado Ocando.

irremediablemente sin efecto jurídico alguno. Esta medida se tomó en el caso *Provea*¹⁴:

(...) Por último, en atención a la gravedad de la situación jurídica que se plantea como consecuencia de la omisión legislativa que se declara en esta decisión, en atención a la urgencia que reviste su reparación, y con el fin, además, de evitar un indeseado incumplimiento de las obligaciones internacionales que ha asumido la República, en los términos que antes se expusieron, la Sala acuerda, de conformidad con el artículo 19, párrafo 11, de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, medida cautelar innominada mediante la cual se suspenden los efectos del artículo 138 de la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social y, en consecuencia, se declara la ultra actividad del Decreto con Rango y Fuerza de Ley que Regula el Subsistema de Paro Forzoso y Capacitación Laboral, que fue publicado en la Gaceta Oficial no. 5392 Extraordinario, de 22 de octubre de 1999, y, por ende, cautelarmente vigente a partir de este pronunciamiento y hasta cuando la Asamblea Nacional ponga fin a la situación de mora legislativa en los términos de este fallo; medida preventiva que no obsta para que, en caso de un eventual incumplimiento de este veredicto en fase de ejecución voluntaria, esta Sala complemente tal cautela con las medidas provisionales y correctivas que sean necesarias para evitar mayores perjuicios al orden público constitucional y al sistema de seguridad social venezolano. Lo anterior se dispone con estricto apego a los límites del juez constitucional, en los supuestos de ejecución forzosa de fallos de control de omisiones legislativas, tal como se expuso en la sentencia de esta Sala de 31 de mayo de 2004 (caso Ley Orgánica del Poder Municipal). Así se decide.

Conclusiones: la irracional incongruencia de negar la aplicación de un medio idóneo (el amparo cautelar) para la consecución del fin de protección de un derecho subjetivo constitucional como lo es el principio de legalidad tributaria

De conformidad con el artículo 5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, la acción de amparo puede ejercerse conjuntamente con el recurso de nulidad del acto y *“el Juez, en forma breve, sumaria, efectiva y conforme a lo establecido en el artículo 22, si lo considera procedente para la protección constitucional, suspenderá los efectos del acto recurrido como garantía de dicho derecho constitucional violado, mientras dure el juicio”*. Como puede inferirse de la norma legal parcialmente transcrita, el amparo cautelar es un medio idóneo para obtener la suspensión de efectos de un acto recurrido, cuando se esta en presencia de la necesaria protección de derechos constitucionales.

¹⁴ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, Sentencia de fecha 2 de marzo de 2005, con ponencia del Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz.

De esta misma manera el Artículo 317 de la Constitución expresa que: “No podrá cobrarse impuesto, tasa, ni contribución alguna que no estén establecidos en la ley, ni concederse exenciones y rebajas, ni otras formas de incentivos fiscales, sino en los casos previstos por la ley que cree el tributo correspondiente”, con lo cual eleva al máximo rango jurídico el principio de legalidad tributaria, haciendo mediante el uso de la fórmula gramatical de una orden subjetiva “no podrá cobrarse” con un evidente sentido de protección al destinatario de esa acción de cobro que no es otro sino el ciudadano, –distinta a la posible redacción de no podrá crearse, que en todo caso podría estar más orientada a la interpretación que sostiene la Sala Política con relación a la existencia de “un mandamiento dirigido propiamente al Estado”–.

Ahora bien, negar la aplicación de un medio idóneo para conseguir la protección constitucional de una garantía, sosteniendo que la norma contenida en la Constitución a pesar de aceptar que no se trata de una norma programática, carece a su vez de la condición de derecho constitucional subjetivo, en palabras de doctrina patria, *es irracional por irrazonable, por absurda*.

La racionalidad de una norma jurídica es virtud que depende de su idoneidad para obtener, mediante una formulación precisa y no ambigua, el fin práctico que se trata de obtener con ella. (...) Con arreglo a estas ideas se juzga la racionalidad o irracionalidad de una norma legal en su relación con cierta norma de la Constitución; no es racional la norma no adecuada para lograr el plausible fin que la otra norma de mayor rango, la constitucional, describe o que lleva implícito. Lo mismo dígase respecto de la interpretación de la norma jurídica en general: no es razonable la que conduzca frustrar el recto fin de la norma, entonces es irracional por irrazonable, por absurda.¹⁵

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BREWER-CARÍAS, Allan R., *La Constitución de 1999 Derecho Constitucional Venezolano* Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2004.

CASÁS, José Oswaldo, *Derechos y Garantías Constitucionales del Contribuyente A Partir del Principio de reserva de ley tributaria*. Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002.

ESCUADERO LEÓN, Margarita, “La Racionalidad de la Institución de la Revisión Judicial”, *Revista Tachirense de Derecho*, Nro. 8, UCAT, San Cristóbal, 1998.

¹⁵ Enrique Lagrange, Prólogo a *Lo racional y lo irracional de los intereses moratorios en el Código Orgánico Tributario*, de Humberto Romero-Muci, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas 2004.

FRAGA-PITTALUGA, Luis, “El Principio de la Legalidad Tributaria”, *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano 17-19 Homenaje a Pedro Nikken*, Caracas, 2020 Disponible en: <http://redav.com.ve/wp-content/uploads/2021/01/El-principio-de-la-legalidad-tributaria-Luis-Fraga-Pittaluga.pdf>; Consultado el 15 de abril de 2022.

LINARES, Juan Francisco, *Razonabilidad de las Leyes*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1970.

MEIER GARCÍA, Eduardo Enrique, “Reflexiones sobre el sistema tributario y el principio de legalidad tributaria en la Constitución de 1999”, *Revista de Derecho Corporativo*, Vol. II, Nro. 1, UNIMET, Caracas, 2002.

ROMERO-MUCI, Humberto, *Lo racional y lo irracional de los intereses moratorios en el Código Orgánico Tributario*, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2004.

RUAN SANTOS, Gabriel, “Principios sustantivos de la tributación en la Constitución de 1999”, *La Tributación en la Constitución de 1999*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2001.

UCKMAR, Víctor, *Principios Comunes del Derecho Constitucional Tributario*, Ed. Temis, Bogotá, 2004.

UN ENSAYO SOBRE LA INTERPRETACIÓN COMO MEDIO PARA DESECHAR FICCIONES Y FALSAS PRESUNCIONES EN LAS NORMAS DE DERECHO SUSTANTIVO TRIBUTARIO

Juan Esteban Korody Tagliaferro *

SUMARIO

1. A modo de introducción: HUMBERTO ROMERO-MUCI homenaje a un jurista que ha buscado la racionalidad y la verdad en nuestra ciencia. 2. La interpretación constitucional de las normas jurídicas de contenido tributario y la íntima relación de las circunstancias y los hechos según el contexto: 2.1. En búsqueda de una metodología de interpretación constitucional de las normas en el Derecho tributario material que proteja al contribuyente: 2.2. Las presunciones en las normas de derecho tributario y su estéril función cuando se alejan de la verdad: 3. Casos de presunciones que se vuelven estériles, se alejan de la verdad y de la razón: 3.1. Caso 1: las rentas presuntas de ISLR para intangibles: 3.2. Caso 2: Presunciones en el sistema de ajuste por inflación: 3.2.1. La denominada “base monetaria” para el ajuste regular de los activos circulantes (inventarios): 3.3. Otras presunciones pendientes de estudiarse: 3.3.1. La renta neta de los asalariados: 3.3.2. La disponibilidad de la renta gravable en base a lo causado: Referencias bibliográficas.

1. A modo de introducción: HUMBERTO ROMERO-MUCI homenaje a un jurista que ha buscado la racionalidad y la verdad en nuestra ciencia

Es un deber cartesiano comenzar por el principio. En este caso, por reconocer algunos de los innumerables méritos que hacen necesario este homenaje, sin necesidad del ditirambo, que como hemos dicho en otras oportunidades, lejos de exaltar, demeritan.

* Abogado de la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB) con estudios de Postgrado en Derecho Financiero de la misma Universidad y en Derecho Administrativo de la Universidad Central de Venezuela. Profesor de pregrado en la cátedra de Análisis Económico del Derecho de la Universidad Monteávila (UMA). Es miembro de número y vicepresidente del Consejo Directivo de la Asociación Venezolana de Derecho Tributario (AVDT). Socio de PTCK.

El Dr. ROMERO-MUCI tiene como matiz diferenciador en sus trabajos profesionales y académicos, la búsqueda del aspecto racional en cada una de las manifestaciones de nuestra ciencia jurídica. La racionalidad en el sistema, en la ley, en la norma, en la interpretación, en la aplicación del Derecho.

Quizás como consecuencia de su personalidad, su curiosidad, su inquietante inconformidad con los dogmas y probablemente por su inclinación a las ciencias económicas, tomándome la licencia de especulación, considero que esas son las razones que justifica esa constante búsqueda y línea argumentativa de la razón y la verdad.

Aunque no parezca a simple vista, el Dr. ROMERO-MUCI, además se permite usar el humor no solo en su vida cotidiana, sino que a veces lo para rebatir argumentos que pudiera simplemente abolir con alguna de sus conocidas *-por destempladas-* frases. La búsqueda de la palabra adecuada, el uso de manchetas y de caricaturas como colorario de sus argumentaciones, también revela su inteligencia y propensión intelectual.

He tenido el privilegio, después de muchos años, de ver también que, de manera concomitante a la figura de un muy circunspecto y severo profesor y abogado, se encuentra una persona que con particular personalidad es generosa y buen amigo, de lo cual personalmente me he beneficiado y que aprovecho de agradecerle mediante estas líneas.

Creo que el homenaje que hoy le rinde la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, se justifica no por el número de obras, sino por el contenido y el aporte que cada una de ellas ha dado al Derecho no solo en Venezuela sino en un ámbito internacional.

El racionalismo pragmático y de denuncia que se revela en su obra escrita, nos recuerda un poco a la solución que se le ha dado a la diatriba filosófica entre racionalismo puro y las corrientes empíricas, según la cual es necesario crear modelos científicos y matemáticos para dar explicación racional a los fenómenos de la realidad empírica.

Así, en nuestra opinión, la obra del Dr. ROMERO-MUCI desde la crítica y desde la argumentación trata de pasar por el tamiz de la razón ciertos eventos y fenómenos de nuestra ciencia jurídica para generar un veredicto de racionalidad y de verdad o de irracionalidad y mentira.

Son muchas las obras que se pueden destacar, pero podemos hacer notar a los efectos de este homenaje algunas de las que han tenido especial influjo en mi formación profesional, entre ellas encontramos: “Lo Racional y lo Irracional de los Intereses Moratorios en el Código Orgánico Tributario”; “La racionalidad del sistema de corrección monetaria fiscal”; “El Derecho y el Revés de la Contabilidad”; “(In)moralidad tributaria en Venezuela. Entre la distopía y la anomia social”; “«La mentira contable»: crónica de incomunicación y engaño. Aspectos jurídicos de la liberación del tipo de cambio según el Convenio

Cambiarlo N.º 1 y de la publicación extemporánea de los INPC por el BCV para los años 2016, 2017, 2018, hasta septiembre 2019”, “La disfunción del bolívar y la dolarización de facto de la economía” y “Desinstitucionalización tributaria en Venezuela a <entre la distopía y la anomia>“.

En cada una de estas obras, observamos que con valentía el Dr. ROMERO-MUCI desafía algunos dogmas del derecho, entre ellos uno que en lo personal ha llamado mi atención y al que he tratado de dedicarle algún tiempo de reflexión y estudio desde lo profesional, a saber: el de la interpretación literal de la norma en el principio de legalidad tributaria, la de que los registros contables son magnitudes inequívocas de capacidad económica, la perversa relación entre el control económico y político con el lenguaje y la aplicación del derecho.

En nuestra libre interpretación entendemos que, si lo que está escrito en la ley, nos lleva a una realidad irracional, entonces estamos entre dos situaciones posibles: o lo estamos leyendo mal o la norma perdió su función normativa y por lo tanto no es posible que se aplique en un Estado Constitucional de Derecho.

De eso se trata este breve ensayo: es la introducción de nuestra propuesta de un método de interpretación de las normas de derecho tributario material, donde se privilegie la verdad y la racionalidad, partiendo de la función general que estas tienen. De manera que con ejemplos reales provenientes de la observación profesional presentamos una solución alternativa a una situación económica y normativa, que por vía de la interpretación de la norma y en algunos casos por calificación del contexto.

Agradecemos la gentil invitación de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, la cual sinceramente me honra y felicitamos al Dr. ROMERO-MUCI por este merecido homenaje, esperando que sean muchos años de muchas agudas reflexiones. ¡Un abrazo, Humberto!

2. La interpretación constitucional de las normas jurídicas de contenido tributario y la íntima relación de las circunstancias y los hechos según el contexto

La *racionalidad* en el Derecho tributario está en encontrar la *verdadera* capacidad económica del agente económico para contribuir a las cargas públicas de manera auténtica, pero sin empobrecerse, sin frustrar la fuente generadora de renta, manteniendo los incentivos para generar más riqueza, todo ello en pleno respeto al principio de libertad y protegiendo la propiedad privada.

Es cierto e ineludible que en la dogmática tributaria rige el más severo principio de legalidad, ello ha sido precisamente un triunfo de la razón sobre la irracional barbarie y es un hito alcanzado que no es posible desechar, pero esto no significa que por “privilegiar” el principio de legalidad, cualquier cosa que se interprete que la Ley diga es algo que tenga que necesariamente aplicarse.

La interpretación es el modo leer la norma jurídica para entender desde la abstracción el fin perseguido antes de su aplicación. Si hay varias lecturas, se hace necesario argumentar¹ a los fines de seleccionar la solución correcta.

Se ha difundido en nuestra profesión que el intérprete debe buscar el llamado “espíritu, propósito y razón”² de la norma y algunos se refieren como “la intención” o el “espíritu” del legislador, según la cual se afirma que se debe interpretar la norma conforme a los que el Legislador como creador de la norma jurídica ha querido establecer en ella.

Aunque la aproximación histórico social de la norma es importante y de lo que sus promotores entendieron en el momento en que se engendró, no deja de inquietarnos esa concepción estática frente a la racionalidad y los naturales avances del hombre. Es por ello que preferimos inclinarnos por entender la interpretación de la norma como la lectura que busca la *ratio legis* para el caso concreto tomando en cuenta los hechos y circunstancias que le son relevantes.

Puede que la norma jurídica esté destinada a cumplir una función específica y por supuesto que para que la tarea hermenéutica sea haga de forma correcta es necesario tener muy claro cuál es esa función específica; por ejemplo en las normas de configuración de la base imponible de un tributo como puede ser el impuesto sobre la renta, el fin de una determinada norma jurídica puede ser la identificación del ingreso bruto sobre el cual se le deducirá los costos y deducciones para encontrar la renta neta gravable, así el legislador podría delimitar y hacer una interpretación auténtica de lo que se considera ingreso bruto a los efectos de la ley y sobre todo para encontrar la renta neta gravable; sin embargo, cada una de las normas que integran la ley creadora del impuesto sobre la renta tienen un fin mediato y general que le da sentido propósito y razón a la misma y no es otra que precisamente lo que inicia este inciso: encontrar la verdadera capacidad económica del agente económico para contribuir a las cargas públicas de manera auténtica, pero sin empobrecerse, sin frustrar la fuente generadora de renta, manteniendo los incentivos para generar más riqueza, todo ello en pleno respeto al principio de libertad y protegiendo la propiedad privada.

Hemos afirmado en otras oportunidades que la aplicación de los hechos en una norma, bajo un contexto determinado, puede generar resultados inconstitucionales o irracionales.

¹ Siguiendo al maestro Manuel Atienza: “Argumentar o razonar es una actividad que consiste en dar razones a favor o en contra de una determinada tesis que se trata de sostener o refutar. Esa actividad puede ser muy compleja y consistir en un número muy elevado de argumentos (de razones parciales) conectadas entre sí de muy variadas formas”. *Argumentación Constitucional Teoría y Práctica*, Editorial Porrúa, México, 2011.

² Mariano Uzcátegui Urdaneta, “Interpretación de la Ley e integración del Derecho”, Caracas, 1989.

El derecho positivo ha previsto esta situación de dos maneras: (i) con el control difuso de la constitucionalidad, que no es más que la preeminencia de las normas y principios constitucionales que rigen el ordenamiento jurídico³ y (ii) las reglas de hermenéutica.

En consecuencia, no puede haber interpretación de norma tributaria alguna sin que en ese proceso hermenéutico se tome en consideración los principios constitucionales que los contribuyentes hemos impuesto como límites para contribuir a las cargas públicas.

Las normas contenidas en los artículos 133, 316 y 317 de nuestra Constitución, la esencia de la constitucionalización del tributo exige el establecimiento de principios básicos y ordenadores del sistema tributario, que deben ser ineludiblemente observados por cada ley (sentido *lato*) al crearse⁴ cada tributo en particular y en la interpretación y aplicación que de ella hagan los particulares, la Administración, y, en definitiva, el órgano jurisdiccional.

La Constitución política, como lo expresa SAINZ DE BUJANDA, enunciará así aquellos principios fundamentales del tributo en un doble sentido: formal, en cuanto a que las normas han de exteriorizarse como leyes, y material, en cuanto a que, al regular los elementos estructurales y de cuantificación de las relaciones tributarias, han de acomodarse a criterios directivos de justicia fiscal⁵.

Por tanto, se proclaman la legalidad y la justicia, al decir de CAYÓN GALIARDO, a los que se añadirá la seguridad jurídica como principios informadores del sistema, principios que son absolutamente interdependientes entre sí.⁶

Siendo la tributación un medio de financiamiento obligatorio, pero autoimpuesto por los ciudadanos de forma constitucional, para el sostenimiento del Estado en sus distintas manifestaciones y una limitación natural aceptada y consensuada al derecho de propiedad, destacando su interés general y la incidencia de tales contribuciones (cargas públicas), la definición de cada especie tributaria debe estar guiada por la necesidad de consultar la aptitud económica de los sujetos llamados a cumplir forzosamente tales prestaciones,

³ Así lo reconoce José Rafael Bermúdez en su importante trabajo “Interpretación jurídica y calificación de los hechos, según el Código Orgánico Tributario de 2001”, en *60 años de imposición a la renta en Venezuela. Evolución histórica y estudios de la legislación actual*, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, 2003.

⁴ Oswaldo Anzolna expresa que el legislador debe tomar en cuenta la capacidad económica para consagrar el hecho imponible. “La ley tributaria: su interpretación y los medios legales e ilegales para evitar o reducir sus efectos”, en *Libro Homenaje a José Andrés Octavio*, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 1999.

⁵ Antonio Cayón Galiardo, “El sistema fiscal. Fundamentos y estructura”, en *Revista Española de Derecho financiero*, No.104, octubre/diciembre 1999, Civitas, Madrid, 1999, p. 693.

⁶ *Ídem*.

más cuando un mismo contribuyente se encuentra expuesto a una incidencia simultánea de tributos de distinta especie y de diferentes entidades públicas de base territorial.

Vale decir, como acertadamente afirma el profesor LEONARDO PALACIOS⁷, la capacidad económica, es la renta y ésta es un único centro de imputación de responsabilidad impositiva, pero sobre este tema repararemos más adelante.

Lo central, en este momento es afirmar que la consulta a la capacidad económica, como aptitud para contribuir a las cargas públicas sin empobrecerse, estimulando la creación de riqueza y protegiendo reforzadamente la libertad y la propiedad, es de ineludible exigencia y aplicación y, no un mera orientación técnica o meta de racionalización del tributo. Se impone al poder legislativo cualquiera sea el nivel político territorial que el tributo que proceda a crear esté en función de los intereses peculiares de la entidad en virtud de la naturaleza y ámbito de aplicación del tributo, sin afectar la actividad financiera de la República, el reparto del poder tributario y ajustado a la capacidad de pago y sacrificio resultante de la consulta a la capacidad económica de los contribuyentes.

Así, constitucionalmente toda persona tiene el deber de coadyuvar a los gastos públicos mediante el pago de impuestos, tasas y contribuciones que establezca la ley, pero no de cualquier manera que el legislador así lo estime, ello es así siempre y cuando el agente económico tenga la aptitud económica para hacerlo de acuerdo a su individual y particularizada capacidad económica y para ello depende no solo que el sistema tributario cumpla con el deber de la racional armonización que se desea⁸, sino que sean tomados en cuenta todos los hechos y circunstancias que son relevantes al momento de la verificación de los hechos imponibles y al momento de la cuantificación de cada tributo en particular y de todas las obligaciones que en su conjunto orbiten en función del patrimonio de un contribuyente.

La consulta a la capacidad económica, siguiendo a PALACIOS⁹, no solamente se estructura mediante la imposición de tipos progresivos o de depuración de la base imponible sobre la cual recae el tributo (caso del impuesto sobre renta), el tener presente los efectos de las exenciones, exoneraciones y demás incentivos y su incidencia negativa o distorsiva en el patrimonio de los sujetos pasivos (caso de la imposición al valor agregado) sino también en la forma de adopción de las magnitudes que sirven para configurar la base de imposición de los impuestos.

⁷ Leonardo Palacios Márquez, “Derechos Humanos y Tributación”, Relatoría General por Venezuela en las XX Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario, Salvador (Bahía), 2000.

⁸ Juan Cristóbal Carmona Borjas, “Propuestas para una reforma tributaria en Venezuela”, en *Memorias de las X Jornadas Venezolanas de Derecho Tributario*, Tema II: Armonización tributaria, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2011.

⁹ *Ídem*.

En este último caso, resulta necesario que la deliberada escogencia por parte del legislador de una magnitud económica sobre la cual se determina la cuota impositiva lo sea sobre parámetros que estén estrechamente vinculados con la actividad económica, acto o negocio jurídico que sirve de molde para las hipótesis de incidencia, que conforman los hechos imposables, que una vez realizados o verificados, lo concretan y la dan existencia para dar paso al nacimiento de la obligación del pago del impuesto y que denoten la capacidad económica de quienes están indicados por la ley como sujetos pasivos por realizar o ante quien se verifican esa hipótesis de incidencia, que activan la concreción del mandato general y abstracto en que el hecho imponible consiste.

La forma más precisa de lograrlo es tener presente, como ya se dijo que en “*última instancia la renta es la magnitud de todos los tributos y atiende los tres momentos o etapas del ingreso: su realización, su gasto o capitalización*”¹⁰.

En consecuencia, no puede haber interpretación alguna de normas tributarias o de los hechos que deben subsumirse en ellas, que no tenga en cuenta: (i) la renta como manifestación de capacidad económica para contribuir a las cargas públicas, (ii) la idea que la tributación no puede ser un obstáculo que impida el goce y plena existencia y validez de los derechos constitucionales de libertad económica, propiedad y libre contratación, ni tampoco de las manifestaciones concretas de los mismos, como son los actos y negocios jurídicos y finalmente todo el marco de realidad económica que revestiría el contexto en el cual se pretenden aplicar las normas.

En ese sentido, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, ha indicado con meridiana claridad que no puede existir ningún acto del poder público que quede fuera del ámbito de aplicación de la hegemonía de los derechos, garantías y libertades que el constituyente ha consagrado en la Carta Fundamental, incluyendo incluso, aquellos actos del Poder Públicos cuya vigencia anterior a la aparición del texto constitucional del año 1999:

“...toda norma legal, incluso preconstitucional, **debe ser interpretada dentro del contexto normativo que la contempla** y, fundamentalmente, conforme a la Constitución, toda vez que, como bien lo ha expresado el autor español Eduardo García de Enterría, ‘[l]a supremacía de la Constitución sobre todas las normas y su carácter central en la construcción y en la validez del ordenamiento en su conjunto, obligan a interpretar éste en cualquier momento de su aplicación (...), en el sentido que resulta de los principios y reglas constitucionales...’ (Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*. Tercera Edición, CIVITAS, Madrid, p. 95)¹¹.

¹⁰ Mauricio Plaza Vegas, *Derecho de la Hacienda Pública y Derecho Tributario: Las ideas políticas de la hacienda pública*, Temis, Bogotá, 2000, p. 777.

¹¹ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, Sentencia N° 2333 del 2 de octubre de 2002.

Esto es lo que la doctrina mayoritaria y la propia Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia¹², han denominado, con acierto: “*la interpretación constitucional de las normas*”^{13 - 14}.

En consecuencia, al momento de su aplicación, el intérprete debe tener en cuenta el elemento teleológico de la norma, que puede ser, la gravabilidad de una renta realmente existente o en el caso de las normas anti elusivas, evitar disminuciones ilegítimas por irreales de la cuota tributaria y con base a ello, seleccionar adecuadamente, con racionalidad y proporcionalidad, el sentido y alcance de interpretación de la norma tributaria.

Tal como hemos afirmado en anteriores oportunidades¹⁵, respecto al método y alcance de la interpretación de acuerdo con la dogmática constitucional impositiva, el Código Orgánico Tributario, como norma rectora de la actuación fiscal de la Administración y de los contribuyentes, establece en su artículo 5 la forma como las normas tributarias se interpretarán.

¹² Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, Sentencia N° 20856 del 26 de julio de 2000; y Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, Sentencia del 9 de diciembre de 2002, en la cual se expresa: “*La interpretación constitucional posibilita el giro del proceso hermenéutico alrededor de las normas y principios básicos que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela ha previsto. Ello significa que la protección de la Constitución y la jurisdicción constitucional que la garantiza exigen que la interpretación de todo el ordenamiento jurídico ha de hacerse conforme a la Constitución (verfassungskonforme Auslegung von Gesetze). Tal conformidad requiere del cumplimiento de varias condiciones, unas formales, como la técnica fundamental (división del poder, reserva legal, no retroactividad de las leyes, generalidad y permanencia de las normas, soberanía del orden jurídico, etc.) (Ripeert. Les Forces créatrices du droit, Paris, LGDJ, 1955, pp.307 y ss.) Y otras axiológicas (Estado social de derecho y de justicia, pluralismo político y preeminencia de los derechos fundamentales, soberanía y autodeterminación nacional), pues el carácter dominante de la Constitución en el proceso interpretativo no puede servir de pretexto para vulnerar los principios axiológicos en que descansa el Estado constitucional venezolano*”.

¹³ María Luisa Balaguer Callejón, *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*, Tecnos, Madrid, 1997.

¹⁴ Es evidente que no nos estamos refiriendo al instituto de la interpretación constitucional que realiza la Sala como una de sus competencias, la cual por cierto tiene límites claros como bien señala el Dr. Escovar León en su muy difundido y excelente trabajo: Ramón Escovar León, “El Precedente y la interpretación constitucional”. Editorial Sherwood, Caracas, 2005; y en Ramón Escovar León, “Límites de la interpretación constitucional”, *Revista de Derecho Público*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2019.

¹⁵ Juan Esteban Korody Tagliaferro, “Las pérdidas en el impuesto sobre la renta venezolano: una revisión pragmática a la luz de los principios constitucionales de la tributación”, en *70 años del impuesto sobre la renta en Venezuela. Memorias de las XII Jornadas de venezolanas de derecho tributario*, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2013.

En dicha norma y con inusitada claridad, se establece que la interpretación de las normas tributarias se hará con arreglo a los métodos admitidos en derecho, en consideración ineludible a su significación económica¹⁶.

Así mismo, establece, en su artículo 6, la analogía como procedimiento admisible para llenar los vacíos legales y, en su artículo 7, la aplicación de las normas contenidas en otros cuerpos normativos como medios supletorios a los fines de lograr una adecuada interpretación, aplicación e integración de las normas de contenido tributario, cuando existan vacíos o elementos no claros en su contenido.

¹⁶ Al respecto dos observaciones: la primera, referida a que nuestro Código Orgánico Tributario no hace referencia expresa a la “*interpretación económica*”, sino que indica que la selección del método puede atender el sentido y alcance de la norma “*a su significación económica*”, que son dos cosas distintas, tomando en cuenta que la “*interpretación económica*” es una especie conocida y estudiada ampliamente por la doctrina especializada. En segundo lugar, es importante hacer referencia a que la doctrina moderna más autorizada, ha efectuado sus reservas respecto a lo que las legislaciones y, cierta parte de la doctrina han entendido por la denominada “*interpretación económica*”, e incluso, tal como lo ha acuñado con acierto, el profesor HELENO TAVEIRA TORRES en su obra “Derecho tributario y Derecho Privado, Autonomía privada, simulación y elusión tributaria”, el conocido método de “*interpretación económica*”, sería un paradigma superado que avanza a una interpretación finalista.

En Venezuela, un trabajo que para mí es el más importante al respecto es el del profesor JOSÉ RAFAEL BERMÚDEZ, en el cuál con un rigor académico y lógico da *-al menos-* nueve razones para rechazar la interpretación económica, las cuales resumimos: (i) no hay una regla de preminencia de dicho método en nuestro derecho positivo, (ii) una cosa es tomar en cuenta la realidad económica y otra es “*colocar una imprecisa sustancia económica por encima de las definiciones que el derecho le atribuye a los negocios jurídicos*”, (iii) como todos los métodos son admitidos, no es necesario acudir a métodos excepcionales, (iv) la interpretación económica genera inseguridad jurídica, (v) la interpretación siempre es jurídica aunque tome en cuenta elementos económicos, (vi) es falso que la realidad económica es la alternativa al pretendido apego del juez al silogismo, porque éste depende de una construcción intelectual anterior como es la construcción de las premisas, (vii) siguiendo a SAINZ DE BUJANDA, es impreciso justificar la interpretación económica en una maniquea dicotomía entre la sustancia sobre la forma, pues lo realmente importante en nuestra disciplina es en el campo de la calificación de los negocios en la manifestación de voluntad, las causas y objetos que pueden tener prestaciones valorables económicamente, (viii) la ciencia jurídica tiene sus propias instituciones para corregir negocios anómalos (simulación, abuso y fraude) que no necesitan la interpretación económica para ello y (ix) la doctrina ha sabido avanzar sobre lo que realmente debe ser entendido como interpretación económica y en ese sentido no es otra cosa que atender a la finalidad de la norma, algo en lo que Bermúdez pudo acertar con Taveira. José Rafael Bermúdez, *ob. cit.*

Por su parte el Código Civil establece en su artículo 4°, el método primigenio de hermenéutica general, conforme al cual “...*la Ley debe atribuírsele el sentido que aparece evidente del significado propio de las palabras, según la conexión de ellas entre sí y la intención del legislador*”, haciendo igual referencia a la utilización del procedimiento de analogía y, dado el caso, aplicar los principios generales del derecho, cuando aquel no llenare los vacíos existentes.

En este orden de ideas, al interpretar una norma tributaria, el operador jurídico tiene el deber constitucional de partir de la vigencia del principio de la capacidad contributiva del sujeto obligado a soportar la carga tributaria en calidad de contribuyente, lo cual nos exige que, para velar por esta capacidad, deben tomarse en cuenta factores económicos que, en definitiva, son los que pueden medir de qué forma se desarrolla la capacidad de contribuir de un sujeto en el marco de los elementos esenciales del hecho imponible, en este caso constituido por el incremento patrimonial causado en el período respectivo.

Así, con fundamento en el artículo 5° del Código Orgánico Tributario, la interpretación de una norma de contenido tributario debe realizarse tomando en cuenta el contexto, fin económico o realidad económica subyacente que esta pueda tener, es decir, debe evaluarse que el presupuesto de hecho tenga un sustrato económico que se corresponda con el nacimiento de la obligación tributaria, pero en el sentido y alcance que anteriormente hemos indicado, es decir, atendiendo a los fines de la norma.

En consecuencia, la naturaleza del hecho imponible y, en general, de todos los elementos que conforman la obligación tributaria, debe ser establecida no sólo en función de su juridicidad, sino en atención a la realidad de las situaciones valoradas al momento de su creación, que, en definitiva, forman parte del presupuesto que se integra al derecho positivo y las cuales le son inherentes y siempre atendiendo que el resultado de la aplicación de la norma tendrá un efecto patrimonial en el agente económico y por lo cual se hace necesario.

Por ello, la separación absoluta entre la naturaleza jurídica, la intención de las partes en un negocio jurídico y la realidad económica subyacente del hecho imponible es ilusoria, por cuanto todos los elementos económicos moldeados por el legislador e incluidos en la definición del presupuesto de hecho integran la hipótesis normativa, y en tal virtud, su esencia económica forma parte indisoluble de su juridicidad.

Por otra parte, el principio denominado “Transparencia Fiscal” (homónimo del régimen, pero completamente distinto), es definido por el profesor FRITZ NEUMARK, como aquel que “*exige que las leyes fiscales en sentido amplio, es decir, con inclusión de los reglamentos ejecutivos (regulations), directrices, etc., se estructuren de manera que presenten técnica y jurídicamente el máximo posible de inteligibilidad y sus disposiciones sean tan claras y precisas que excluyan toda duda sobre los derechos y deberes de los contribuyentes, tantos*

en éstos mismos como en los funcionarios de la Administración Tributaria, y con ello la arbitrariedad en la liquidación y recaudación de los impuestos”¹⁷.

La interpretación no puede tener sólo por objeto “*el nombre del impuesto, (...) sino la naturaleza misma de la cosa lo que fija y determina su modo intrínseco de ser*”¹⁸, es decir, la realidad económica subyacente, sino que debe englobar el rol que cada tributo juega en la actividad financiera, la esencia de la materia imponible, el presupuesto de hecho del impuesto o imponible en función de la distribución competencial del poder o facultad de creación de tributos y la mecánica y principios que permite su tipificación.

Tal exigencia es el producto del reconocimiento a la existencia de una estructura o sistema tributario, donde los elementos o tributos que lo integran conforman un “repertorio”, al decir de SAMPAIO FERRAZ, y una “estructura” atinente al complejo de relaciones que entre ellos se establece¹⁹.

La interrelación armónica y coordinada se logra a través de los principios que informan el sistema tributario y su interrelación adicional con el resto del ordenamiento, vale decir, incluso, con aquellos principios que configuran y le dan esencia a cada tributo y a los denominados principios de la imposición, muchos de los cuales no están recogidos o incorporados en el ordenamiento jurídico sino que son formulaciones u orientaciones de orden técnica utilizados para medir o lograr la eficacia y efectividad de los tributos, permitiendo su incorporación, modificación o supresión de la estructura.

En ese sentido, las normas tributarias que contemplan calificaciones sobre eventos económicos en el giro comercial de un contribuyente no pueden interpretarse en desapego a la realidad económica que subyace en dichas operaciones y en su naturaleza, pero tampoco es posible apartarse radicalmente de lo que ha contemplado el legislador, pues ello pudiera conducir a resultados no previstos y, por lo tanto, violatorios del principio constitucional de legalidad tributaria.

La solución para esta diatriba es otorgarles a los conceptos jurídicos consagrados en las disposiciones de índole tributaria, el alcance que dichos conceptos tienen en la realidad jurídica y económica, bajos parámetros de racionalidad y de respeto a la dogmática constitucional tributaria, especialmente en el principio de capacidad contributiva.

¹⁷ Fritz Neumark, *Principios de la Imposición*, Instituto de Estudios Fiscales, 2ª Edición, Madrid, 1994, p 366.

¹⁸ *Vid.*, sentencia del 10 de junio de 1876, en la Memoria de la Corte Federal y Casación de 1877 citada por Luis R. Casado Hidalgo, “Una presentación del sistema tributario venezolano en sus bases constitucionales y orgánicas”, en *20 años de Doctrina de la Procuraduría General de la República*, Tomo V, Caracas, 1984, p. 361.

¹⁹ T. Sampaio Ferraz, *Introducao ao estudo do directo*, Atalas, Sao Paulo, 1991, p. 165.

2.1. En búsqueda de una metodología de interpretación constitucional de las normas en el Derecho tributario material que proteja al contribuyente

En relación con la prevalencia de la interpretación finalista de las normas tributarias, como “nuevo” paradigma, habiendo superado el de la “interpretación económica”, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia²⁰, ha expresado lo siguiente:

“Establecido lo anterior, esta Sala advierte que el artículo 5 del Código Orgánico Tributario establece que las normas tributarias deben interpretarse con arreglo a todos los métodos admitidos en derecho, atendiendo a su fin y a la significación económica, pudiéndose llegar a resultados extensivos o restrictivos dependiendo del alcance de los términos contenidos en las mismas.

Las normas tributarias como leyes especiales permiten la aplicación de los mecanismos de interpretación, atendiendo al fin para la cual fueron implementadas y al ámbito de la actividad económica que las mismas deban regular.

El sistema tributario al encontrarse presidido por una norma básica de interpretación, que otorga cabida a todo método válido de hermenéutica, permite entender su utilización para determinar los alcances del ordenamiento tributario con respecto al sector de su regulación. En este sentido, esta Sala en sentencia núm. 1185/2004, del 17 de junio (caso: *Nulidad del Artículo 24 de la Ley de Hidrocarburos*), siguiendo los lineamientos de la doctrina, estableció que la interpretación debe atender al punto de vista de adecuación lógica, es decir, la relación que ésta guarde con otras proposiciones normativas; teleológica, su fin con respecto a las demás normas; su estructura con respecto a las relaciones creadas por la Constitución; de coherencia, en el sentido que su interpretación no sea contrapuesta con otros preceptos; el de conservación de la norma, el cual comprende agotar los mecanismos interpretativos antes de derogar la disposición; lugar material o jerarquía normativa; de conformidad con la Constitución; y la interpretación más favorable para la efectividad de los derechos fundamentales. Además de lo expuesto, el intérprete debe ponderar otros elementos, como son, el criterio gramatical, medio primario de interpretación, en los términos señalados en el artículo 4 del Código Civil, y el criterio histórico o los antecedentes del instrumento normativo, además del criterio sociológico, es decir, la operatividad de la norma en el marco colectivo.

²⁰ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia dictada en fecha 8 de julio de 2008, recaída en el caso “*Promotora Turística Charaima*”.

Lo expuesto tiene cabida en la interpretación de las normas tributarias que así lo requieran, siempre que, su análisis no degenere la composición de los elementos integradores del tributo y altere los aspectos elementales de la relación jurídica tributaria.

En el caso de esta materia la finalidad económica de la actividad regulada constituye el principio elemental para la interpretación del régimen impositivo".

En ese sentido, no es *per se* inconstitucional que el legislador establezca reglas de control fiscal que tengan como fin clasificar ciertos actos y negocios jurídicos con fines impositivos, cuando éstos se presenten como inadecuados para la actividad o relación económica que regulan, o cuando exista una difícil determinación de la renta, siempre y cuando la misma esté orientada bajo elementos económicos serios y bajo parámetros de razonabilidad.

La inconstitucionalidad se genera cuando los supuestos de hecho de una norma jurídica o los hechos que se van a subsumir en la misma, son interpretados únicamente para calificar artificial y/o arbitrariamente una relación comercial, un acto jurídico o un contrato suscrito entre particulares, en desconocimiento del sentido y alcance económico y jurídico que las partes han dispuesto, en ejercicio de sus derechos constitucionales a la libre contratación, propiedad y libertad económica, o que se justifique una renta que por ejemplo solo ocurre en los libros contables y no en el patrimonio del contribuyente.

En conclusión, en cuanto se trata de la interpretación de normas de contenido tributario el intérprete, cualquiera que éste sea (particular, administración, juez o árbitro), está obligado a incluir dentro de su metodología la interpretación conforme a los principios constitucionales de la tributación, principalmente entendiendo que el fin remoto de la norma es encontrar la verdadera capacidad económica del particular a los fines de proteger su libertad y patrimonio, lo cual se concreta circunscribiendo a la tributación, como vimos antes, a la renta y siempre y cuando *-debemos insistir con vehemencia-* esa exacción a la renta se ha hecho en el marco de un sistema fiscal armonizado y de una magnitud tal que no cercene la fuente generadora de renta y nunca desincentive la generación de riqueza.

La aplicación de la interpretación constitucional de las normas de contenido tributario es necesario indicar que en la metodología que estamos proponiendo, se complementa perfectamente con otros principios interpretativos que provienen del derecho público.

En ese sentido el intérprete debe necesariamente hacer uso de lo que la doctrina extranjera y la jurisprudencia patria de reciente data, ha venido acogiendo como un ineludible criterio interpretativo de las normas que regulan derechos fundamentales (como son la libertad económica y la propiedad), como lo es el principio *favor libertatis* o *pro civis*, que en palabras del profesor GARCÍA DE

ENTERRIA, “...[es] *el principio de que los derechos fundamentales deben interpretarse de la manera más amplia para que su contenido pueda ser efectivo...*”²¹.

Otro de los elementos capitales que debe necesariamente usar el intérprete en su gestión hermenéutica para entender y lograr la conjugación y convivencia deseada entre los intereses del Estado en la satisfacción de las necesidades públicas, y el ejercicio por parte de los particulares de sus legítimos derechos constitucionales al libre desenvolvimiento, propiedad y libertad económica, está en el entendimiento y vigencia del concepto de “economía de opción”.

Tal como hemos indicado en otras oportunidades y siguiendo al querido profesor GARCÍA NOVOA²², podemos definir a la economía de opción como el legítimo derecho de los particulares a elegir entre un sinfín de opciones lícitas y posibles, un acto, hecho o negocio jurídico, incluso adoptando una conducta omisiva, por motivos incluso hasta puramente fiscales, que genere la menor tributación comparativa.

Este derecho de los particulares, en el caso de los administradores de sociedades mercantiles, comporta un deber implícito en el compromiso de diligencia frente a los socios, que pudiera ser exigido válidamente por éstos últimos²³.

Afortunadamente el concepto de economía de opción no es extraño para nuestro Tribunal Supremo de Justicia.

En efecto, la Sala Político-Administrativa, actuando como máximo tribunal de alzada en materia fiscal, ha expresado, con virtuosa claridad, lo siguiente:

“Cierto es que existen algunos casos en que los contribuyentes recurren a determinadas formas jurídicas con el propósito fundamental de eludir la carga tributaria que, bajo un escenario normal, tendrían que enfrentar, y que en estas situaciones es posible que la administración tributaria aplique figuras como el denominado ‘abuso de las formas’, y el desconocimiento del uso de formas atípicas a fin de proteger los intereses del Fisco Nacional y cuidar la efectiva y correcta aplicación de las normas tributarias, pero es importante destacar que estas herramientas deben ser utilizadas con sumo cuidado por las autoridades fiscales, a objeto de que no degeneren en arbitrariedades que vulneren el denominado principio de ‘economía de

²¹ Eduardo García De Enterría, *Hacia una nueva justicia administrativa*, Editorial Civitas, Segunda Edición, Madrid, 1992, p. 56.

²² César García Novoa, “La elusión fiscal y los medios para evitarla”, en las *XXIV Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario*, Relatoría General del Tema I, Caracas, 2008.

²³ A esta conclusión también arriba Cesar García Nova, *ob. cit.*, p. 70.

opción', que en materia tributaria se traduce en que ningún individuo puede ser obligado a estructurar sus negocios de la forma que le sea más gravosa desde el punto de vista fiscal"²⁴.

Lo interesante de este criterio, el cual se ha ratificado de forma pacífica en la jurisprudencia de dicha Sala²⁵ es, en primer lugar el reconocimiento del derecho individual a emprender y desarrollar los negocios de la forma más ventajosa posible y, en segundo lugar, pero no menos importante, la garantía de ese derecho en la aseveración hecha por nuestro máximo Tribunal respecto a que "ningún individuo puede ser obligado a estructurar sus negocios de la forma que le sea más gravosa desde el punto de vista fiscal".

Esta garantía debe privar al momento de interpretar los hechos económicos y jurídicos que puedan generar o no obligaciones tributarias, con el fin de preservar los derechos constitucionales de los particulares.

Debemos destacar la reflexión del autor catalán JOAN-FRANCESSC PONT CLEMENTE, quien con sobrada razón indica que aún en el caso de que la economía de opción dé como resultado que no se genere la obligación tributaria "*no deja de ser la búsqueda de la justicia en el caso concreto y, por tanto, sólo puede entenderse si el ius suum al que aspira se corresponde con una idea socialmente aceptable de lo correcto*"²⁶.

El fin del Derecho, no es crear un sistema de reglas que tengan para ser aplicadas solo por el hecho de que han sido promulgadas por el órgano competente. El fin del Derecho es la aplicación de normas jurídicas que nos acerquen racionalmente a la recta ordenación de la sociedad, evite conflictos sociales y maximice la libertad.

El operador jurídico, puede tener la tentación de evitar buscar una interpretación que mejor se adapte al contexto distorsionado que se genera en un escenario de crisis económica, al considerar las ideas antes expresadas significarían una interpretación contraria a la Ley. Pues, en efecto, cuando estamos en presencia de hechos distorsionados y la consecuencia jurídica genera un resultado inconstitucional o irracional, ese es precisamente lo que se busca, no aplicar a rajatabla esa norma, privilegiar los principios constitucionales y resolver el silogismo jurídico con un resultado en el que se privilegie la racionalidad.

²⁴ Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° 00957 de fecha 16 de julio de 2002, Caso: "Organización Sarela, C.A."

²⁵ Ver Sentencias N° 01486 del 14/08/2007; N° 00919 del 06/08/2008; N° 01539 del 27/10/2009; N° 00180 del 09/02/2011; N° 01638 del 29/11/2011 y N° 01348 del 13/11/2012.

²⁶ Joan-Francesc Pont Clemente, *La economía de opción*, Marcial Pons, Madrid, 2006.

Entonces cuando el operador jurídico le corresponda la interpretación y aplicación de normas jurídicas de contenido tributario, se debe tener necesariamente presente y aplicar concurrentemente los principios fundamentales de: (i) “capacidad contributiva” del sujeto obligado a soportar la carga tributaria en calidad de contribuyente, circunscribiéndose a únicamente a una porción de la renta como base de exacción y causa económica del tributo; (ii) teniendo presente que el resultado de esa interpretación tiene que resultar siempre en que cualquier exacción tributaria debe hacerse para proteger la libertad y la propiedad; (iii) entendiendo la “economía de opción” como libertad de escoger la opción más óptima para organizar sus negocios; (iv) aplicando el principio “*pro civis*” o “*favor libertatis*” para interpretar de la forma más progresiva los derechos fundamentales de los particulares; (v) que cualquier resultado de dicha interpretación debe conducir a una preservación de la fuente generadora de renta y (vi) que además genere los incentivos necesarios para que el agente económico produzca más riqueza.

Estamos completamente seguros de que la aplicación constante y progresiva por parte de los operadores jurídicos de esta metodología podría evolucionar simplificándose al principio pro-contribuyente en el cual en caso de dudas debe privilegiarse la protección de los derechos de libertad y propiedad del contribuyente y evitar a toda costa una tributación que sobre pase los límites de la aptitud económica para contribuir a las cargas públicas.

2.2. Las presunciones en las normas de derecho tributario y su estéril función cuando se alejan de la verdad

Con base en la anterior metodología interpretativa, proponemos la revisión de las presunciones y ficciones que constantemente conforman las leyes de contenido tributario con el fin de verificar la funcionalidad de las mismas, en el sentido de que si las mismas llevan al operador jurídico a un resultado que no se acople con la *ratio legis* de las normas tributarias, debe considerarse que la ficción no cumplió su función, se hace estéril y por lo tanto no tiene fuerza normativa alguna, con lo cual deberá desecharse o interpretarse de tal forma que le otorgue sentido racional.

Como se ha evidenciado en otros trabajos, en el impuesto sobre la renta existe un conocido sistema de rentas presuntas, que buscan otorgar una alternativa a la determinación sobre base cierta de la renta neta gravable en casos que pudieran justificar una dificultad de fiscalización.

El sistema denominado rentas presuntas, se pretende construir bajo presunciones legales *iure et de iure* según las cuales, como lo expresa SOL GIL²⁷,

²⁷ Jesús Sol, “Enriquecimientos sujetos al régimen de rentas presuntas”, en 60 Años De Imposición a La Renta En Venezuela: Evolución Histórica y Estudios De La Ley Vigente. En Homenaje a Los Ex-Presidentes De La A.V.D.T, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2003, p. 503.

en aquellos casos especiales previstos en la Ley, se determina el enriquecimiento neto de fuente territorial o atribuido como tal sobre una base indiciaria, obviando los elementos propios de la determinación de la base imponible de un tributo como el que grava la renta, por lo que puede definirse por “*renta neta presunta*” los procedimientos determinativos de la renta neta, donde no se toma en consideración las erogaciones directas e indirectas (costos y deducciones) ni la incidencia de la inflación²⁸.

Pero es que como hemos adelantado, la principal crítica a todo este sistema es la misma que se le puede otorgar a un régimen que impide demostrar la verdad. Nos enfrentamos al nada novedoso dilema de capacidad contributiva versus sistemas de búsqueda de la equidad en la recaudación.

Tal como se refirió en las Jornadas Latinoamericanas de Margarita de 2008²⁹, La dimensión de la equidad que ha venido orientando las reformas tributarias latinoamericanas se basa fundamentalmente, como lo expresa TANZI, en la idea de que a ingresos comparables debe corresponder también impuesto semejantes, lo cual hace mayor énfasis en la equidad horizontal que en la vertical, pues la

²⁸ Sobre la necesidad que las presunciones *iure et de iure* deban ser la excepción y no la regla, así como la necesidad que se encuentren claramente establecidas en la Ley, debemos destacar un voto salvado que expresa lo siguiente: “*La segunda razón que alegamos consiste en que la presunción de falta de interés del recurrente que se invoca en la sentencia de la Sala Constitucional, acogida por la Sala Político administrativa, para decidir, contraviene las garantías del Debido Proceso y de la Reserva Legal, consagradas en la Constitución A tal fin, cabría preguntarse a qué tipo de presunción se refieren ambas Salas en su dictamen jurisdiccional. Si consideramos el efecto extintivo, inmediato y automático de la acción, que ésta presunción produce, sin que exista la posibilidad de que el recurrente pueda alegar y demostrar en su defensa, la persistencia de su interés en la acción deducida en su libelo, nos hallamos ante un presunción “iure et de jure”. Sin embargo, una presunción de esta naturaleza, por constituir una excepción a la regla de que las presunciones legales en nuestro ordenamiento jurídico son “juris tantum,” es decir, que pueden ser desvirtuadas mediante prueba en contrario, debe estar consagrada expresamente por ley; de lo contrario, el órgano jurisdiccional que pretende crearla ad hoc, estaría usurpando una competencia que corresponde exclusivamente al órgano legislativo, es decir, a la Asamblea Nacional; pero además, estaría lesionando la garantía constitucional del Debido Proceso, dejando sin defensa al recurrente, al hacer imposible para él probar, a contrario sensu, que mantiene su interés en el recurso. En este sentido, esta Sala, al adoptar sin más una presunción iure et de iure sin base legal alguna, contradice su propio criterio, expresado recientemente en el caso del ex Juez Ery Laurens Rojas, por el cual decidió notificar a éste, a los fines de saber si conservaba aun el interés en el recurso, antes de dar por extinguida la acción”.* (SPA-N° 01138 del 20/07/2009)

²⁹ Leonardo Palacios y Juan Korody, “Los Principios Tributarios ante las Nuevas Formas de Imposición a la Renta”, en *XXIV Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario*, Margarita, octubre 2008.

preocupación por la redistribución se volcó o fue reemplazada por una preocupación por las más pobres, desplazándose la atención de los responsables de la política tributaria de la progresividad del impuesto.³⁰

La Constitución de 1999, siguiendo la tradición constitucional venezolana, ha establecido como unos de los principios básicos del sistema tributario la consulta a la capacidad contributiva o económica y la metodología de la progresividad para lograrlo.

La trascendencia de la consagratoria del principio de la capacidad contributiva o económica comporta una eficacia doble: (i) ética y política, pues lo que se busca con la imposición es que todos “contribuyan con las cargas públicas”, con los gastos que representan el sostenimiento del aparato prestatario de servicios públicos para la satisfacción de las necesidades colectivas y (ii) una garantía del contribuyente frente al ejercicio del poder normativo en materia tributaria.

Basado en lo anterior y lo establecido claramente en la norma constitucional³¹, el legislador no puede establecer tributo que sobrepasen un límite cuantitativo racional que suponga una detracción sustancial del patrimonio del contribuyente, punto a partir del cual entraríamos en una infracción al principio de no confiscatoriedad, también contemplado en la Constitución vigente.

Esta dogmática, en nuestra opinión encuadra perfectamente en el caso que estamos planteando: *¿Puede el legislador establecer un método ex lege de determinación presuntiva, que no admita prueba en contrario?*

En nuestra opinión, la respuesta es rotunda y claramente negativa, pues estaría desatendiendo el mandato de gravar a los contribuyentes de acuerdo a su verdadera capacidad económica.

³⁰ Vito Tanzi, “La reforma tributaria en América Latina en los últimos diez años”, Reforma de la Administración tributaria en América Latina, Banco Interamericano de Desarrollo, Washington D.C., E.E.U.U., 1995.

³¹ “Artículo 317: No podrá cobrarse impuesto, tasa, y contribución alguna que no estén establecidos en la ley, ni concederse exenciones y rebajas, ni otras formas de incentivos fiscales, sino en los casos previstos por las leyes. Ningún tributo puede tener efecto confiscatorio. No podrán establecerse obligaciones tributarias pagaderas en servicios personales. La evasión fiscal, sin perjuicio de otras sanciones establecidas por la ley, podrá ser castigada penalmente. / En el caso de los funcionarios públicos o funcionarias públicas se establecerá el doble de la pena. Toda ley tributaria fijará su lapso de entrada en vigencia. En ausencia del mismo se entenderá fijado en sesenta días continuos. Esta disposición no limita las facultades extraordinarias que acuerde el Ejecutivo Nacional en los casos previstos por esta Constitución. La administración tributaria nacional gozará de autonomía técnica, funcional y financiera de acuerdo con lo aprobado por la Asamblea Nacional y su máxima autoridad será designada por el Presidente o Presidenta de la República, de conformidad con las normas previstas en la ley”.

En efecto, de todo lo anterior se desprende que la configuración de cada uno de los tributos integrados en el marco del ordenamiento jurídico venezolano debe atender, en mayor o menor medida, ya se trate de impuestos directos (como el Impuesto sobre la Renta) o indirectos, a la capacidad económica de los contribuyentes, siendo que la ausencia de tal referencia en la estructura técnica de cualquier prestación de carácter tributario viciaría de inconstitucionalidad la norma legal que la contemplase.

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia definió también este principio indicando que la capacidad contributiva constituye un principio constitucional que sirve a un doble propósito³²: de un lado, como presupuesto legitimador de la distribución del gasto público; de otro, como límite material al ejercicio de la potestad tributaria. Con base a lo expuesto anteriormente, la capacidad del contribuyente para soportar las cargas fiscales impuesta por el Estado en ejercicio de su poder de imposición es una sola, única e indivisible que debe ser respetada por cada esfera de imposición, es decir, por el poder público nacional, estatal o municipal.³³

³² La Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia ha coincidido recientemente en esta concepción dual del principio derecho de sostenimiento a las cargas públicas de acuerdo a la capacidad económica y en ese sentido la Sala ha venido expresando lo siguiente: “*La disposición transcrita consagra el denominado principio de la capacidad contributiva, que alude, por una parte, a la aptitud para concurrir con los gastos públicos y, por otra, a la capacidad económica de los contribuyentes como medida concreta de distribución de las cargas tributarias. Así, esta capacidad comporta una doble condición que se traduce como causa del deber de contribuir, visto que todo tributo debe obedecer a una determinada capacidad contributiva, y como un límite al deber de sostenimiento de las cargas públicas en aras de justicia y razonabilidad en la imposición. Tal capacidad se manifiesta a través de los índices o presupuestos reveladores de enriquecimientos idóneos para concurrir a los referidos gastos, siendo uno de los principales la obtención de rentas que resulten gravables de acuerdo a la respectiva normativa legal.*” (Sentencia N° 260 del 28 de febrero de 2008, con el voto salvado del Magistrado HADEL MOSTAFÁ PAOLINI). A pesar de esta exposición, en este caso, la Sala Político-Administrativa no procedió a acordar la protección reforzada a los derechos constitucionales de las contribuyentes recurrentes, pues en su opinión: medida de amparo constitucional, “...sólo puede ser acordada para garantizar el total restablecimiento de verdaderos derechos subjetivos constitucionalizados, debiendo, en consecuencia, ser determinado por el juez de amparo si las normas invocadas como lesionadas consagran un auténtico derecho subjetivo, o si, por el contrario, contienen declaraciones de otra índole no susceptibles de tutela judicial directa”, criterio del cual, nos permitimos respetuosamente disentir, pues precisamente la Sala, no está aplicando la teoría del reconocimiento y tutela efectiva de los derechos constitucionales, sobre la cual nos hemos pronunciado en este capítulo.

³³ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia de fecha 21 de noviembre de 2000, caso: “Heberto CONTRERAS CUENCA”.

Este principio de capacidad contributiva, límite al poder de imposición del Estado, constituye, como todo principio constitucional, una norma mandante y de aplicación inmediata a todo el ordenamiento jurídico y a todas las relaciones sociales que se desarrollan en la sociedad.

La tesis tradicional que pretende desligar el principio de capacidad contributiva del de progresividad y el cual nos enseñaba que este último no era posible de ser tutelable por su imposibilidad de exigir derivada de que se entendía que la progresividad se medía en el sistema tributario y no en cada uno de los tributos, creemos que tiene que ser superada, por un error del planteamiento de estudio del problema.

Afortunadamente, el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional³⁴ ha destacado lo siguiente:

“Para referir la importancia del Impuesto sobre la Renta, no sólo en nuestro sistema, sino en la mayoría de los ordenamientos tributarios contemporáneos, basta anunciar la progresividad que informa este gravamen a la renta, como más acabada expresión de la capacidad contributiva y, por ello, al menos en teoría, eficiente instrumento de política tributaria y de redistribución de la riqueza.

Nada impide, sin embargo, que sean gravadas otras manifestaciones de capacidad económica (valor, ventas, consumos, etc.), sobre todo cuando existen diversos entes públicos con potestades tributarias diferenciadas que -armonizadamente y por derecho propio- deben hacer uso de ellas para garantizar la obtención de recursos destinados a la prestación de actividades y servicios que les han sido constitucionalmente encomendadas. **Pero precisamente por ello, el gravamen a la renta debe consultar en la forma más aproximada posible la capacidad contributiva de los ciudadanos, pues viene a ser la herramienta tributaria que añade la mayor progresividad al sistema.**”

De la cita se desprende una visión clara de progresividad que se distorsiona o se desdibuja estableciendo sistemas presuntivos de determinación de la renta. Insistimos, éstos deben existir para garantizar y ejercitar el principio de eficacia y eficiencia en la acción de la Administración Tributaria, pero éste no puede utilizarse para menoscabar el patrimonio de los particulares a través de una tributación que se aleje de una verdadera consulta a la capacidad de colaborar con las cargas públicas.

³⁴ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia de fecha 27 de febrero de 2007, magistrado-ponente: Jesús Eduardo Cabrera Romero. caso: ADRIANA VIGILANZA GARCÍA Y CARLOS A. VECCHIO.

Pero además las presunciones que no admiten prueba en contrario pudieran estar menoscabando otros derechos constitucionales de los agentes económicos como es el caso del derecho al debido proceso y libertad probatoria.³⁵

No es un tema nuevo, pero lamentablemente poco usado en la doctrina y jurisprudencia venezolana. Sin embargo, en las Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario del Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario (ILADT), al menos en dos ocasiones se han pronunciado sobre el tema.

Así encontramos que ya en las III Jornadas llevadas a cabo en la ciudad de Rio de Janeiro, Brasil en el año de 1968³⁶, ya se advirtió en sus conclusiones con

³⁵ Sobre la necesidad que las presunciones *iure et de iure* deban ser la excepción y no la regla, así como la necesidad que se encuentren claramente establecidas en la Ley, debemos destacar un voto salvado que expresa lo siguiente: “*La segunda razón que alegamos consiste en que la presunción de falta de interés del recurrente que se invoca en la sentencia de la Sala Constitucional, acogida por la Sala Político administrativa, para decidir, contraviene las garantías del Debido Proceso y de la Reserva Legal, consagradas en la Constitución A tal fin, cabría preguntarse a qué tipo de presunción se refieren ambas Salas en su dictamen jurisdiccional. Si consideramos el efecto extintivo, inmediato y automático de la acción, que esta presunción produce, sin que exista la posibilidad de que el recurrente pueda alegar y demostrar en su defensa, la persistencia de su interés en la acción deducida en su libelo, nos hallamos ante un presunción “iure et de iure”. Sin embargo, una presunción de esta naturaleza, por constituir una excepción a la regla de que las presunciones legales en nuestro ordenamiento jurídico son “juris tantum,” es decir, que pueden ser desvirtuadas mediante prueba en contrario, debe estar consagrada expresamente por ley; de lo contrario, el órgano jurisdiccional que pretende crearla ad hoc, estaría usurpando una competencia que corresponde exclusivamente al órgano legislativo, es decir, a la Asamblea Nacional; pero además, estaría lesionando la garantía constitucional del Debido Proceso, dejando sin defensa al recurrente, al hacer imposible para él probar, a contrario sensu, que mantiene su interés en el recurso. En este sentido, esta Sala, al adoptar sin más una presunción iure et de iure sin base legal alguna, contradice su propio criterio, expresado recientemente en el caso del ex Juez Ery Laurens Rojas, por el cual decidió notificar a éste, a los fines de saber si conservaba aun el interés en el recurso, antes de dar por extinguida la acción” (Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° 01138 del 20 de julio de 2009).*

³⁶ “*Primera. En Derecho Tributario la ficción puede cumplir diversas funciones y, principalmente, las que siguen: a) Tipificación de elementos sustanciales del supuesto de hecho. b) Represión del fraude a la Ley Tributaria. c) Aplicación de principios de equidad. d) Simplificación de la gestión tributaria. e) Concesión de beneficios fiscales.*

Segunda. Las ficciones que afecten a los elementos de la relación jurídica tributaria deberán siempre respetar los principios superiores de la imposición y señaladamente los de reserva de ley y de capacidad contributiva.

brevedad y claridad que cuando una ficción o presunción chocaba con el principio de capacidad contributiva esta última debería prevalecer y además se recomendaba la supresión de las ficciones legales que no se ajustaban a los principios constitucionales de la tributación.

Posteriormente en las XII Jornadas Latinoamericanas celebradas en Bogotá, Colombia en el año 1.985, se recogieron también una serie de interesantes conclusiones en las que parecen desconocer, para ese momento, la tesis que hemos venido sosteniendo. Expresamente la conclusión segunda indica lo siguiente: “*Las ficciones y las presunciones legales (“juris et de jure” y “juris tantum”) son técnicas legislativas utilizadas con carácter general en el Derecho, siendo también legítimas dentro del Derecho Tributario, entre otras razones por las dificultades de obtener pruebas directas, por la proliferación de comportamientos evasivos y por la simplificación en la configuración legislativa de los hechos imponible”*”.

En el año 2012, en las XXVI Jornadas ILADT, Santiago de Compostela, España, presentamos una comunicación técnica en el marco del tema II “tributación de intangibles”, en la cual proponíamos se aboliera las presunciones *iure et de iure* de las normas de derecho tributario, pues ello, como hemos venido indicando, viola derechos fundamentales de los contribuyentes.

En la Carta de Derechos del Contribuyente para los países miembros del Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario (ILADT)³⁷, se incluyó como un derecho “...*que las ficciones legales y las presunciones absolutas (iuris et de iure) sólo puedan utilizarse en materia de Derecho tributario material o sustantivo con carácter extraordinario y excepcional y en la medida que estén expresamente contempladas en la ley*”.

Afortunadamente en nuestra jurisprudencia reciente, la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia entendió en un caso (la exclusión del patrimonio de las cuentas por cobrar a accionistas y relacionadas a los efectos del reajuste regular por inflación), que la naturaleza de las normas tributarias que consagran presunciones no podrían ser absolutas, de una norma que tradicionalmente la Administración tributaria la venía entendiendo como *iure et de iure*; dicho criterio judicial se expresó de la siguiente manera:

“Surge así una presunción **que puede ser desvirtuada con la prueba en contrario**, de tal manera que el contribuyente pueda demostrar que las operaciones que dieron origen a las cuentas y efectos por cobrar se hallan

Tercera. No deberá establecerse ficciones más que en aquellos casos en que no sea posible la utilización de otros medios técnicos que satisfagan la finalidad perseguida por el legislador.

Cuarta. Es recomendable la supresión de las ficciones existentes que no se ajusten a los principios expuestos”.

³⁷ Disponible en: http://www.iladt.org/frontend/docs/Carta_Derechos_Contribuyente_ILADT_aprobada_y_Presentacion.pdf, consultado el 31 de agosto de 2022.

directamente vinculadas con el proceso productivo de la renta, pues cualquier operación de créditos o pasivos con una empresa afiliada que esté relacionada con el normal desarrollo del negocio del contribuyente, representa una partida que en definitiva integra el aludido patrimonio al inicio del ejercicio fiscal susceptible de erosión por la inflación. Así se declara”³⁸ (subrayado nuestro).

Desde nuestra óptica, si un operador jurídico se encuentra en una situación donde existe una norma que consagre una ficción legal o una presunción absoluta, la cual al aplicársele los hechos y circunstancias que le son relevantes al caso concreto su resultado es la determinación de un tributo que no consulta adecuadamente su capacidad económica o sencillamente lo lleva a un resultado que no es el real entonces el operador jurídico tomando en cuenta que: (i) debe privilegiar el principio de capacidad contributiva; (ii) teniendo presente que debe protegerse la libertad y la propiedad; (iii) entendiendo la “economía de opción” como libertad de escoger la opción más óptima para organizar sus negocios; (iv) aplicando el principio “*pro civis*” o “*favor libertatis*” para interpretar de la forma más progresiva los derechos fundamentales de los particulares; (v) que cualquier resultado de dicha interpretación debe conducir a una preservación de la fuente generadora de renta y (vi) que además genere los incentivos necesarios para que el agente económico produzca más riqueza, debe desechar la presunción y acudir al método de determinación que lo lleve a concluir con mayor precisión a la verdad.

3. Casos de presunciones que se vuelven estériles, se alejan de la verdad y de la razón

Hemos partido que todas las normas de derecho tributario tienen como fin general preservar derechos constitucionales, como son la libertad y la propiedad, a través de la búsqueda de la real aptitud para contribuir a las cargas públicas. Esa aptitud conocida como capacidad contributiva tiene como representación económica la renta, la cual funge a su vez como causa económica del tributo. La renta relevante a los fines tributarios es aquella que realmente se ha generado, es decir existe y que el sistema tributario podrá tomar parte de ella siempre y cuando no se cercene la fuente productora y no se genere desincentivos para la continua generación de riqueza.

Usando ese método de interpretación para normas de contenido tributario, en el que se toma en consideración la *ratio iuris* mediata o fin general, solo restaría encontrar la finalidad inmediata o particular de la norma.

³⁸ Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° 00394, de fecha 12 de mayo de 2010, caso “Valores Unión”. Criterio ratificado en la sentencia N° 01244 del 30 de octubre de 2012, Caso: Radio Caracas Televisión R.C.T.V. C.A.; sentencia N° 00771 del 01 de julio de 2015, Caso: Consorcio Unión, S.A. y sentencia N° 01162 del 03 de noviembre de 2016, Caso: Industrias Zymalact de Venezuela, C.A.

Sin embargo, como vimos, en el caso de las presunciones absolutas o de algunas ficciones legales es posible que para determinados casos concretos se haga necesario desechar la ficción y acudir a la realidad.

De seguidas presentaremos algunos casos paradigmáticos en los cuales la interpretación literal de la norma nos lleva a un resultado que no es real y que afecta directamente la capacidad económica del contribuyente; estos casos son a saber: (i) las rentas presuntas para la determinación del impuesto sobre la renta relacionados con intangibles; (ii) para la determinación del reajuste regular por inflación la determinación del ajuste de los inventarios tomando en cuenta la base monetaria y (iii) finalmente solo introduciremos dos temas que creemos deben ser desarrollados con base en esta metodología: (a) la renta neta gravable de los asalariados y (b) algunos casos de disponibilidad de la renta sobre lo causado.

3.1. Caso 1: las rentas presuntas de ISLR para intangibles

En este caso empezaremos por la conclusión: el sistema presuntivo sobre los intangibles y especialmente el referido a las rentas calificadas de “regarías y demás participaciones análogas”, debe entenderse como un método optativo para aquel contribuyente que no puede demostrar adecuadamente su verdadera capacidad contributiva, independientemente que éste contribuyente se encuentre residenciado, domiciliado o no el país.

La tributación directa tiene una evidente doble faz, que no deja de manifestarse en el caso de los intangibles, que no es otra cosa sino la aritmética de la renta: por un lado, lo relativo al ingreso, y por otro la deducción de costos y gastos para la determinación de la renta.

Tal como se indicó antes, para la correcta determinación de la verdadera capacidad contributiva, es necesario la depuración de la magnitud económica escogida por el legislador para la determinación del impuesto sobre la renta se obtiene mediante la deducción a la renta bruta,³⁹ de una serie de gastos los cuales deberán ser normales y necesarios, efectuados en el país con el objeto de producir la renta objeto de imposición.⁴⁰

En Venezuela, el legislador ha escogido cómo gravar las rentas que se originan por la licencia de uso o la cesión de derechos sobre bienes intangibles, es decir el análisis se ha centrado en el receptor de la renta.

Para evidenciar con un caso concreto la desnaturalización de las ficciones y presunciones y que en ciertos casos pueden ser estériles, nos detendremos en el

³⁹ La renta bruta es una magnitud económica resultante de deducir a los ingresos brutos representativos de los montos de las ventas de bienes y servicios en general, de los arrendamientos y de cualesquiera otros proventos, regulares o accidentales los costos de los bienes enajenados y de los servicios prestados. Artículos 16 y 21 de la Ley de Impuesto sobre la Renta.

⁴⁰ Artículo 27 de la Ley de Impuesto sobre la Renta.

análisis de las consecuencias económicas y tributarias que tiene para el licenciatario o el cesionario de los derechos sobre el intangible, quien como parte del ejercicio de su actividad económica se vale de éstos para generar renta y como consecuencia de esto, tiene el deber de deducir estos emolumentos para la adecuada determinación de su enriquecimiento neto gravable.

En este caso advertimos la existencia de al menos dos problemas que se presentan.

El primero de los casos se presenta en cuanto a la posibilidad que tiene un contribuyente titular del derecho sobre una marca, de imputar costos y gastos permitidos por la Ley a los ingresos brutos obtenidos por la concesión del uso y la explotación de esta independientemente del régimen de rentas presuntas, salvo que se paguen en forma de regalía a beneficiarios no domiciliados en el país.

El segundo de los casos está en cómo el cesionario, usufructuario, receptor o en cualquier caso pagador de derechos sobre intangibles, pueda imputar estos pagos como costos o gastos para la determinación de su renta neta gravable.

Estos problemas representan la otra cara de la tributación de intangibles y en ese sentido, la Ley estableció una serie de limitaciones relativas a los gastos que puede imputar el titular del derecho sobre el intangible que recibe una contraprestación por su explotación económica (parágrafo undécimo del artículo 27 de la Ley de Impuesto sobre la Renta) y limitaciones absolutas de deducción sobre los pagos por concepto de regalías que paga un establecimiento permanente a su matriz o alguna de sus otras sucursales o filiales (parágrafo decimoséptimo del artículo 27 *eiusdem*).

Tal como fue indicado en otro trabajo⁴¹, volvemos advertir que reconocemos que el tema de los intangibles no es fácil de abordar, máxime si observamos que nuestro ordenamiento jurídico no está adaptado de forma adecuada para la determinación con certeza de los derechos de propiedad y explotación de esta categoría de bienes y esto ha sido determinante, de acuerdo a nuestra experiencia, al momento de efectuarse las determinaciones o fiscalizaciones por parte de la Administración tributaria nacional

Veamos el tratamiento que el derecho positivo da la tema. Así el contenido del artículo 47 de la Ley de Impuesto sobre la Renta, el cual, si bien se encuentra topográficamente ubicado en el sistema de rentas presuntas, aparece como una excepción al mismo para ciertos. La norma nos indica lo siguiente:

“Artículo 47. Los ingresos provenientes de la concesión del uso y la explotación de nombres de fábricas, comercios, servicios, denominaciones comerciales, emblemas, mambretes, símbolos, lemas y demás distintivos que

⁴¹ Juan Esteban Korody Tagliaferro, *Régimen impositivo de los intangibles en el ordenamiento jurídico venezolano*, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2013.

se utilicen para identificar productos, servicios o actividades económicas o destinados a destacar propiedades o características de los mismos, son susceptibles de admitir los costos y las deducciones permitidos por la ley, salvo que se paguen en forma de regalía a beneficiarios no domiciliados en el país”.

El primer elemento de la norma, es que la misma está referida, tal como vimos en la primera parte de este trabajo, a una categoría particular de intangibles como son las marcas.

Destacamos que el legislador impositivo quiso ser lo más amplio en cuanto a dicho concepto y no se detuvo en la denominación genérica del tipo de intangible, sino que incluyó una definición de la misma cuando indica: “*demás distintivos que se utilicen para identificar productos, servicios o actividades económicas o destinados a destacar propiedades o características de los mismos*”.

Pero además, circunscribió la posibilidad de admitir los costos y las deducciones permitidos por la ley, sólo a los ingresos derivados de la concesión del uso y la explotación de las marcas, con lo cual pareciera que el legislador dejó fuera de éste régimen a otros ingresos como por ejemplo el de la cesión y que dicho ingreso no sea pagado en forma de regalía a beneficiarios no domiciliados.

Pareciera que el caso a que se refiere la norma es sólo aplicable para los contribuyentes residentes o domiciliados en el país, que, siendo titulares de derechos sobre marcas, obtengan ingresos derivados de la concesión de uso o explotación de la misma y, en consecuencia, sólo en este caso el contribuyente tiene derecho a la deducción de costos y gastos para la determinación de su renta gravable.

El elemento teleológico de la norma se encuentra en el principio de eficiencia y eficacia en la recaudación, que como se dijo antes, “*justificaría*” la existencia de regímenes de rentas presuntas, dada la dificultad tantas veces mencionada en este trabajo de ejercer una adecuada fiscalización de los intangibles.

En el caso de un contribuyente no domiciliado en el país, en una interpretación literal de la norma antes transcrita le estaría vedada la posibilidad de imputar costos y gastos permitidos por la Ley para la determinación de su capacidad contributiva.

Este resultado no se compadece con la *ratio iuris* general de las normas tributarias, en consecuencia, es un caso donde se hace necesario buscar un método de interpretación que sí se adapte al encuentro de la verdadera capacidad económica.

En tal sentido, para este caso, podríamos encontrar tres son los elementos que harían inaplicable, en nuestro criterio esta excepción.

El primero el ya dicho, las presunciones en materia tributaria referida a la capacidad económica para contribuir a las cargas públicas necesariamente tienen que ser desvirtuales con la existencia de pruebas fehacientes.

Este elemento se potencia mucho más cuando se hace la pregunta de rigor: ¿por qué se permite deducción de costos y gastos en relación al uso y explotación de marcas y no para otros intangibles? Si no se obtiene una respuesta a la interrogante, razonable y basada en normas de raigambre legal o constitucional, pudiera generar una discriminación inaceptable en nuestro ordenamiento jurídico haciendo posible la aplicación de esta excepción a casos no contemplados.

Y es por la razón antes descrita que aparece un tercer elemento o un tercer caso que haría inconstitucional la norma antes citada y es obviamente el caso de la no aplicación de esta posibilidad de deducir costos y gastos a contribuyentes no domiciliados, pues como se dijo en la parte general de este trabajo, el Estado Venezolano está comprometido a dar trato igualitario a extranjeros y nacionales.

Al analizar el régimen impositivo de rentas presuntas para el caso de los intangibles, una de nuestras principales críticas y conclusiones es que dicho régimen tiene que ser entendido como presunciones desvirtuarles o “*ius tantum*”, pues de lo contrario estaríamos en presencia, en determinados casos, de una violación al principio de capacidad contributiva o de realidad, ambos principios de vital importancia en la dogmática impositiva.

En consecuencia y basados en estos principios constitucionales de la tributación, debemos insistir que somos de la opinión que un sujeto titular de derechos económicos sobre un intangible y se encuentre sometido a imposición en Venezuela, tendrá derecho a la determinación real de su verdadera capacidad contributiva y por lo tanto podrá imputar costos y deducir gastos normales y necesarios para la producción de la renta.

3.2. Caso 2: Presunciones en el sistema de ajuste por inflación

Muy resumidamente debemos hacer mención al sistema de ajuste por inflación fiscal, como un componente importantísimo en la determinación del Impuesto sobre la Renta en Venezuela, vista no sólo su consagración desde la Ley de 1991, sino porque nuestro país, lamentablemente se destaca por ser la economía con mayor inflación en América Latina⁴².

Así pues, con el objeto de consagrar un régimen completo de ajuste inflacionario –*con un influjo claro en el sistema chileno*– en 1991, nuestro legislador adoptó la modalidad de incluir dos fases en su proceso: (i) el ajuste inicial por inflación y (ii) el reajuste regular por inflación.

⁴² “FMI: economía venezolana crecerá 2,8% con inflación de 25,8%”, *El Universal*, Caracas, 20 de septiembre de 2011, edición electrónica, disponible en: [http:// www.eluniversal.com/2011/09/20/fmi-economia-venezolana-crecera-28-con-inflacion-de-258.shtml](http://www.eluniversal.com/2011/09/20/fmi-economia-venezolana-crecera-28-con-inflacion-de-258.shtml); consultado el 31 de agosto de 2022.

Como se desprende de los artículos 171 de la Ley de Impuesto Sobre la Renta y 90 de su Reglamento, es parte esencial del procedimiento establecido por el legislador el hecho de efectuar una revalorización de los activos al cierre del ejercicio fiscal anterior, a fin de contar con una base actualizada que funcione como punto de referencia para el reajuste regular a que está obligado el contribuyente⁴³.

Dicho ajuste inicial busca actualizar los activos y pasivos no monetarios del contribuyente para el momento del cierre del ejercicio inmediatamente anterior al que pretende gravarse, lo cual trae consigo una variación en el monto del patrimonio neto para la fecha del cálculo.

Luego, ha de verificarse el reajuste regular, contenido en los artículos 176 y siguientes de la Ley de Impuesto Sobre la Renta (LISLR) y 110 y siguientes de su Reglamento, como etapa complementaria del sistema de ajuste por inflación a que hemos hecho referencia.

Tal como se desprende del artículo 176 de la LISLR, “(...) *una vez realizado el ajuste inicial (...) los contribuyentes (...) deberán reajustar al cierre de cada ejercicio gravable, sus activos y pasivos no monetarios, el patrimonio al inicio del ejercicio y los aumentos y disminuciones del patrimonio durante el ejercicio, distintos de las ganancias o pérdidas (...)*”.

El verdadero propósito de esta fase consiste en reflejar en la cuenta de reajuste por inflación, el mayor o menor valor que resulte de reajustar el valor neto actualizado de los activos y pasivos no monetarios existentes al cierre del ejercicio gravable, a los fines de analizar dicho valor con la referencia resultante al efectuar el ajuste inicial. Sólo esta operación puede arrojar la ganancia o pérdida real y efectiva de un determinado período; es decir, luego de evaluar la incidencia que tiene el elemento inflacionario sobre el mercado y el valor de los bienes.

En resumidas cuentas, el sistema de ajuste inflacionario permite *—a través de un especializado catálogo de normas—* tener en consideración cifras un tanto más aproximadas a la realidad económica del momento en que pretende determinarse la base imponible del Impuesto Sobre la Renta, que aquellas históricas que de forma alguna se corresponden con dicho contexto.

El legislador al momento de confeccionar el complejo régimen de ajuste por inflación hizo uso del expediente de las ficciones a los fines de tratar de simplificar la determinación, homogenizarla entre disímiles tipos de contribuyentes e incluso crear normas que prevengan la tentación de elusión fiscal.

⁴³ De acuerdo con el artículo 173, es obligatorio incluir el sistema de ajuste por inflación fiscal para la determinación del Impuesto sobre la Renta previsto en dicha Ley a los contribuyentes actividades comerciales, industriales, bancarias, financieras, de seguros, reaseguros, explotación de minas e hidrocarburos y actividades conexas y será optativo u opcional para aquellos contribuyentes que no encuadrando en los anteriores decidan usarlo, pero una vez optado no podrán dejar efectuarlo.

En ese sentido, encontramos entre varias dos normas en las cuales la interpretación literal pudiera traer como consecuencia una ilusión que genera una renta ficticia. El primer caso es el método para realizar el reajuste por inflación de los inventarios y el segundo es la orden de exclusión de las cuentas por cobrar y por pagar entre empresas relacionadas a los fines de determinar el patrimonio neto a reajustar.

3.2.1. La denominada “base monetaria” para el ajuste regular de los activos circulantes (inventarios)

Dentro del sistema de reajuste regular por inflación, el legislador estableció en una norma antielusiva o de control fiscal en la cual se ordena el cálculo **sobre base presuntiva**, de la corrección monetaria aplicable al menor o mayor valor que los inventarios experimentan en tiempos inflacionarios.

Esta metodología es conocida comúnmente como comparación de masas monetarias, que en aunque difiere diametralmente de los postulados generales recogidos en el artículo 173 como regla general, en el contenido del artículo 180 de la LISLR, se establece que los contribuyentes *-por contraposición a determinar el origen real de los inventarios en su condición de activos no monetarios-*, deben determinar (i) la base ajustable de los activos no monetarios por concepto de inventarios, mediante la comparación, **no de los inventarios**, lo que sería una determinación sobre base cierta, sino sobre los bolívares totales o masas monetarias representativas del costo de adquisición de los bienes del inventario al inicio y al cierre del período, y (ii) utilizando el método de valoración de inventarios por identificación específica de cada producto que conforman los inventarios, metodología que se utiliza para ciertos sectores muy específicos de la economía, para lo cual la norma requiere la debida autorización por parte de la Administración tributaria.

A pesar que en una lectura aislada, literal, individualizada y sobre todo descontextualizada de la norma contenida en el artículo 180 de la LISLR⁴⁴, se

⁴⁴ **“Artículo 180:** *Se cargará o abonará a la cuenta de activos correspondiente, y se abonará o cargará a la cuenta de reajuste por inflación, el mayor o menor valor que resulte de reajustar los inventarios existentes en materia prima, productos en proceso o productos terminados para la venta, mercancía para la venta o mercancía en tránsito, a la fecha de cierre del ejercicio gravable, utilizando el procedimiento que se especifica a continuación:*

a. *El inventario final ajustado en el ejercicio fiscal anterior se reajusta con la variación experimentada por el Índice de Precios al Consumidor (IPC) del Área Metropolitana de Caracas, elaborado por el Banco Central de Venezuela, correspondiente al ejercicio gravable.*

b. *Se efectuará una comparación de los totales al costo histórico de los inventarios de materia prima, productos en proceso, productos terminados o mercancía para la venta y mercancía en tránsito, al cierre del ejercicio gravable con los totales*

llegaría a la conclusión que sólo existen dos (2) métodos para la valoración de los inventarios, una primera interpretación menos literal de la norma, permitiría señalar que dicha norma admite el ajuste utilizando las fechas reales de adquisición, en abierta consideración de que es plenamente demostrable el período de tenencia de estos activos por conocerse con precisión las fechas de origen de los mismos y por ende de la corrección monetaria respectiva a dicho período.

históricos al cierre del ejercicio gravable anterior. Si de esta comparación resulta que el monto del inventario final es igual o menor al inventario inicial, se entiende que todo el inventario final proviene del inicial. En este caso, el inventario final se ajustará en forma proporcional al inventario inicial reajustado, según lo establecido en el literal a del presente artículo.

c. Si de la comparación prevista en el literal anterior, resulta que el inventario final excede al inventario inicial, la porción en bolívares que excede del inventario inicial, no se ajustará. La porción que proviene del inventario inicial se actualizará en forma proporcional al inventario inicial reajustado según lo establecido en el literal a del presente artículo.

d. El inventario final actualizado según la metodología señalada en los literales anteriores, se comparará con el valor del inventario final histórico. La diferencia es el ajuste acumulado al inventario final.

e. Se comparará el ajuste acumulado al inventario final obtenido por la comparación prevista en el literal d, con el ajuste acumulado en el inventario final en el cierre del ejercicio tributario anterior. Si el ajuste acumulado al inventario final del ejercicio tributario es superior al ajuste acumulado al inventario final en el cierre del ejercicio tributario anterior, la diferencia se cargará a la respectiva cuenta de inventario del activo del contribuyente con crédito a la cuenta Reajuste por Inflación.

f. Si de la comparación del literal anterior se deduce que el ajuste acumulado al inventario final del cierre del ejercicio tributario es inferior al ajuste acumulado al inventario en el cierre del ejercicio tributario anterior, la diferencia se acreditará a la respectiva cuenta de inventario del activo del contribuyente y se cargará a la cuenta Reajuste por Inflación.

(...omissis...)

Parágrafo Segundo: *Cuando el contribuyente utilice en su contabilidad de costos el sistema de valuación de inventarios denominado de identificación específica o de precios específicos, podrá utilizar las fechas reales de adquisición de cada producto individualmente considerado, previa aprobación por parte de la Administración Tributaria, para actualizar los costos de adquisición de los saldos de los inventarios al cierre de cada ejercicio gravable. El ajuste correspondiente al ejercicio gravable será la diferencia entre los ajustes acumulados del ejercicio gravable y los ajustes acumulados al ejercicio gravable anterior. Si el ajuste al ejercicio gravable es superior al ajuste al ejercicio gravable anterior, se hará un cargo a la cuenta de inventario y un crédito a la cuenta Reajustes por Inflación, caso contrario el asiento será al revés". (Subrayado nuestro).*

La regla general es la determinación del ajuste a través de la comparación de la masa monetaria, es decir los bolívares de los inventarios finales e iniciales y de allí se determina indiciariamente: (i) si el monto en bolívares del inventario final es concurrente con la masa monetaria del inventario inicial, se presume *ex lege*, **que todo el inventario proviene del año anterior**, obligando al contribuyente a realizar un ajuste anual a través de la variación anual de los IPC emitidos por el Banco Central de Venezuela, lo que implica una corrección monetaria equivalente al efecto inflacionario de todo un año sobre los costos de adquisición de los inventarios que se presuponen, por vía de una ficción jurídica o presunción *ex lege*, como provenientes del año anterior⁴⁵.

La forma de cálculo de los inventarios sólo a través de la comparación de los bolívares (masa monetaria) de los totales de inventarios al inicio y cierre del ejercicio, presupone que todos los inventarios al cierre provienen si no total, o al menos parcialmente del año anterior.

Esa metodología es completamente absurda porque precisamente uno de los efectos de la inflación en la economía es el incremento de los valores monetarios, en consecuencia, un mismo producto o activo circulante, no importa cuándo haya ingresado al patrimonio del contribuyente tiene un valor mayor al final del ejercicio.

Entonces es impreciso y absurdo pretender identificar el inventario viejo a través de valores que están tan distorsionados que el propio legislador creo un sistema para ecualizar el patrimonio en moneda local. Si los valores en moneda local están distorsionados producto de la inflación que se hace necesario tener un sistema de ajuste, entonces no es posible valerse de esos mismos valores distorsionados para identificar la rotación del inventario.

Partiendo de la idea preliminar que estamos argumentando, la norma citada trae una premisa, por así decirlo, absurda desde el punto de vista contable y económico, al considerar que, si el monto del inventario final es igual o menor al inventario inicial, se debe interpretar que todo el inventario final proviene de la inicial. Esto constituye, por no poder decirlo de otra manera, una aberración normativa, ya que no se considera, de forma alguna, la realidad del contribuyente, al concluir que el inventario de este es estático y no sufre variaciones durante el año, solo incrementos, por lo cual, esta metodología está generando un incremento totalmente ficticio de la renta neta del ejercicio del que se trate, viéndose afectada indefectiblemente la capacidad contributiva.

⁴⁵ Un elemento interesante que nace, incluso de la interpretación literal de la norma del artículo 180 de la LISR, es que en caso de que el inventario provenga del mismo año, determinado a través de las comparaciones entre los inventarios iniciales y finales (y es eso lo que quiere decir el legislador cuando se refiere al excedente del inventario final sobre el inicial lo cual sólo se explica en los casos en que el inventario se ha incrementado por compras en el año), tales compras del año no son susceptibles de ajustes, pues provienen del mismo ejercicio económico y por tanto incluyen ya la inflación del ejercicio en su valoración al cierre de cada ejercicio económico, lo cual determina que no sea procedente la aplicación de corrección monetaria alguna.

Así, el hecho de que el inventario final en términos de bolívares (masas monetarias lo cual no es equivalente a unidades) sea superior a la inicial en un ambiente inflacionario y considerando una actividad económica en marcha, supone que:

- (i) En bolívares, el inventario en principio debe ser mayor, pero no porque provenga del año anterior, sino por la inflación asociada a las compras del año y al incremento de los bolívares presentes al cierre de un ejercicio con respecto al anterior. Nótese que la propia LISLR en su artículo 182, señala que las compras del año no deben ser ajustadas, precisamente por contener la inflación anual.
- (ii) Que no ha habido rotación ni ventas del inventario inicial. Lo cual es un absurdo, pues una actividad económica estable de compra y venta de inventarios implica que ha habido ventas o salidas y compras en el año.
- (iii) No hay posibilidad de descargar como costo de venta, los consumos de determinados tipos de inventarios, no computables a través de totales, pues el saldo al cierre como saldo neto siempre será positivo.
- (iv) Conclusiones que son absurdas y que lo que realmente se tiene que probar es cuándo ingreso el inventario existente para verificar si es inventario que proviene del ejercicio anterior y por lo tanto está efectivamente sometido al reajuste regular o si por el contrario proviene del mismo ejercicio y por lo tanto no está sometido a ajuste alguno.

Esta situación es mucho más absurda en inventarios perecederos. Imaginemos una panadería en la cual al cierre del ejercicio la norma presupone que todos los panes que tiene para la venta la panadería tienen un (1) año o más en las estanterías del local.

Siguiendo con el análisis para descartar la interpretación literal de la norma deberíamos preguntarnos ¿Cuál es la consecuencia de aplicar la metodología presuntiva explicada en el párrafo anterior? Elemental, que se determina en forma irreal el inventario sometido al ajuste, por ende, se incrementa artificialmente el ajuste imputado como ganancia gravable calculado sobre tal inventario ajustable, ya que no es está considerando cuándo y a qué precio fue adquirido cada uno de los ítems que conforman el inventario, sino que sólo se toma una gran valoración monetaria que no distingue de forma alguna la verdadera fecha de adquisición y el verdadero valor del inventario.

Esto es sumamente importante tener en cuenta, porque como se indicó antes, el legislador ha indicado que, si el inventario fue adquirido en el propio ejercicio, el mismo no debe ser ajustado.

Entonces, cuando un contribuyente tiene la posibilidad cierta de demostrar cuándo y a qué valor fue adquirido los ítems que conforman su partida de inventario y aplica el método –presuntivo- de masa monetaria antes explicado, se

hace una determinación de efectos de la inflación en sus inventarios que no se compadece con la realidad operativa de la empresa, violándose adicionalmente, el principio de capacidad contributiva en tanto se calcula un ajuste que no se corresponde con un incremento real del patrimonio sino con una aplicación artificiosa del ajuste, por interpretación literal de la normativa invocada (y contradiciendo, de paso, el artículo 173 de la propia LISLR), sin que se permita en forma alguna reflejar ajustes por tenencias reales o consumos, pues independientemente de que exista un consumo de inventarios (disminución en unidades), si este consumo es inferior a la inflación del año, no existirá para el contribuyente posibilidad de descargar como costo de venta su inventario a fines fiscales, en tanto en bolívares el inventario final sería superior al inicial independientemente de que lo que en realidad ha habido es una disminución real, demostrable mediante los registros contables y comprobantes del contribuyente.

De acuerdo a lo anterior, cuando un contribuyente tiene la forma de demostrar la fecha y el valor de adquisición y salida de cada uno de los activos circulantes que conforman su inventario, no es posible jurídicamente, exigirle que aplique la referida metodología presuntiva, ya que dicha presunción es posible ser desvirtuada por hechos y datos exactos y, sobre todo reales y existentes, que reflejan la verdadera capacidad económica del contribuyente.

Es importante indicar que para el estado de la práctica en este momento permite con certeza científica demostrar la fecha de adquisición de los inventarios y además la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en una célebre decisión⁴⁶, estableció criterio sobre la falta de regulación expresa que

⁴⁶ “Se objeta que las contribuyentes Cervecería Polar, C.A. y Cervecería Polar del Centro, C.A. (CEPOCENTRO) aplicaron en el ejercicio reparado, el método UEPS (último en entrar, primero en salir) en lugar del método PEPS (primero en entrar, primero en salir) para la valuación de sus inventarios, con lo cual aumentaron el costo de los bienes vendidos y, en consecuencia, disminuyeron la utilidad del negocio. En tal virtud, la Administración Tributaria formuló a las contribuyentes un reparo por la cantidad de Bs. 56.750.107,60.

Ahora bien, ciertamente este efecto se produce en un determinado ejercicio, pero en los siguientes, por el contrario, los costos disminuyen y la utilidad aumenta, compensándose de esta manera el resultado obtenido en el primer ejercicio. Por tal razón y siguiendo los principios de contabilidad generalmente aceptados, se admite sin objeción el uso de uno cualesquiera de estos métodos, o en su lugar, el método PROMEDIO, cuando se trata como en el caso de autos, de una sociedad mercantil que fabrica y comercializa productos de naturaleza genérica (cerveza y malta).

*Al respecto, la Sala observa que **no existe en la ley de impuesto sobre la renta aplicable al ejercicio reparado, norma alguna que prohíba el cambio de uso de uno de estos tres métodos, y por tal razón los contribuyentes están en libertad de escoger uno cualesquiera de ellos.** Los artículos 52, ordinal segundo y 191 del Reglamento de la Ley de Impuesto sobre la Renta de 1968, publicada en Gaceta Oficial*

norme tal circunstancia, estableciendo que queda al libre albedrío de las sociedades involucradas, dependiendo de variados factores, tales como la complejidad de la mercancía que manejen, por su naturaleza genérica, los volúmenes de inventarios que operan, la alta rotación del producto, el grado de dificultad que en un momento de coyuntura económica se les presente, entre otros.

Claro está y así lo expresa la propia Sala, que no exigen las disposiciones establecidas en la LISLR, el uso de un determinado método de valuación de inventarios o que se prohíba el cambio de un método de valuación por otro,

Extraordinaria N° 1194 de fecha 03 de abril de 1968, invocados por la Fiscalización para justificar el reparo, sólo señalan que los inventarios deben realizarse a su costo y los elementos que dicho costo debe contener; pero no imponen el uso o variación de un determinado método o sistema para la valuación de los inventarios. Siendo esto así, resulta improcedente la denuncia hecha por la representación fiscal de que la recurrida incurrió en una errónea interpretación de la Ley. Así se declara.

*Sin embargo, no puede dejar de advertir esta Sala, la disyuntiva que viene presentando, en la práctica, esta materia de cambio del Método de Valuación de Inventarios que realizan las sociedades, en lo que respecta a aquellos conocidos como PEPS (primero en entrar, primero en salir), UEPS (último en entrar, primero en salir) o Promedio, ya que **efectivamente se observa la falta de regulación expresa que norme tal circunstancia, quedando al libre albedrío de las sociedades involucradas, dependiendo de variados factores, tales como la complejidad de la mercancía que manejen, por su naturaleza genérica, los volúmenes de inventarios que operan, la alta rotación del producto, el grado de dificultad que en un momento de coyuntura económica se les presente, entre otros.** En razón de ello, se hace necesario precisar que, si bien es cierto que los contribuyentes pueden elegir uno cualesquiera de los métodos mencionados, conforme a los principios de contabilidad generalmente aceptados, no es menos cierto que la aplicación del nuevo método que escoja debe hacerse dentro de unos lineamientos de razonabilidad, consistencia y buena fe.*

En estas circunstancias y conforme a las actas procesales, se observa en el caso bajo análisis que la contribuyente tiene como objeto la industrialización y comercialización de productos genéricos (cervezas y maltas) y que lleva su contabilidad conforme a los artículos 32 y siguientes del Código de Comercio, 99 de la Ley de Impuesto sobre la Renta de 1986 y 190 del Reglamento de 1968, aplicable al caso por razón del tiempo; lo cual hace inferir a esta Sala, la sinceridad y necesidad de la actuación del contribuyente al efectuar el cambio de valoración de inventarios. Por esta razón, se estima también improcedente el reparo formulado por este concepto. Así se declara.” (Destacado nuestro).

Criterio afortunadamente reiterado en: Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político-Administrativa, sentencia N° 647, de fecha 16 de mayo de 2002. Sentencia N° 02307 del 24 de octubre de 2006, Caso: S.H. Fundiciones S.A.; Sentencia N° 00004 del 9 de enero de 2008, Caso: Ferro de Venezuela C.A.; Sentencia N° 00137 del 29 de enero de 2009, Caso: Oxidaciones Orgánicas C.A. OXIDOR; Sentencia N° 00032, de fecha 25 de enero de 2012, Caso: Cervecería Polar Del Centro C.A. (CEPOCENTRO).

pudiendo la contribuyente variar el método de valuación de sus inventarios, dependiendo de variados factores, tales como la complejidad de la mercancía que manejen, por su naturaleza genérica, los volúmenes de inventarios que operan, la velocidad de rotación del producto.

Por lo tanto, entender o interpretar que los resultados que arroje la metodología de determinación de inventarios sobre base monetaria, es una presunción *iure et de iure* y que por lo tanto le está prohibido al contribuyente demostrar la verdadera fecha de la generación o adquisición de cada uno de los inventarios que conforman parte de su activo circulante, es un absurdo que no se corresponde con el fin de las normas de contenido tributario.

Como consecuencia de lo anterior, la interpretación literal de la metodología contenida en el artículo 180 de la LISLR es absurda, irracional, irreal y por lo tanto inaplicable pues: (i) no privilegia el principio de contribuir a las cargas públicas mediante una medición de una real capacidad contributiva; (ii) no tutela ni protegerse la libertad y la propiedad; (iii) no permite probar la realidad; (iv) no sigue el principio “*pro civis*” o “*favor libertatis*” para interpretar de la forma más progresiva los derechos fundamentales de los particulares; (v) no preserva, sino que deteriora de la fuente generadora de renta y (vi) no genera incentivos para producir más riqueza; pero sobre todo la interpretación literal de la norma no conduce la verdad.

3.3. Otras presunciones pendientes de estudiarse

Nuestra propuesta es que dado que el fin general de las normas de contenido tributario es la de conseguir de forma adecuada la verdadera capacidad económica de un contribuyente para contribuir a las cargas públicas, garantizar la vigencia de sus derechos a la libertad y a la propiedad, proteger de erosión o cercenación de la fuente creadora de rentas y estimular la generación de riqueza, es imposible que ello se logre estableciendo ficciones o presunciones absolutas que le impidan al contribuyente probar su verdadera aptitud económica para cumplir sus obligaciones tributarias. En otras palabras, imponer la realidad sobre la ficción.

Como vimos esta propuesta es posible que sea aplicada a casos concretos como es el de las rentas presuntas sobre intangibles y para el caso de la determinación de los inventarios sujetos al reajuste regular; pero existen muchísimos otros casos en nuestra constelación de normas de contenido fiscal.

En ese sentido quisiéramos finalizar este ensayo introduciendo dos casos que creemos que pueden ser analizados bajo este matiz, de una manera más profundizada.

3.3.1. La renta neta de los asalariados

De conformidad con el artículo 31 de la Ley de Impuesto sobre la renta, la renta neta gravable de un asalariado es su salario.

“**Artículo 31.** Se considera como enriquecimiento neto toda contraprestación o utilidad, regular o accidental, derivada de la prestación de servicios personales bajo relación de dependencia, independientemente de su carácter salarial, distintas de viáticos y bono de alimentación”.

Luego una interpretación constitucional de la norma estableció que la renta neta gravable era el salario normal y estableció directamente y sin fórmula parlamentaria⁴⁷ alguna la siguiente redacción:

«Artículo 31. Se consideran como enriquecimientos netos los salarios devengados en forma regular y permanente por la prestación de servicios personales bajo relación de dependencia. También se consideran como enriquecimientos netos los intereses provenientes de préstamos y otros créditos concedidos por las instituciones financieras constituidas en el exterior y no domiciliadas en el país, así como las participaciones gravables con impuestos proporcionales conforme a los términos de esta Ley.

A los efectos previstos en este artículo, quedan excluidos del salario las percepciones de carácter accidental, las derivadas de la prestación de antigüedad y las que la Ley considere que no tienen carácter salarial»
(Subrayados de la nueva redacción de la Sala Constitucional).

Este criterio y la aplicación preferente de la norma redactada en la sentencia prevaleció frente a las que fueron promulgadas en diferentes reformas de la Ley de ISLR.

Sin embargo, en ambas formulas se establece una presunción que iguala la renta neta gravable a una categoría de remuneración para asalariados.

No se discute, de forma alguna, que la fórmula prevista por la Sala Constitucional de circunscribir al salario normal es mucho más progresiva que la formulada por el legislador que pretende que la totalidad de lo recibido por personas bajo relación de dependencia -salvo viáticos y bono de alimentación- sea considerado renta neta.

En un interesantísimo trabajo presentado por Leonardo Palacios como comunicación técnica para las XXXIV Jornadas Colombianas de Derecho Tributario del año 2010⁴⁸, el autor estimó que la fórmula de circunscribir al salario

⁴⁷ Para un análisis de lo que significó esta decisión desde el punto de vista constitucional y judicial recomendamos la revisión de un muy enjundioso trabajo del profesor Serviliano Abache Carvajal, *Sobre falacias, justicia constitucional y Derecho tributario. Del gobierno de las leyes al gobierno de los hombres: más allá de “la pesadilla y el noble sueño*, Editorial Álvaro y Nora, Caracas, 2015.

⁴⁸ Leonardo Palacios Márquez, “El salario normal como magnitud que conforma la base de cálculo de la imposición a la renta para la determinación de los tributos que se causen con ocasión del contrato de trabajo bajo relación de dependencia en

normal como renta neta, es un acto de introducir un régimen simplificado pero que “*le quita a este tipo de contribuyentes la posibilidad de deducir ciertos gastos y erogaciones que le permita develar su real y no nominal capacidad económica o contributiva a los efectos del impuesto*”.

La errada estrategia de valorización de la UT ha traído como consecuencia que la presunción de renta sea aún peor, ya que el desgravamen único ha sido sumamente bajo.

Pero el problema de fondo no es simplemente la UT y el descalabro económico, sino que la ley establece una presunción que se ha venido tramitando como una presunción *iure et de iure*, cuando realmente debería ser una presunción *iuris tantum*.

Alguien pudiera pensar que existe una relación de este tema con el concepto de mínimo vital y probablemente tenga razón, sin embargo, desde la óptica de este trabajo y bajo la metodología de interpretación que estamos presentando, cuando la norma califica como renta neta gravable a una parte del salario que recibe un trabajador, no lo puede hacer mediante el uso de una presunción absoluta sino desvirtuable.

En este caso estamos invitando a buscar la verdad, la real e indiscutible capacidad económica del contribuyente para determinar su aptitud para asumir las cargas públicas sin empobrecerse.

Estamos desafiando una presunción según la cual la totalidad o parte del salario es renta neta, cuando se sabe que la renta neta es la que se obtiene de deducir de los ingresos los costos y los gastos. Lo que queremos indicar que los asalariados sí tienen costos y por lo tanto tienen el derecho de desafiar la mentira que genera la presunción con la verdad.

En efecto, hay erogaciones que están vinculados directamente con la producción de la renta del asalariado, como, por ejemplo: el transporte, el gasto de gasolina, mantenimiento y refracciones del carro, el vestido, la compra de ciertos materiales, el gasto de educación y de cursos de actualización. Esas erogaciones deben ser computados como verdaderos costos.

En consecuencia, en el estado actual de este tema y aplicando la metodología propuesta para la interpretación de las normas de contenido tributario con base a su fin general de protección de la libertad, la propiedad, la fuente generadora de riqueza y siempre estimulando la producción de renta, se debería interpretar la norma de manera que aquellos asalariados que han incurrido en costos y gastos que solo son imputables para la producción de su salario.

Venezuela”, XXXIV Jornadas Colombianas de Derecho Tributario, ICDT, Cartagena, 2010.

3.3.2. La disponibilidad de la renta gravable en base a lo causado⁴⁹

Otro caso que consideramos paradigmático y digno de que sea estudiado en un ensayo distinto a este, es el caso de la disponibilidad, una ficción jurídica con consecuencias serias respecto a la determinación progresiva y de una real capacidad contributiva.

En el impuesto sobre la renta, la disponibilidad es la ficción jurídica que establece el momento en que una determinada renta *-o ingreso capaz de formar parte de la renta neta gravable-* se considera que se originó en un determinado ejercicio fiscal.

Así la norma contenida en el artículo 1 de la LISLR prevé como hecho imponible “*los enriquecimientos anuales, netos y disponibles,*” cuyos aspectos materiales y temporales se relacionan, respectivamente, con las nociones de “*enriquecimiento neto*” y “*disponibilidad*”.

A la vez que el aspecto material se refiere a la descripción abstracta del comportamiento objetivo contenido en el hecho imponible, el aspecto temporal se refiere al *momento* a partir del cual se puede considerar que dicho comportamiento se ha configurado. Como discutiremos en seguida, el aspecto temporal del hecho imponible del ISLR guarda igual esencialidad que su aspecto material.

El aspecto temporal cobra particular importancia en el caso del ISLR, cuyo hecho imponible se forma, paulatinamente, a lo largo de un periodo fiscal y se verifica a su vencimiento.

Según Leonardo Palacios Márquez:

“El hecho imponible en los impuestos directos, específicamente el impuesto sobre la renta son hechos imponibles complejos que se van formando de cada uno de los elementos en un período tributario o de ejercicio fiscal, que está referido a un plazo de tiempo determinado por la ley o con fundamento a ella.

(...)

En los impuestos indirectos el hecho imponible es instantáneo, se da en un momento determinado y no está referido a períodos de tiempo o lapsos previamente establecidos.

El impuesto sobre la renta es un impuesto típicamente directo por cuanto afecta al ingreso en consideración a la realización de determinadas actividades que componen el elemento material del hecho imponible que se denomina renta y la magnitud económica que permite la valoración de esos

⁴⁹ Para la discusión de este tema agradezco la investigación efectuada por Juan Andrés Velutini con quien estamos preparando una publicación al respecto.

*hechos que conforman un hecho imponible complejo, que denominamos renta neta y es el resultado de esa actividad en un período tributario o gravable*⁵⁰.

El aspecto temporal del hecho imponible cumple con sus funciones de determinar el momento de nacimiento y el alcance de obligaciones tributarias en materia de ISLR de dos maneras.

En este sentido, al imputar un determinado elemento de renta a un período fiscal u otro, el aspecto temporal fija el momento en el cual éste adquirió relevancia o susceptibilidad de generar efectos fiscales eventuales. Esto ha sido reconocido por la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, para quien *“la disponibilidad es el elemento que determina cuándo o en qué ejercicio fiscal una renta o enriquecimiento resulta gravable”*⁵¹.

Ello no implica, sin embargo, que los ingresos o enriquecimientos son susceptibles de generar gravámenes a partir de su disponibilidad. La disponibilidad no se relaciona con el nacimiento o exigibilidad de obligaciones tributarias, sino con la aptitud de un determinado elemento de renta de formar parte de una base imponible sobre la cual, eventualmente, será generada una obligación tributaria. Según Félix Hernández Richard, la disponibilidad se refiere a *“los momentos escogidos por el legislador para considerar que los resultados económicos de una actividad pueden ser sometidos al proceso de determinación del enriquecimiento neto”*⁵².

Así tenemos que la disponibilidad se relaciona con la definición temporal de la base sobre la cual se determina el enriquecimiento neto o renta, compuesto de una serie de ingresos disponibles. En otras palabras, las rentas sólo se generan sobre ingresos o enriquecimientos disponibles y los ingresos deben estar disponibles para ser susceptible de generar rentas.

Pero como todos los elementos de la obligación tributaria deben estar necesariamente integrados y coordinados entre sí, es muy importante entender que los momentos de disponibilidad de los ingresos, por ejemplo, están atados y causados al momento en que exista la renta. Si no hay renta, no se puede considerar que hay disponibilidad.

⁵⁰ Leonardo Palacios Márquez, “Las Características de la Imposición a la Renta en Venezuela”, en *60 Años De Imposición a La Renta En Venezuela: Evolución Histórica y Estudios De La Ley Vigente*. En Homenaje a Los Ex-Presidentes De La A.V.D.T., Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2003, p. 107.

⁵¹ Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, Sentencia No. 6537 del 13 de diciembre de 2005.

⁵² Félix Hernández Richards, “La Disponibilidad En El Impuesto Sobre La Renta”, en *60 Años De Imposición a La Renta En Venezuela: Evolución Histórica y Estudios De La Ley Vigente*. En Homenaje a Los Ex-Presidentes De La A.V.D.T., Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2003, p. 280.

Para Pedro Tinoco (h) los ingresos son disponibles cuando: (i) se encuentran **jurídica y económicamente a disposición del contribuyente** o han sido realizados, y (ii) puedan **ser utilizados, gozados y dispuestos por su titular hacia el fin que más le convenga**⁵³.

Partiendo de esa concepción *-siempre clara, por demás-* de Pedro Tinoco (h) y a los efectos de aplicar la metodología propuesta en este ensayo, debemos hacernos la siguiente pregunta:

La actual ISLR prevé tres (3) *momentos* de disponibilidad, frente a los dos (2) previstos bajo la primigenia Ley de 1942, según la actividad generadora de renta de que se trate:

- a. El momento que se realizan las operaciones o actividades de las cuales emana la renta, o disponibilidad con base en lo **Causado**, que es la regla general.
- b. El momento que se hace exigible el pago de la renta, o disponibilidad con base en lo **Devengado** (créditos concedidos por bancos, empresas de seguros u otras instituciones de crédito y los derivados del arrendamiento o subarrendamiento de bienes muebles e Inmuebles); y
- c. El momento del pago de la renta, o disponibilidad con base en lo **Pagado**, que solo aplicaría para personas bajo relación de dependencia y rentas fortuitas.

Bajo este esquema, la disponibilidad de un determinado ingreso se determina con la verificación del momento de disponibilidad aplicable al tipo de actividad del cual emana. El primer momento de los indicados, disponibilidad con base en lo **Causado**, es generalmente aplicable a todo ingreso cuya actividad no esté expresamente prevista bajo el artículo 5 y asignada a otro momento de disponibilidad.

Si bien la aplicación de este momento de disponibilidad por “*default*”, aplicable salvo disposición expresa en contrario, ha estado previsto desde la LISLR 1942, reformas en años recientes han reducido el ámbito de aplicación de los otros dos momentos para favorecer la disponibilidad con base en lo **Causado**. Considérese que la LISLR únicamente prevé dos activades generadores de rentas disponibles con base en lo pagado, frente a las seis (6) actividades previstas bajo la LISLR del año 2014⁵⁴. Este gradual incremento de la tributación sobre lo causado debe ser entendido con base en la Exposición de Motivos de la LISLR:

⁵³ Pedro R. Tinoco (h), *Comentarios a la Ley de Impuesto sobre la Renta de Venezuela*, Tomo I, Halar, Madrid, 1955, pp. 128 y ss.

⁵⁴ La LISLR del 2014 (publicada en la Gaceta Oficial N° 6.152 Extraordinario del 18 de noviembre de 2014) previa como disponibles con base en lo pagado a los ingresos

“Durante la última década, la recaudación del impuesto sobre la renta se ha mantenido estable, lo cual no guarda relación con el comportamiento de la economía venezolana en su conjunto. Si se revisan las cifras oficiales, es fácil observar que, en dicho período, la recaudación del impuesto sobre la renta no ha sufrido variaciones significativas en cuanto a su participación en el producto interno bruto.

La reforma parcial elimina el ajuste por inflación fiscal, el cual se ha constituido en un mecanismo de disminución injustificada del pago de Impuesto.

Asimismo, se modifican los criterios de disponibilidad de la renta, reduciendo los supuestos de enriquecimientos disponibles en el momento en que son cobrados, y aumentando los casos de rentas que serán gravadas en el momento en que se realizan las operaciones que las producen, para establecer una tributación con criterio preeminentemente dirigido a considerar como parte de la utilidad fiscal, supuestos que en la actualidad aparecen como “Ingresos contabilizados y no cobrados”.

No obstante, el empleo de una ficción legal para determinar el momento de gravabilidad no puede resultar en gravámenes u otras consecuencias fiscales disociadas de la realidad “verdadera” o económica.

En consecuencia, en aplicación de la metodología de interpretación propuesta, el criterio de disponibilidad general sobre lo causado no pudiera aplicarse para casos donde existen elementos de hecho que conduzcan a considerar de forma inequívoca que la renta no será gravable en otro ejercicio distinto o que solo debe considerarse gravable al momento del pago.

Se trataría de una situación donde se hace necesario tener los elementos probatorios que demuestren que una determinada renta no se encuentra ***“jurídica y económicamente a disposición del contribuyente”*** para un determinado ejercicio económico y en ese caso, en nuestra opinión no sería posible considerar la ficción de disponibilidad o incluso considerar que la disponibilidad solo ocurrirá cuando se reciba efectivamente el pago.

Por ejemplo, piense en un contribuyente que mantiene importantes acreencias con empresas públicas, pero éstas no gestionan el pago de sus facturas y ni siquiera han emitido la orden de pago de las nuevas prestaciones de servicios o ventas de bienes. En esta situación deberíamos preguntarnos ¿qué probabilidad existe que

provenientes de “la cesión del uso o goce de bienes, muebles o inmuebles, incluidos los derivados de regalías y demás participaciones análogas y los dividendos, los producidos por el trabajo bajo relación de dependencia o por el libre ejercicio de profesiones no mercantiles, la enajenación de bienes inmuebles y las ganancias fortuitas”. La LISLR actualmente vigente, en su lugar, limita la aplicación de dicho momento de disponibilidad a únicamente los ingresos derivados del trabajo bajo relación de dependencia y de ganancias fortuitas.

la empresa pública ya endeudada procese el pago de estas nuevas prestaciones recibidas o compras? ¿realmente la renta que genera estas nuevas prestaciones o ventas de bienes está realmente disponible con la sola emisión de la factura, con la sola prestación o entrega de bienes? ¿si la empresa no ha recibido pagos pasado y probablemente no reciba pagos por estas facturas, realmente posee una capacidad económica para pagar el correspondiente ISLR?

Esa reflexión puede ser extrapolada a negocios jurídicos donde lo relevante es el pago y no la mera prestación del servicio.

Mediante una interpretación en la cual se tenga claro que la *ratio legis* de las normas tributarias es la de encontrar la verdadera aptitud económica para contribuir a las cargas públicas, tutelando reforzadamente la libertad y la propiedad, estimulando la fuente generadora de riqueza y no cercenándola, entonces no cabe duda que en situaciones donde exista realmente pocas probabilidades de pago efectivo la causación del tributo y la disponibilidad no puede ser sobre lo causado sino sobre lo pagado.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABACHE CARVAJAL, Serviliano, *Sobre falacias, justicia constitucional y Derecho tributario. Del gobierno de las leyes al gobierno de los hombres: más allá de “la pesadilla y el noble sueño*, Editorial Álvaro y Nora, Caracas, 2015.

ANZOLA, Oswaldo, “La ley tributaria: su interpretación y los medios legales e ilegales para evitar o reducir sus efectos”, *Libro Homenaje a José Andrés Octavio*, AVDT, Caracas, 1999.

ATIENZA, Manuel, *Argumentación Constitucional Teoría y Práctica*, Editorial Porrúa, México, 2011.

BALAGUER Callejón, María Luisa, *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*, Tecnos, Madrid, 1997.

BERMÚDEZ, José Rafael, “Interpretación jurídica y calificación de los hechos, según el Código Orgánico Tributario de 2001”, *60 años de imposición a la renta en Venezuela. Evolución histórica y estudios de la legislación actual*, AVDT, 2003.

CARMONA BORJAS, Juan Cristóbal: “Propuestas para una reforma tributaria en Venezuela”, *Tema II: Armonización tributaria. Memorias de las X Jornadas Venezolanas de Derecho Tributario*, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2011.

CASADO HIDALGO, Luis R., *Una presentación del sistema tributario venezolano en sus bases constitucionales y orgánicas en 20 años de Doctrina de la Procuraduría General de la República*, T.V, Caracas, 1984.

CAYÓN GALIARDO, Antonio, “El sistema fiscal. Fundamentos y estructura”, *Revista Española de Derecho financiero*, N° 104, octubre/diciembre 1999, Civitas, Madrid, 1999.

ESCOVAR LEÓN, Ramón, *El Precedente y la interpretación constitucional*, Editorial Sherwood, Caracas, 2005.

____ “Límites de la interpretación constitucional”, *Revista de Derecho Público*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2019.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Hacia una nueva justicia administrativa*, Editorial Civitas, Segunda Edición, Madrid 1992.

GARCÍA NOVOA, César, *La elusión fiscal y los medios para evitarla*”, *XXIV Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario*, Caracas, 2008.

HERNÁNDEZ RICHARDS, Félix, “La Disponibilidad en el Impuesto Sobre la Renta”, *60 Años de Imposición a la Renta en Venezuela: Evolución Histórica y Estudios de la Ley Vigente*. En *Homenaje a los Ex-Presidentes de la A.V.D.T.*, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2003.

KORODY TAGLIAFERRO, Juan Esteban, *Régimen impositivo de los intangibles en el ordenamiento jurídico venezolano*, AVDT, Caracas, 2013.

____ “Las pérdidas en el impuesto sobre la renta venezolano: una revisión pragmática a la luz de los principios constitucionales de la tributación”, *70 años del impuesto sobre la renta en Venezuela. Memorias de las XII Jornadas de venezolanas de derecho tributario*, AVDT, Caracas, 2013.

____ “Los efectos tributarios de los contratos”, *Memorias de las XIII Jornadas Venezolanas de Derecho Tributario*, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2014.

NEUMARK, Fritz, *Principios de la Imposición*, Instituto de Estudios Fiscales, 2ª Edición, Madrid, 1994.

PONT CLEMENTE, Joan-Francesc, *La economía de opción*, Marcial Pons, Madrid, 2006.

ROMERO-MUCI, Humberto, *Lo Racional y lo Irracional de los Intereses Moratorios en el Código Orgánico Tributario*, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2004.

____ *La racionalidad del sistema de corrección monetaria fiscal*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2005

____ *El Derecho y el Revés de la Contabilidad*, Serie Estudios N° 94, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2011.

____ “(In)moralidad tributaria en Venezuela. Entre la distopía y la anomia social”, *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, N° 157 – enero-diciembre 2018, Caracas, 2018.

____ “«La mentira contable»: crónica de incomunicación y engaño. Aspectos jurídicos de la liberación del tipo de cambio según el Convenio Cambiario N.º 1 y de la publicación extemporánea de los INPC por el BCV para los años 2016, 2017, 2018, hasta septiembre 2019”.

____ “La *disfunción* del bolívar y la *dolarización* de facto de la economía. Aspectos legales y fiscales”, *Libro homenaje al Doctor Luis Cova Arria. Conmemorativo del 25 aniversario de la especialización en Derecho de la Navegación y Comercio Exterior del Centro de Estudios de Postgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela*, tomo III, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2020.

____ “Desinstitucionalización tributaria en Venezuela a <entre la distopía y la anomia>”, *El Falseamiento del Estado de Derecho*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Editorial Jurídica, Caracas, 2022.

PALACIOS MÁRQUEZ, Leonardo, “Derechos Humanos y Tributación”, *XX Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario*, Salvador Bahía, 2000.

____ “Las Características de la Imposición a la Renta en Venezuela”, *60 Años de Imposición a La Renta en Venezuela: Evolución Histórica y Estudios de la Ley Vigente. En Homenaje a Los Ex-Presidentes De La A.V.D.T.*, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2003

____ “El salario normal como magnitud que conforma la base de cálculo de la imposición a la renta para la determinación de los tributos que se causen con ocasión del contrato de trabajo bajo relación de dependencia en Venezuela”. *XXXIV Jornadas Colombianas de Derecho Tributario*, ICDT, Cartagena 2010.

PALACIOS MÁRQUEZ, Leonardo y KORODY, Juan, “Los Principios Tributarios ante las Nuevas Formas de Imposición a la Renta”, *XXIV Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario*, Margarita, octubre 2008.

PLAZA VEGAS, Mauricio, *Derecho de la Hacienda Pública y Derecho Tributario: Las ideas políticas de la hacienda pública*, Temis, Bogotá, 2000.

TAVEIRA TORRES, Heleno, *Derecho tributario y Derecho Privado, Autonomía privada, simulación y elusión tributaria*, Marcial Pons, Madrid, 2008.

SAMPAIO FERRAZ, T., *Introducao ao estudo do directo*, Atalas, Sao Paulo, 1991.

TANZI, Vito, “La reforma tributaria en América Latina en los últimos diez años”, *Reforma de la Administración tributaria en América Latina*, Banco Interamericano de Desarrollo, Washington D.C. E.E.U.U., 1995.

TINOCO, Pedro R. (h), *Comentarios a la Ley de Impuesto sobre la Renta de Venezuela*, Tomo I, Halar, Madrid, 1955.

SOL, Jesús, “Enriquecimientos sujetos al régimen de rentas presuntas”, *60 años de Imposición a la Renta en Venezuela, libro homenaje a los ex presidentes de la AVDT*, AVDT, Caracas, 2003.

Uzcátegui Urdaneta, Mariano, *Interpretación de la Ley e integración del Derecho*, Caracas, 1989.

SIGNIFICACIÓN JURÍDICA DE LOS PRINCIPIOS DE CONTABILIDAD DE GENERAL ACEPTACIÓN EN VENEZUELA*

*José Rafael Bermúdez***

SUMARIO

1. El contexto del debate. 2. Las VEN-NIF en la jurisprudencia y en la doctrina. 2.1. Autores que han negado que las VEN-NIF sean normas jurídicas. 2.2. Autores que califican a las VEN-NIF como normas técnicas a las cuales reenvían las normas jurídicas. 2.3. Autores que califican a las VEN-NIF como normas jurídicas. 2.4. Autores que califican a las VEN-NIF como normas de derecho tributario sustantivo. 3. Nuestra opinión sobre la significación jurídica de las VEN-NIF. 3.1. Cómo se han emitido las VEN-NIF. 3.2. El cumplimiento de las VEN-NIF tiene el respaldo de la coerción estatal. 3.3. Posibles objeciones. 3.4. Dos tipos de remisiones normativas. 3.4.1. Las remisiones efectuadas por la FCCPV para adoptar las NIIF/IFRS. 3.4.2. La remisión legislativa contenida en el artículo 88 de la Ley de ISLR. 4. Las VEN-NIF se interpretan y aplican empleando los conocimientos de la ciencia contable, y además están sujetas a los principios, reglas, y criterios sobre interpretación y aplicación de las normas jurídicas. 5. Las VEN-NIF no deben interpretarse y aplicarse como si fuesen un sistema normativo aislado e independiente. 6. Las VEN-NIF no son normas tributarias. 7. Algunas conclusiones y una pregunta. Referencias bibliográficas.

El debate alrededor de los principios contables generalmente aceptados en Venezuela (VEN-NIF) de la Federación de Colegios de Contadores Públicos de Venezuela (FCCPV) se ha prolongado por décadas, con la participación de

* Este trabajo para el Libro Homenaje al profesor Humberto Romero-Muci formará parte de las ponencias que se discutirán en las XIX Jornadas de Derecho Tributario de la Asociación Venezolana de Derecho Tributario (AVDT) dedicadas al tema *Tributación y Contabilidad en Venezuela*, que se realizarán en noviembre de 2022 bajo la relatoría del profesor Romero-Muci.

** Abogado egresado de la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB) y del posgrado en Derecho Tributario de la Universidad Central de Venezuela (UCV). Máster en Argumentación Jurídica (Universidad de León). Fue profesor en la Especialización en Derecho Tributario de la UCV, y en la Maestría en Derecho Financiero de la UCAB. Fue profesor invitado en la Maestría de Finanzas del Instituto de Estudios Superiores de Administración (IESA).

notables juristas. La discusión versa sobre las propiedades esenciales de las VEN-NIF, cuestión fundamental para saber cómo ellas deben interpretarse y aplicarse.

El artículo 88 de la Ley de Impuesto sobre la Renta (ISLR)¹ obliga a los contribuyentes a cumplir las VEN-NIF, y otras leyes reenvían a ellas para ser aplicadas con diversos propósitos. La jurisprudencia y la doctrina muestran que las VEN-NIF han servido para llenar vacíos normativos de algunas leyes, y para atribuir significados a sus textos. Sin embargo, el debate sobre la dimensión jurídica de las VEN-NIF sigue abierto.

Algunos autores han opinado que las VEN-NIF no son normas jurídicas. Otros atribuyen a las VEN-NIF cualidades que suelen predicarse de las normas de *derecho blando* (se aplican obligatoriamente para ciertos efectos porque las normas jurídicas reenvían a ellas, que solo se consideran como normas técnicas); otros interpretan que las VEN-NIF son normas jurídicas; y otros van más lejos, pues afirman que las VEN-NIF han entrado por “irrupción” en el derecho tributario sustantivo (las cuales, como es sabido, prescriben los elementos esenciales de las obligaciones tributarias).

La importancia del tema debatido no debe subestimarse. La información financiera es indispensable para la sociedad, y la certidumbre jurídica comienza por identificar las fuentes del derecho que vinculan a los jueces, lo cual también vale para los demás operadores. Si no hay consenso razonable sobre las propiedades esenciales de la VEN-NIF, se corre el riesgo de que se interpreten y apliquen sin limitaciones, eligiéndolas a conveniencia, como se escogen las guayabas en una cesta, lo que ha ocurrido en Venezuela en algunos casos, según lo veremos en el acápite 5 de este trabajo.

El propósito esencial de las VEN-NIF es proporcionar información útil sobre la situación financiera de las entidades², pero sus efectos rebasan la mera presentación de información: pueden incidir sobre el monto de los tributos, y pueden afectar a los accionistas, socios y acreedores de las compañías, cuyos derechos patrimoniales derivan de normas de rango legal que no tienen las VEN-NIF. Así, por ejemplo, el derecho a percibir dividendos es fundamental para los accionistas, pero la compañía no puede distribuirlos si los estados financieros

¹ Gaceta Oficial N° 6.210 Extraordinario del 30 de diciembre de 2015.

² Véase lo dispuesto en dos instrumentos de las VEN-NIF: “El objetivo de la información financiera con propósito general es proporcionar información financiera sobre la entidad que informa que sea útil a los inversores, prestamistas y otros acreedores existentes y potenciales para tomar decisiones sobre el suministro de recursos a la entidad.” (Marco Conceptual de las NIIF/IFRS, Capítulo 1, párrafo OB2). En la NIC 1, párrafo 7, se indica lo siguiente: “El objetivo de los estados financieros es suministrar información acerca de la situación financiera, del rendimiento financiero y de los flujos de efectivo de una entidad, que sea útil a una amplia variedad de usuarios a la hora de tomar sus decisiones económicas.”

elaborados según las VEN-NIF no reflejan que la sociedad tiene utilidades acumulables, sea por sus resultados, o porque sus administradores desafectaron reservas.

El problema planteado debe resolverse a partir de dos proposiciones que son incompatibles: (a) las VEN-NIF son normas jurídicas; o (b) son normas *ajenas al sistema jurídico*, pero deben aplicarse porque a ellas reenvían algunas normas jurídicas.

En los acápites que siguen describiremos el contexto del debate (1), repasaremos las opiniones que divergen (2), y expondremos las razones que nos llevan a concluir que las VEN-NIF son normas jurídicas sobre contabilidad (3). De lo anterior deduciremos que las VEN-NIF se interpretan y aplican empleando los conocimientos de la ciencia contable, y están sujetas a los principios, reglas, y criterios sobre interpretación y aplicación del derecho venezolano, del cual forman parte las VEN-NIF (4). En el acápite siguiente argumentaremos que las VEN-NIF no deben interpretarse y aplicarse como si fuesen un sistema normativo aislado e independiente, lo que ocurrió en Venezuela con graves consecuencias, al reconocer contablemente los efectos de la inflación y las devaluaciones monetarias con base en índices y tipos de cambio fijados artificialmente por entes del sector público (5). Para terminar, argumentaremos que la aplicación de las VEN-NIF en materia tributaria no las transforma en normas tributarias, y refutaremos la tesis según la cual las VEN-NIF han pasado a formar parte del derecho tributario sustantivo (6).

1. El contexto del debate

La diversidad de opiniones sobre la naturaleza de las VEN-NIF no es un fenómeno excepcional. Los ordenamientos jurídicos contemporáneos son cada vez más complejos, y en ellos proliferan usos e instrumentos que no encajan dentro de las fuentes del derecho expuestas en los clásicos tratados de Derecho Civil (*e.g.*, ley, derecho consuetudinario, principios generales del derecho, jurisprudencia y doctrina).

La discusión sobre las VEN-NIF ha surgido porque ellas tienen cualidades excepcionales: (a) han sido dictadas por una institución gremial (la FCCPV), y se ha interpretado que ella no tiene facultades para dictar normas que obliguen a personas extrañas a ese gremio; (b) las VEN-NIF corresponden a una disciplina que tiene sus propios contenidos normativos, su propia carrera universitaria, y su propia ley de ejercicio profesional; (c) el sintagma *principios contables de general aceptación* es un término técnico³, pero en el lenguaje ordinario tiene

³ La “general aceptación” no es una cualidad empírica de las normas contables, sino la traducción al español del término técnico *generally accepted accounting principles*, también conocido por las siglas GAAP, y en español (PCGA). Fue introducido en 1936 por el *American Institute of Accountants*, y en nuestro tiempo se usa para

ambigüedades, y se piensa que son “generalmente aceptados” porque su aceptación es usual o común, pero no es obligatoria; y (d) las VEN-NIF no tienen la apariencia de normas jurídicas: las normas emitidas directamente por la FCCPV se titulan *boletines de aplicación*, no se compilan en un solo instrumento, y no se publican en la Gaceta Oficial.

Muchos países de Europa continental y Latinoamérica tienen leyes sobre contabilidad, y por ello está claro que son normas jurídicas. Pero en Venezuela seguimos el modelo que prevalece en los países con sistemas de *Common Law*, cuyas leyes o agencias gubernamentales ordenan a las empresas que apliquen las normas contables emitidas por instituciones privadas que congregan a los profesionales de la contaduría pública. Puede argumentarse que habría sido conveniente tener en Venezuela una ley general sobre contabilidad, pero el tiempo ha demostrado que nuestro país siguió el mejor modelo, pues la continuidad institucional de la FCCPV contrasta con el errático y rezagado desempeño de un Estado que por varias décadas ha legislado con fundamento en leyes habilitantes, decretos de estado de emergencia y, en el pasado reciente, en instrumentos que se titulan *ley constitucional* y violan manifiestamente la Constitución de 1999.

Las VEN-NIF están actualmente conformadas por diez instrumentos normativos emitidos directamente por la FCCPV (los boletines de aplicación BA VEN-NIF 0, 2, 4, 5, 6, 7, 9, 10, 11 y 12), y por 60 instrumentos que conjuntamente se denominan *Normas Internacionales de Información Financiera* (las NIIF/IFRS)⁴, que incluyen 59 instrumentos denominados “NIIF Completas” y el instrumento titulado “NIIF para las PYMES”. Esos instrumentos han sido adoptados (*i.e.*, incorporados) a las VEN-NIF mediante normas de reenvío o remisión contenidas en sucesivas versiones de las BA VEN-NIF-0 y BA VEN-NIF-08.

designar las normas contables que en cada Estado rigen la contabilidad y la elaboración de los estados financieros de las entidades económicas. Ver: Stephen A. Zeff, “*The Evolution of the IASC into the IASB, and the Challenges it Faces*”, en *The Accounting Review*, Vol. 87, No. 3, 2012, pp. 807-837.

⁴ La NIIF para las PYMES se aplican a las pequeñas y medianas entidades, conjuntamente con los BA-VEN-NIF. Las NIIF Completas se aplican a las grandes entidades, conjuntamente con los BA-VEN-NIF. Las NIIF Completas están conformadas por 59 instrumentos: (i) el Marco Conceptual de las NIIF-IFSR; (ii) 25 Normas Internacionales de Contabilidad (NIC) emitidas por el Comité de Normas Internacionales de Contabilidad, reemplazado en 2001 por la IASB; (iii) 15 Normas Internacionales de Información Financiera (NIIF); (iv) cuatro instrumentos *interpretativos* de las NIC, denominados SIC; y (v) 13 instrumentos interpretativos de las NIIF, denominados CINIIF. Estos 59 instrumentos se denominan “NIIF Completas” para distinguirlos de los 15 documentos que ellas contienen (antes señalados) que también llevan las siglas NIIF.

Aunque se denominan “normas internacionales”, las NIIF/IFRS no son instrumentos de derecho internacional, y no son normas, sino *modelos* de normas de creación privada. Han sido elaboradas por la *International Accounting Standards Board* (IASB) y otros órganos de la IFRS Foundation, una corporación privada sin fines de lucro regida por las leyes del estado de Delaware de los Estados Unidos, registrada en Inglaterra y Gales como una sociedad extranjera, y con oficinas principales en Londres⁵.

En inglés las NIIF/IFRS no se titulan “normas” (*i.e., norms, rules*), sino “estándares” (*i.e., International Financial Reporting Standards*), vocablo que mejor expresa que la IFRS carece de poderes normativos. La IFRS Foundation elabora y actualiza las NIIF/IFRS, las somete a la consideración de los Estados, y estos resuelven si las incorporan a sus ordenamientos jurídicos, totalmente o con las reservas o modificaciones que estimen convenientes para adaptarlas a sus realidades particulares⁶. Dicho de otro modo: por sí solas, las NIIF/IFRS no son normas jurídicas; sólo pasan a ser normas jurídicas cuando son adoptadas por algún Estado o algún sistema jurídico internacional⁷.

Las *adopciones* se han efectuado en cada país de distintas maneras, prescritas en la ley que las adopta. El ámbito de aplicación de las NIIF/IFRS y sus efectos jurídicos suelen ser regulados de manera diferente en cada país. De hecho, las NIIF/IFRS conviven con las leyes de contabilidad dictadas en cada país, y lo dispuesto en estas suele prevalecer sobre lo que disponen las NIIF/IFRS. Son diferencias que deben tomarse en cuenta a la hora de examinar la contabilidad y la doctrina jurídica de otros países. Dicho de otro modo: las NIIF/IFRS son iguales, pero son diferentes las leyes que en cada país las adoptan y determinan sus efectos.

⁵ Véase la nota al pie en página. Disponible en: <https://www.ifrs.org/about-us/who-we-are/>.

⁶ Algunos países, como Venezuela, han adoptado las NIIF/IFRS para todas sus entidades económicas. En otros países solo han sido adoptadas para algunas categorías de empresas (e.g. compañías listadas en bolsas de valores, entidades extranjeras listadas en bolsa de valores, etc.). Ver en: <https://www.ifrs.org/use-around-the-world/use-of-ifrs-standards-by-jurisdiction/>.

⁷ En 2003 la Unión Europea adoptó las NIIF para que fuesen aplicadas a las empresas que según la legislación de un estado miembro cotizan oficialmente sus títulos valores (*i.e.*, títulos listados en bolsas de valores y mercados públicos). La versión actual del Reglamento de la Comisión de la Unión Europea está publicada en <https://www.boe.es/doue/2008/320/L00001-00481.pdf>.

2. Las VEN-NIF en la jurisprudencia y en la doctrina

La FCCPV ha dispuesto que las VEN-NIF son de aplicación obligatoria⁸, pero no se ha pronunciado sobre si ellas pertenecen (o no) al sistema jurídico. La doctrina jurídica y la jurisprudencia muestran que las VEN-NIF han servido para atribuir significados a normas legales que se refieren a las nociones contables, y para llenar lagunas normativas de la legislación tributaria y la legislación mercantil. Como ejemplo de esto último puede verse la sentencia emitida el 16 de mayo de 2002 por la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, que consideró aplicables los principios contables generalmente aceptados (que actualmente son las VEN-NIF), para llenar un vacío normativo de la legislación tributaria sobre la posibilidad de cambiar el método de valoración de inventarios. Sin embargo, la Sala no se pronunció sobre la naturaleza jurídica de las VEN-NIF, y dejó claro que ellas no se aplican de manera automática, pues afirmó que la aplicación del método de valoración escogido “debe hacerse dentro de unos lineamientos de razonabilidad, consistencia y buena fe⁹.”

A continuación, señalaremos las opiniones sobre los aspectos jurídicos de las VEN-NIF que nos parecen más representativas. Algunas se emitieron cuando estaban vigentes las declaraciones de principios de contabilidad y las publicaciones técnicas que luego fueron sustituidas por las VEN-NIF, pero esas opiniones son todavía relevantes, pues no han cambiado las disposiciones de la Ley de Ejercicio de la Contaduría Pública de 1973 que la FCCPV ha invocado para fundamentar su poder normativo.

2.1. Autores que han negado que las VEN-NIF sean normas jurídicas

Un sector de la doctrina venezolana ha opinado que las normas contables de la FCCPV (que actualmente son las VEN-NIF) no son normas jurídicas. Alfredo Morles Hernández, autor de la más amplia e influyente doctrina venezolana sobre Derecho Mercantil, sostuvo que los principios contables de la FCCPV: “(...) *no tienen valor normativo que les haya sido atribuido ni por una disposición legal con carácter directo y expreso ni por un uso normativo*, pero la ley hace referencia a su existencia y los contadores públicos independientes afiliados a los colegios de contadores los aplican en el examen que llevan a cabo sobre los balances y demás estados financieros que son sometidos a su consideración (...)” (Énfasis agregado). Sin embargo, el profesor Morles sugirió que por su aceptación

⁸ Ver la BA-VEN-NIF-08, versión 5 (párrafo 6) y la BA-VEN-NIF-08, versión 7 (párrafo 2).

⁹ Ver: Sentencia número 0647 de fecha 16 de mayo de 2002, caso: Cervecería Polar, C.A. y Cervecería Polar del Centro, C.A., con ponencia del magistrado Levis Ignacio Zerpa, ratificada posteriormente en los fallos números 02307 del 24 de octubre de 2006 (Caso: S.H. Fundiciones S.A.); 00004 del 9 de enero de 2008 (Caso: Ferro de Venezuela C.A.) y 00137 del 29 de enero de 2009 (Caso: Oxidaciones Orgánicas C.A. OXIDOR).

generalizada podrían ser calificadas como costumbres mercantiles, que son fuente supletoria del derecho si cumplen los requisitos establecidos en el artículo 9º del código de Comercio: “*Corresponderá al juez determinar cuándo un principio no es aceptado o no es aplicado de modo general o uniforme, porque el hecho de que la Federación de colegios de contadores públicos de Venezuela los haya emitido mediante boletines, los haya calificado de principios generalmente aceptados y haya declarado que tienen fuerza obligatoria, no les atribuye legal coercibilidad de ninguna clase*”.¹⁰ (Énfasis agregado).

En sentido similar se pronunció Serviliano Abache Carvajal en 2019, quien sostuvo que las VEN-NIF no tienen fuerza vinculante porque no emanan de un órgano que tiene competencia legislativa y, por ello, no gozan de capacidad normativa en sentido estricto. Para Abache Carvajal, “(...) los principios contables, al igual que, por ejemplo, los enunciados de la moral y de los convencionalismos sociales, en efecto son normas, lo que pasa es que *no son normas jurídicas* –en tanto no sean dictadas por un órgano legislativo–, por lo que carecen de fuerza vinculante y coercibilidad, ante la ausencia de mandatos deónticos en su estructuración lógica o, lo que es lo mismo, son normas extra-jurídicas. Si, por el contrario, los principios contables son formal y democráticamente legislados, como ocurre en algunos ordenamientos jurídicos en los cuales existe un “Derecho contable”, mediante la emisión de normas contables en textos legislativos, en esos casos integrarán el sistema jurídico, con efecto vinculante y fuerza coercitiva, en tanto mandatos deónticos¹¹.”

Jesús Sol Gil y Nathalie Rodríguez París presentaron, en las XXIX Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario de 2016, una ponencia sobre las discrepancias y conflictos entre el derecho tributario, la ciencia contable y las VEN-NIF¹². Allí exponen que las disposiciones de las VEN-NIF *no son normas en sentido estricto* porque no emanan de un órgano con potestad legislativa o normativa; y, por lo tanto, no son coercibles ni vinculantes. Según ellos, “(...) las declaraciones y normas de contabilidad emanadas de la FCCPV tienen un limitado valor de recomendaciones técnicas, *pero carecen de coercibilidad jurídica*,

¹⁰ El profesor Morles Hernández también señala que los jueces podrían determinar si un principio contable puede considerarse como una costumbre mercantil, fuente supletoria del derecho en materia mercantil, según lo previsto en el artículo 9 del Código de Comercio. Ver: Alfredo Morles Hernández, *Curso de Derecho Mercantil*, Tomo I, Universidad Católica Andrés Bello Caracas, 2007, p. 425 (las frases precitadas ya aparecían en la página 414 de la tercera edición, publicada en 1989).

¹¹ Serviliano Abache Carvajal. “Derecho y contabilidad. A propósito de la interpretación y determinación tributaria”, en *Contabilidad & Auditoría*, N° 79, Legis, Bogotá, 2019, pp. 182-185.

¹² Jesús Sol Gil y Nathalie Rodríguez París, “Relaciones, discrepancias y conflictos del derecho tributario venezolano con la ciencia contable y las Normas Internacionales de Información Financiera”, *Revista de Derecho Tributario* N° 153, Caracas, 2017, pp. 15-69.

incluso entre los mismos contadores. *Se trata, en definitiva, de normas de necesaria observancia, mas no de obligatorio cumplimiento.*” (Énfasis agregado)¹³.

2.2. Autores que califican a las VEN-NIF como normas técnicas a las cuales reenvían las normas jurídicas

En la dogmática jurídica sobre asuntos contables sobresale la obra de Humberto Romero-Muci, autor del único estudio exhaustivo publicado en nuestro país sobre el derecho y la contabilidad, y de numerosos trabajos que dan cuenta de las anomalías legales, tributarias, contables y financieras surgidas antes y después del colapso económico de Venezuela¹⁴. En su libro *El derecho (y el revés) de la contabilidad*, publicado en 2011, Romero-Muci opinó que la FCCPV carecía de facultades normativas para emitir reglas y principios de contabilidad de aceptación general, los cuales tenían un limitado valor de recomendaciones técnicas y profesionales¹⁵. Sin embargo, Romero-Muci abrió allí el camino para revisar esa opinión, al señalar que el reconocimiento jurídico de las reglas y principios contables podía producirse por diversos medios, que describió en un trabajo publicado en 2014¹⁶, donde esencialmente expuso lo siguiente:

- (a) Las sociedades mercantiles deben obligatoriamente aplicar las VEN-NIF como *reglas técnico-contables* vigentes en nuestro país, pues “hay un deber formal tributario de llevar la contabilidad como fuente de información fiscal, según principios de contabilidad de aceptación general en Venezuela, referentes a actividades y operaciones que se vinculen a la tributación¹⁷”. (Énfasis agregado).

¹³ *Ibidem*, pp.18 y 26.

¹⁴ Véanse, por ejemplo, los siguientes trabajos de Romero-Muci, “La disfunción del Bolívar y la dolarización de facto de la economía, Aspectos legales y fiscales”, en *Libro Homenaje al Doctor Luis Cova Arria*, Tomo III, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2020; *La metamorfosis kafkiana de la Unidad Tributaria y la dolarización de las sanciones tributarias*, Fundación de Derecho Administrativo (FUNDEA), Caracas, s.f.; “Sobre la deducibilidad del resultado monetario deudor (perdida monetaria) por inflación: el caso de las entidades financieras y el seguro”, *XVI Jornada Venezolana de Derecho Tributario*, Caracas, 2017; y “El Petroengaño Contable”, *Boletín Observatorio Gasto Público Centro de Divulgación del Conocimiento Económico*, 2021.

¹⁵ Humberto Romero-Muci, *El derecho (y el revés) de la contabilidad*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2011, p. 68.

¹⁶ Humberto Romero-Muci, “Aspectos Financieros y Fiscales del Nuevo Régimen Cambiario de 2014”, en *Revista de Derecho Tributario*, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, N° 144, 2014.

¹⁷ *Ibidem*, pp. 26 y 30.

- (b) “La recepción *vinculante* de las VEN-NIF opera por la vía indirecta de la aplicación de conceptos indeterminados (...)”, para dar sentido a los enunciados de los artículos 35, 304 y 307 del Código de Comercio, cuyas proposiciones normativas conforman “(...) una cláusula general que *permite activar la regulación técnica a través de dichas reglas jurídicas como norma abierta de reenvío hacia la técnica en todo aquello que la haga compatible con la regla legal*. La legitimidad del reenvío al tipo, estándar o al concepto técnico contable, dependerá de la justificación en cada caso concreto en que se pretenda su aplicación y por la misma razón será controlable por el Juez (...)”¹⁸. (Énfasis agregado).
- (c) Romero-Muci afirmó que su posición es consistente con la jurisprudencia venezolana y citó como ejemplo la antes referida sentencia de la Sala Político-Administrativa N° 00647 del del 16 de mayo de 2002, la cual reconoció en las VEN-NIF “(...) el marco normativo técnico pertinente, con *virtualidad* jurídica aplicable para regular las situaciones contables previstas en leyes tributarias, cuando no haya regulación expresa en contrario sobre el particular, siempre que sea dentro de parámetros de razonabilidad, consistencia y buena fe.”¹⁹ (Énfasis agregado).

A nuestro modo de ver, Romero-Muci atribuye a las VEN-NIF propiedades que suelen predicarse de las manifestaciones de *derecho blando*: las concibe como reglas técnicas con *virtualidad* normativa, apuntando así que no son realmente jurídicas (pues lo real suele distinguirse de lo virtual, que solo es aparente, pero tiene la virtud de producir efectos, y las VEN-NIF producen efectos jurídicos).

Romero-Muci explicó esa virtualidad normativa porque las normas jurídicas reenvían a las normas técnicas, y mencionó dos categorías de remisiones: (i) las que expresamente aparecen en leyes tributarias que obligan a cumplir las VEN-NIF como deberes formales; y (ii) las remisiones que implícitamente hacen a las VEN-NIF algunos artículos del Código de Comercio que tienen términos indeterminados sobre contabilidad, conocidos en teoría del derecho como *cláusulas generales* (las cuales usualmente consisten en expresiones o términos indeterminados que aparecen en disposiciones legales, y cuyo significado debe determinarse acudiendo a normas o parámetros de juicio internos o externos al derecho)²⁰. (Énfasis agregado).

¹⁸ *Ibidem*, pp. 26 y 27.

¹⁹ *Ibidem*, p. 27.

²⁰ Ver: Pierluigi Chiassoni, “Las cláusulas generales, entre teoría analítica y dogmática jurídica”, en *Revista de Derecho Privado* N° 21, julio-diciembre de 2011, pp. 89-106.

2.3. Autores que califican a las VEN-NIF como normas jurídicas

En un trabajo publicado en 2007, Juan Carlos Castillo Carvajal sostuvo que la jurisprudencia venezolana ha destacado el carácter vinculante de los principios contables generalmente aceptados (PCGA, que fueron luego sustituidos por las VEN-NIF), en los siguientes términos:

“Cabe destacar que el carácter vinculante de los PGCA nunca ha sido debatido en la jurisprudencia desde la dialéctica del carácter normativo de tales proposiciones. En efecto, no se discute si los PGCA constituyen normas jurídicas propiamente dichas. Empero, el carácter público de los órganos de los cuales emanan estos principios, su aceptación pacífica por parte de la comunidad de negocios, y la recepción de estas proposiciones por parte del ordenamiento jurídico a través de las normas de remisión previstas en distintas disposiciones normativas, le conceden a los PGCA un indiscutible carácter vinculante que determina su aplicación obligatoria por parte de los contribuyentes.²¹” (Énfasis agregado).

En sus notas de actualización al Curso de Derecho Mercantil de Roberto Goldschmidt, María Auxiliadora Pisani Ricci señaló que la forma y el contenido del balance y estado de ganancias y pérdidas, y la contabilidad en general, “(...) *deben regirse* según lo dispuesto por los Principios de Contabilidad Generalmente Aceptados. (...) ha sido intención del legislador que, a falta de disposición expresa, la contabilidad *se rija* según los principios de la técnica contable, que en nuestro país determina la Federación de Colegios de Contadores Públicos.²²” (Énfasis agregados). Dicho lo anterior, Pisani Ricci advierte que el profesor Morles Hernández (cuya opinión ya citamos) ha opinado que no tienen carácter normativo y no son de obligatorio cumplimiento.

2.4. Autores que califican a las VEN-NIF como normas de derecho tributario sustantivo

En un trabajo publicado en 2019, Burt Hevia afirmó que las VEN-NIF han entrado en el derecho tributario sustantivo, y describe esa entrada como una *irrupción*²³. Esta tesis fue desarrollada en un trabajo publicado ese mismo año por

²¹ Juan Carlos Castillo Carvajal “Apostillas respecto de las implicaciones tributarias derivadas de la adopción de las Normas Internacionales de Información Financiera (NIIF)”, en *Revista de Derecho Tributario* N° 115, 2007, pp. 10 y 11.

²² Pisani Ricci, María Auxiliadora, notas de actualización a la obra del profesor Roberto Goldschmidt, *Curso de Derecho Mercantil*, UCAB y Fundación Roberto Goldschmidt, Caracas, 2001, p. 197.

²³ Burt Hevia, “La juridificación (irrupción) de la contabilidad en el derecho tributario sustantivo. Una propuesta de interpretación evolutiva del artículo 88 de la ley de impuesto sobre la renta”, en *Derecho Tributario Contemporáneo, Libro Homenaje a los 50 años de la Asociación Venezolana de Derecho Tributario*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2019, pp. 585-608.

Hevia y Enrico Giganti, donde interpretan que las VEN-NIF son obligatoriamente aplicables para atribuir significados a los actos de comercio previstos como hechos imponible, y para determinar bases imponible²⁴. En el acápite 6 abordaremos este tema.

En los párrafos precedentes puede notarse que Morles Hernández, Abache Carvajal, Sol Gil, y Rodríguez París sostienen que las VEN-NIF no tienen valor normativo ni coercibilidad; Romero-Muci las concibe como reglas técnicas con *virtualidad* normativa; Castillo Carvajal y María Auxiliadora Pisani consideran que las VEN-NIF son normas jurídicas sobre contabilidad; y Hevia y Giganti han interpretado que las VEN-NIF han pasado a formar parte del derecho tributario sustantivo.

3. Nuestra opinión sobre la significación jurídica de las VEN-NIF

Comenzaremos por señalar qué entendemos por normas jurídicas, considerando que para referirse a ellas la doctrina suele usar términos diferentes. Se afirma, por ejemplo, que son válidas, vinculantes, obligatorias, coercibles, o que tienen fuerza normativa, etc., y se les atribuyen otras propiedades cuyos significados no son equivalentes (*e.g.*, eficacia, vigencia y aplicabilidad). Llamaremos aquí normas jurídicas a los valores superiores, principios y reglas que vinculan a los jueces, pues forman parte del sistema jurídico venezolano (aquí entendido como sinónimo de ordenamiento jurídico), cuya unidad viene dada por la Constitución de 1999, que le sirve de fundamento.

La vinculación de los jueces a las normas jurídicas está prevista en el artículo 12 del Código de Procedimiento Civil, según el cual, en sus decisiones “el Juez debe atenerse a las normas del derecho a menos que la Ley lo faculte para decidir con arreglo a la equidad. (...)” La vinculación de los jueces a las normas jurídicas no significa que todas ellas los obligan, sino que ellos deben decidir los casos de conformidad con esas normas.

Resulta entonces necesario distinguir entre las normas jurídicas, y las que pertenecen a otros órdenes normativos, como son, por ejemplo, las normas morales, religiosas, las de comportamiento social, así como las normas técnicas que no han sido incorporadas al ordenamiento jurídico, y en consecuencia, no vinculan a los jueces. Veamos si las VEN-NIF pertenecen a esta última categoría.

3.1. Cómo se han emitido las VEN-NIF

La cadena de validez de las VEN-NIF comenzó en los artículos 136(24) y 82 de la Constitución de 1961, los cuales reservaron al Poder Nacional la legislación sobre la materia mercantil y las profesiones universitarias que requieren

²⁴ Burt Hevia y Enrico Giganti, “La ruptura normativa entre el Código de Comercio y el impuesto sobre la renta. Una propuesta de interpretación evolutiva”, en *Memorias de las XVIII Jornadas de Derecho Tributario*, Caracas, 2019, pp. 398 y 398.

colegiación. Estas normas fueron reproducidas, con cambios menores, en los artículos 156(32) y 105(8) de la Constitución de 1999²⁵.

Con fundamento en esas normas de la Constitución de 1961, el Poder Legislativo promulgó en 1973 la Ley de Ejercicio de la Contaduría Pública, mediante la cual fue creada la FCCPV, una persona de derecho público no estatal o paraestatal, pues no forma parte de la organización del Estado venezolano. Esa ley contiene la siguiente disposición:

Artículo 22. Corresponde a la Federación de Colegios de Contadores Públicos de Venezuela: (...) (8) adelantar y gestionar las reformas legales y reglamentarias y *dictar los reglamentos internos que contribuyan al desarrollo y protección del ejercicio de la profesión* de contador público. (Énfasis agregado).

Creemos que esa disposición confiere a la FCCPV facultades para dictar las VEN-NIF²⁶, por las razones siguientes:

- Las VEN-NIF son reglamentos internos, pues contienen normas generales y abstractas, y los sujetos pasivos de las VEN-NIF son los miembros de los colegios de contadores públicos. En otras palabras, por sí solas, las VEN-NIF solamente obligan a los contadores públicos colegiados. Sin embargo, se aplican extramuros a ese gremio porque así lo han dispuesto las remisiones legislativas que revisaremos más adelante.
- Las VEN-NIF contribuyen al desarrollo y protección del ejercicio de la profesión de contador público, puesto que prescriben cómo deben llevarse a cabo tareas inherentes a esa profesión²⁷, y además los

²⁵ El artículo 156 dispone: “Es de la competencia del Poder Público Nacional: (...) 32. La legislación en materia de derechos, deberes y garantías constitucionales; la civil, mercantil, penal, penitenciaria, de procedimientos y de derecho internacional privado; y el artículo 105 prescribe: La ley determinará las profesiones que requieren título y las condiciones que deben cumplirse para ejercerlas, incluyendo la colegiación.”

²⁶ El poder normativo que corresponde a la FCCPV según el precitado artículo 22(8) de la VEN-NIF fue desarrollado en el artículo 4(g) de los Estatutos de la FCCPV, según el cual corresponde a la FCCPV “dictar sus propios estatutos, los reglamentos internos y las normas técnicas que contribuyan al desarrollo y protección de la profesión del Contador Público”. Esta exposición puede considerarse como innecesaria, puesto que la potestad de creación normativa que comentamos deriva del precitado artículo 22(8).

²⁷ Véanse las siguientes acepciones del vocablo *desarrollar*: “(...) 3. tr. Realizar o llevar a cabo algo. *Desarrolló una importante labor*. 4. tr. Mat. Efectuar las operaciones de cálculo indicadas en una expresión analítica. (...) 7. Suceder, ocurrir o tener lugar.” (DLE de la RAE).

protegen, pues sirven de parámetros para precisar el alcance y la calidad de los servicios que ellos prestan. Si no existiesen las VEN-NIF, los contadores trabajarían en un marco de incertidumbre que los expondría a reclamos, pues tendrían que aplicar conocimientos y prácticas que difícilmente serían uniformes, y la información financiera de las entidades no sería comparable (recordemos que la comparabilidad es una característica cualitativa esencial de la información financiera²⁸).

3.2. El cumplimiento de las VEN-NIF tiene el respaldo de la coerción estatal

La calificación de las VEN-NIF como un conjunto de normas jurídicas viene reforzada porque ellas tienen el respaldo de la coerción del Estado, un rasgo esencial de las normas jurídicas según las teorías positivistas de prominentes autores, formados en diferentes tradiciones jurídicas²⁹. En efecto, el incumplimiento de la obligación de llevar libros y registros contables, y de otros deberes

²⁸ Jacques Richard y Christine Collette explican que la información financiera debe ser comparable en el espacio (se compara el desempeño de una empresa con otra), y en el tiempo, lo que implica, entre otras cosas, la permanencia de los métodos de presentación y evaluación. Jacques Richard y Christine Collette, *Comptabilité générale, système français et normes IFRS*, Dunod, Paris, 2008, p. 88. La NIC 1 establece las bases para la presentación de los estados financieros de propósito general para asegurar que los mismos sean comparables con los estados financieros de la misma entidad correspondientes a períodos anteriores, y con los de otras entidades (NIC 21, párrafo 1).

²⁹ Véanse, por ejemplo, las opiniones de los siguientes autores, representativos de diversas corrientes positivistas: John Austin: “Las leyes propiamente dichas son mandatos del soberano, respaldados por la amenaza de una sanción o castigo” (John Austin, citado por Michael Lobban, “A History of the Philosophy of Law in the Common Law World 1600-1900”, en *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence* (Ed.: Enrico Pattaro), Tomo 8, Springer, 2007, p.174). Rudolf von Jhering concebía el Estado como una organización coercitiva, y “solamente la coerción transforma las normas sociales en derecho”. (Citado en Hasso Hoffmann, “From Jhering to Radbruch: On the Logic of Traditional Legal Concepts to the Social Theories of Law to the Renewal of Legal Idealism”, en *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence* (Ed.: Enrico Pattaro), Tomo 9, 2009, p. 309. Hans Kelsen: “La doctrina que declara que la coacción es una característica esencial del derecho es una doctrina positivista y se ocupa únicamente del derecho positivo. Siendo el derecho positivo un orden de coacción en el sentido de que prescribe actos coercitivos, su desarrollo conduce necesariamente al establecimiento de organismos que realicen los actos de coerción apropiados.” (Hans Kelsen, *General theory of law and state*, Harvard University Press, Cambridge, 1949, p. 392). Alf Ross escribió: “(...) lo importante es que dichas normas se distinguen de las normas jurídicas en sentido propio por la sanción, que es característica fundamental de la norma.” (Alf Ross, *Teoría de las fuentes del derecho*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, p. 63.).

relacionados con esos libros y registros puede ser sancionado con multas, según lo disponen los artículos 102 y 155(1)(a) del Código Orgánico Tributario y el artículo 88 de la Ley de ISLR.

3.3. Posibles objeciones

Para responder a posibles objeciones vienen al caso algunos comentarios. *En primer lugar*, puede plantearse que la FCCPV no tiene facultades para dictar normas contables que obliguen a personas extrañas al gremio, pues el artículo 22(8) solo le permite dictar reglamentos *internos*, y estos solo pueden versar sobre la organización y funcionamiento del gremio. Pero el artículo 22(8) se refiere a reglamentos internos que contribuyan al desarrollo y protección *del ejercicio de la profesión de contador público*, supuesto que comprende normas sobre contabilidad, según lo expuesto anteriormente.

Interpretar que los reglamentos internos de la FCCPV solo pueden regular la organización y el funcionamiento del gremio, equivaldría a afirmar que ella no puede reglamentar los servicios de sus agremiados (y, en consecuencia, las VEN-NIF serían un catálogo de buenas prácticas, que los contadores podrían aplicar o ignorar). Esto último no tendría sentido, puesto que los colegios han sido creados por leyes especiales para que reglamenten el ejercicio de las profesiones liberales cuyo ejercicio puede ocasionar daños o consecuencias adversas (ingeniería, medicina, farmacia, abogacía, periodismo, contabilidad, etc.). Tales reglamentos obligan a los profesionales colegiados, y el incumplimiento de algunas de sus normas puede acarrear sanciones disciplinarias, que incluyen suspensiones del ejercicio de la profesión.

Annakarina Frías Tovar ha expuesto que los colegios profesionales son órganos de reglamentación profesional, y agrega: “(...) la seguridad y la paz pública reclaman que las actividades individuales de profesiones liberales no solo sean reguladas por el Estado, sino también por estos ordenamientos seccionales o particulares. (...) Se reconoce así que los colegios profesionales tienen facultades para dictar reglamentos, resoluciones y acuerdos cuya naturaleza administrativa es reconocida en forma unánime por la doctrina y por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia³⁰.”

En segundo lugar, puede afirmarse que la FCCPV tiene facultades para imponer normas jurídicas sobre contabilidad a los profesionales agremiados, pero se extralimitó al disponer que las VEN-NIF son obligatoriamente aplicables a

³⁰ Annakarina Frías Tovar, se refiere lo dispuesto en una sentencia de fecha 13 de enero de 1976: “(...) las decisiones reglamentarias tomadas por los órganos de dirección de las entidades profesionales tienen características de la decisión ejecutoria y se hallan sometidas por consiguiente al control de la legalidad de lo Contencioso Administrativo”. (“Clasificación de los colegios profesionales como personas jurídicas de derecho público”, en *Revista de Derecho Público* N° 67-68, Editorial Jurídica Venezolana, 1996, pp. 71-79, especialmente p. 76).

entidades ajenas a ese gremio. Compartimos esta opinión, pero, reiteramos, no es la FCCPV quien ha obligado a esas entidades a cumplir las VEN-NIF, sino ciertas leyes que obligan a cumplir las VEN-NIF extramuros a ese gremio, según lo expondremos más adelante.

En *tercer lugar*, puede argumentarse que las VEN-NIF no son normas jurídicas porque son normas técnicas (lo cual implicaría que una cualidad excluye a la otra). Han surgido confusiones³¹ porque se atribuyen diferentes propiedades a las normas técnicas³², y los sistemas jurídicos tienen reglas distintas sobre ellas.

En cierto sentido puede afirmarse que las VEN-NIF son normas técnicas, pues contienen disposiciones sobre métodos y procedimientos propios de la contaduría pública. Según este criterio, muchas disciplinas tienen normas técnicas, y también el derecho. Hablamos, por ejemplo, de técnicas legislativas, técnicas probatorias, técnicas para formalizar un recurso de casación, etc.

Desde otra perspectiva, suele entenderse que son normas técnicas las que han sido elaboradas por instituciones privadas que tienen reconocimiento sectorial, local o internacional, como son, por ejemplo, las Normas de la Organización Internacional de Normalización (ISO), que regulan y estandarizan procedimientos técnicos, y las especificaciones de bienes y servicios.

³¹ “Las reglas o normas técnicas han generado perplejidades (¿pueden considerarse verdaderas o falsas?), confusiones (¿qué diferencia existe entre las reglas técnicas y la descripción de una relación entre medios y fines?) y propuestas basadas en malentendidos (por ejemplo, cuando se afirma que todas las normas de los ordenamientos jurídicos son reglas técnicas) que sugieren que en ellas el problema de las «fronteras del fenómeno normativo» se suscita de una manera especialmente intensa.” (Daniel González Lagier, “Algunas cuestiones sobre las reglas técnicas”, en *Doxa*, N° 14, 1993, pp. 473-496).

³² En la *Teoría general del derecho* de Norberto Bobbio hay un acápite titulado “El derecho como norma técnica” donde expone las opiniones divergentes de varios autores, y entre ellas señala la siguiente: “En otras palabras, cuando se hace referencia a normas individuales, decir que estas son técnicas, esto es, instrumentales, no significa otra cosa que afirmar que toda norma jurídica se caracteriza porque a su transgresión sigue una consecuencia desagradable, o como se dice comúnmente, una sanción. (...) Lo que implica que una norma sancionada siempre puede ser reducida a una norma técnica, en la cual, la acción prevista como medio es la acción regulada por la norma primaria, y la acción propuesta como fin es la regulada por la norma secundaria.” Ver: Norberto Bobbio, *Teoría general del derecho*, Temis, Bogotá, 2002, p. 77.

Son normas de adopción voluntaria³³, pero nada impide que sean incorporadas a un ordenamiento jurídico³⁴.

La incorporación de normas técnicas a un sistema jurídico suele seguir diversas rutas: (a) sus enunciados se incluyen en el cuerpo de una ley; (b) pasan a ser derecho consuetudinario si se enmarcan dentro de los supuestos de una norma legal que admite los usos y costumbres como fuente de derecho, lo cual se dispone en el artículo 9 del Código de Comercio y en otras disposiciones del ordenamiento jurídico venezolano³⁵; o (c) una ley remite a ellas y obliga a cumplirlas, asunto que veremos a continuación.

3.4. Dos tipos de remisiones normativas

Para opinar sobre la validez de las VEN-NIF deben examinarse las remisiones normativas que hizo la FCCPV para adoptar las NIIF/IFRS. Además, para conocer los efectos de las VEN-NIF más allá del gremio de contadores públicos deben examinarse las disposiciones contenidas en algunas leyes que remiten a las VEN-NIF con diversos propósitos. Aquí examinaremos la remisión contenida en el artículo 88 de la Ley de ISLR, que obligó a los contribuyentes de ese tributo a cumplir las VEN-NIF.

Las remisiones normativas son ampliamente utilizadas en los ordenamientos jurídicos contemporáneos. En los sistemas de *Common Law* se conocen como incorporaciones por referencia (*incorporations by reference*), y en los sistemas de

³³ “Por normas técnicas cabe entender aquellas especificaciones técnicas de adopción voluntaria, elaboradas por entidades reconocidas de carácter sectorial o multisectorial y de ámbito nacional, supranacional o internacional”. Ver: Marc Tarrés Vives, “Las normas técnicas en Derecho Administrativo”, en Documentación Administrativa, N° 265-266, Madrid, 2003, pp. 158-159.

³⁴ Por ejemplo, la Ley del sistema venezolano para la calidad faculta a instituciones del Estado para emitir reglamentaciones técnicas (también llamados reglamentos técnicos) que establecen los requisitos que deben cumplir los productos, servicios o procesos cuando puedan constituir un riesgo para la salud, seguridad, protección ambiental y prácticas que puedan inducir a error, y cuya observancia es obligatoria (artículos 4 y 73 de la Ley del sistema venezolano para la calidad, Gaceta oficial N° 37.543 de fecha 07 de octubre de 2002). Los reglamentos técnicos suelen ser dictados mediante resoluciones ministeriales, y algunos de ellos incorporen reglamentos técnicos de Mercosur (véanse, por ejemplo, las resoluciones dictadas por el Ministerio del Poder Popular para la Salud, publicadas en la Gaceta Oficial N° 40.886 del 20 de abril de 2016).

³⁵ José Rafael Bermúdez y Claudia Madrid Martínez, “Usos y costumbres: más allá del arbitraje y la *Lex Mercatoria*”, en Astrid Uzcátegui y Julio Rodríguez Berrizbeitía (coords.), *Libro Homenaje al Profesor Alfredo Morles Hernández*, Universidad Católica Andrés Bello, Universidad de Los Andes, Universidad Central de Venezuela, Universidad Monteávila, y Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2012, Vol. I, pp. 285-337.

tradición romano-germánica se denominan *remisiones legislativas* (también llamadas *reenvíos*³⁶). Numerosas leyes venezolanas contienen remisiones *internas* (a otras normas de una misma ley), y remisiones *externas* (a normas de otras leyes, a costumbres normativas, o a lineamientos y documentos similares que son extraños al sistema jurídico)³⁷.

Las normas tributarias que de modo explícito o implícito remiten a las VEN-NIF deben examinarse individualmente, para determinar si ellas deslegalizan materias reservadas a la ley, y en ese caso deberá concluirse que son inválidas, salvo que su validez pueda salvarse por vía interpretativa. Las deslegalizaciones que se han hecho mediante normas que contienen nociones contables son numerosas, especialmente para determinar las bases imponibles. Véanse, por ejemplo, las deslegalizaciones efectuadas en leyes que establecen tributos parafiscales, expuestas por Serviliano Abache Carvajal en su obra sobre la parafiscalidad venezolana del siglo XXI, de reciente publicación³⁸.

Las remisiones normativas plantean otros problemas. En ocasiones resulta difícil establecer cuáles son las normas remitidas, y no faltan los casos que patentizan incoherencia entre las leyes que hacen la remisión y las normas remitidas. Pablo Salvador Coderch lo expone así: “Se ha sugerido como directriz

³⁶ Estos reenvíos no deben confundirse con el reenvío en el Derecho Internacional Privado, que ocurre cuando “la remisión hecha por las normas de conflicto venezolanas a un ordenamiento extranjero es global o máxima. Es decir, en la solución de los casos de derecho internacional privado, el derecho extranjero reclamado como competente por las normas de conflicto venezolanas comprende la totalidad de las normas de ese derecho extranjero, incluyendo sus normas conflictuales extranjeras, las cuales funcionarán antes de que actúen las normas materiales de ese derecho extranjero”. Ver: Eugenio Hernández-Bretón, “En materia de calificaciones, reenvío y otros asuntos de Derecho Internacional Privado”, en *Cuadernos Unimetanos*, 2007, N° 11, pp. 227 y ss., especialmente p. 236.

³⁷ Véanse, por ejemplo, el artículo 66 de la Ley de la Actividad Aseguradora de 2010, el artículo 20 de la Ley de Instituciones del Sector Bancario de 2014, el artículo 3 del Reglamento Parcial No. 4 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público sobre el Sistema de Contabilidad Pública, el artículo 53 de la Ley de Reforma Parcial de la Ley Especial de Asociaciones Cooperativas del 2001, el artículo 3(14) de la Ley Orgánica de Drogas de 2010, el artículo 101 de la Ley Orgánica de los Espacios Acuáticos de 2014, el artículo 12(8) del Reglamento sobre la organización y funcionamiento de la unidad de auditoría interna del Instituto Nacional de Estadística (INE), los artículos 13 y 38 de la Resolución No. 019) del 13 de enero de 2014 del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Interiores, Justicia y Paz, mediante el cual se dictaron los requisitos únicos y obligatorios para la tramitación de actos o negocios jurídicos en los registros principales, mercantiles, públicos y las notarías.

³⁸ Serviliano Abache Carvajal, *De la parafiscalidad venezolana del siglo XX. Enfoques desde la teoría general del tributo*, Editorial Jurídica Venezolana y Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2022.

de técnica legislativa procurar evitar en la medida de lo posible el uso de las remisiones, reduciéndolas a los casos en que resulten prácticamente inevitables; de las remisiones habrá que hacer uso en ocasiones mas no abuso, pues dificultan la inteligibilidad de las normas, y la fácil comprensión de su contenido³⁹.”

3.4.1. Las remisiones efectuadas por la FCCPV para adoptar las NIIF/IFRS

Las VEN-NIF están actualmente conformadas por las diez BA-VEN-NIF emitidas directamente por la FCCPV, y por las NIIF/IFRS que señalamos en el acápite 1 y en la nota al pie N° 4. Estos instrumentos han sido adoptados (*i.e.*, incorporados) a las VEN-NIF mediante normas de reenvío o remisión contenidas en sucesivas versiones de las BA VEN-NIF-0 y BA VEN-NIF-08⁴⁰. La última de las adopciones se realizó mediante la versión 7 de la BA-VEN-NIF-08 del 15 de febrero de 2020 (que adoptó las NIIF/IFRS de 2019).

Esas remisiones pueden calificarse como *estáticas o rígidas*, pues se adoptaron versiones individualmente designadas de las NIIF/IFRS que existían al efectuarse cada remisión. Por esa razón, opinamos que la FCCPV no delegó su poder normativo en la IFRS Foundation, y en consecuencia no vemos razón alguna para cuestionar la validez formal de esas remisiones. Debe, en todo caso, entenderse que no tienen (ni tendrán) efecto alguno en Venezuela las versiones de las NIIF/IFRS posteriores a las adopciones efectuadas por la FCCPV.

Debe también considerarse que actualmente en el sitio web *oficial* de la FCCPV solo tienen acceso a las NIIF/IFRS los contadores públicos colegiados que tienen nombre de usuario y contraseña. A nuestro modo de ver, las NIIF/IFRS adoptadas por la FCCPV debe estar allí disponibles para cualquier persona, pues solamente el sitio web *oficial* de la FCCPV permite asegurar que las versiones consultadas sean las correctas. Está claro que ciertos trabajos relacionados con la contabilidad están reservados a los contadores públicos colegiados, pero las VEN-NIF deben ser cumplidas por los administradores de las compañías y por muchos otros actores sociales, e interesan a la comunidad en general. La FCCPV puede quitar fácilmente esa restricción de acceso, y en consecuencia nos parece innecesario exponer aquí temas relativos al principio de publicidad de las normas, un requisito esencial para que sean válidas y pueda exigirse su cumplimiento, y un presupuesto de la certidumbre jurídica, necesaria en cualquier Estado de Derecho.

³⁹ Pablo Salvador Coderch, “La Disposición Final Tercera de la Compilación catalana y la técnica legislativa de las remisiones estáticas”, en Anuario de Derecho Civil, Vol. 37, N° 4, Madrid, 1984, pp. 975-1006. ISSN 0210-301X.

⁴⁰ Véase, por ejemplo, la página 4 de la BA-VEN-NIF N° 8, versión 7, de fecha 15 de febrero de 2020.

Debe notarse que la FCCPV ha difundido ampliamente las NIIF/IFRS, y ellas pueden obtenerse en sitios de internet que no son oficiales. Debe también notarse que insuficiente o inexistente publicidad de las normas es frecuente en nuestro tiempo, signado por la multiplicidad y diversidad de fuentes del derecho. Pensemos, por ejemplo, en las dificultades que se afrontan para conocer resoluciones, circulares, y demás instrumentos normativos de aplicación general que emiten los órganos del Poder Nacional, así como gobernaciones, municipios, y entes paraestatales. El problema descrito se plantea también en otros sistemas jurídicos. Sirve de muestra lo expuesto por el profesor español Enrique Pérez Luño: “La posibilidad real de sus destinatarios de conocer y cumplir el Derecho se ha resentido por el aluvión normativo y su continua modificación (...) En esas circunstancias no son solo los ciudadanos, sino incluso el mismo legislador y los funcionarios administrativos, jueces o abogados, tienen graves dificultades para conocer y aplicar el Derecho⁴¹.”

3.4.2. La remisión legislativa contenida en el artículo 88 de la Ley de ISLR

Como antes lo expusimos, algunas leyes e instrumentos normativos remiten a las VEN-NIF de distintas maneras y con diversos propósitos. Aquí examinaremos la remisión contenida en el artículo 88 de la Ley de ISLR, que obliga a los contribuyentes de ese tributo a registrar sus operaciones y a llevar libros contables de conformidad con los principios contables generalmente aceptados⁴², y debe entenderse que son las VEN-NIF⁴³.

⁴¹ Antonio Enrique Pérez Luño, *El desbordamiento de las fuentes del derecho*, Wolters Kluwer. Kindle Edition, sitios digitales 1259-1263.

⁴² Artículo 88 de la Ley de ISLR: “Los contribuyentes están obligados a llevar en forma ordenada y ajustados a principios de contabilidad generalmente aceptados en la República Bolivariana de Venezuela, los libros y registros que este Decreto con rango, valor y fuerza de Ley, su Reglamento y las demás leyes especiales determinen, de manera que constituyan medios integrados de control y comprobación de todos sus bienes activos y pasivos, muebles e inmuebles, corporales e incorporales, relacionados o no con el enriquecimiento que se declara, a exhibirlos a los funcionarios fiscales competentes y a adoptar normas expresas de contabilidad que con ese fin se establezcan. (...)”

⁴³ Por ejemplo, el artículo 209 (parágrafo segundo) del Reglamento de la Ley de Impuesto sobre la Renta de 2003 señala que los principios de contabilidad generalmente aceptados en Venezuela son aquellos emanados de la Federación de Colegios de Contadores Públicos de Venezuela (Gaceta Oficial N° 5.662 Extraordinario del 24 de septiembre de 2003).

Esta remisión puede calificarse como *dinámica o flexible*⁴⁴, pues no remite a documentos específicamente designados, sino a los “principios contables generalmente aceptados”, abarcando así los que estén vigentes de tiempo en tiempo. (Anteriormente fueron las declaraciones de principios de contabilidad (PCGA) y las publicaciones técnicas (PT), y actualmente son las VEN-NIF).

Las normas legales que remiten a reglas infralegales pueden ser anómalas, especialmente cuando la autoridad que tiene el poder normativo se abstiene de ejercerlo, y lo deja en manos de la entidad a cuyas normas remite. Los efectos –nocivos para cualquier Estado de Derecho– pueden verse en la abundante doctrina que pone al descubierto deslegalizaciones que violan la reserva de ley⁴⁵, como son, por ejemplo, las llamadas normas penales en blanco, así como las que suelen llamarse *incompletas*, porque enuncian los supuestos de hecho de manera parcial o indeterminada, y el contenido esencial que les falta se llena con lo dispuesto en instrumentos infralegales, o queda en manos de los jueces y demás órganos que aplican esas normas.

Dicho lo anterior, consideramos que es válida la remisión contenida en el artículo 88 de la Ley de ISLR por varias razones: (a) la remisión normativa no pretende atribuir rango de ley a las normas infralegales remitidas; (b) no hay reserva de ley para promulgar normas sobre contabilidad⁴⁶; y (c) se remite a las VEN-NIF para que sean cumplidas *como deberes formales*, y no para deslegalizar materias reservadas a la ley.

Con base en las razones antes expuestas, concluimos que las VEN-NIF son normas jurídicas sobre contabilidad. Ellas forman parte del derecho venezolano al cual los jueces deben atenerse en sus decisiones, según lo dispone el artículo 12 del Código de Procedimiento Civil.

La mencionada validez formal de las VEN-NIF no impide que un tribunal competente las desaplique al resolver un caso particular, o se declare su invalidez con efectos *erga omnes*, pues todas las normas formalmente válidas están expuestas a que se declare judicialmente su nulidad por razón de su contenido⁴⁷.

⁴⁴ Según Pablo Salvador Coderch, una remisión es dinámica cuando se entiende realizada a la redacción vigente en cada momento del texto o textos legales objeto de remisión. (Pablo Salvador Coderch, *ob. cit.*, p. 985).

⁴⁵ Véase, por ejemplo, el trabajo de José Antonio Muci Borjas, titulado “La necesidad y el contenido mínimo de las normas legales atributivas de potestades discrecionales”, en Rafael Badell Madrid, Henrique Iribarren Monteverde et al. (coords.), *Libro Homenaje a Cecilia Sosa Gómez*, Tomo II, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2021, pp. 984-997.

⁴⁶ Humberto Romero-Muci, *El derecho y el revés de la contabilidad*, *ob. cit.*, p. 63.

⁴⁷ Así lo expresa Luigi Ferrajoli: “Para que una norma exista o esté en vigor es suficiente que satisfaga las condiciones de validez formal, condiciones que hacen

4. Las VEN-NIF se interpretan y aplican empleando los conocimientos de la ciencia contable, y además están sujetas a los principios, reglas, y criterios sobre interpretación y aplicación de las normas jurídicas

Luego de concluir que las VEN-NIF forman parte del sistema jurídico venezolano, deducimos las siguientes consecuencias:

- Porque son normas contables por razón de la materia que regulan, las VEN-NIF se interpretan y aplican con base en lo establecido en sus propias disposiciones, y en los conocimientos de la disciplina contable; y
- Porque son normas jurídicas, las VEN-NIF están adicionalmente sujetas a los principios y reglas del sistema jurídico venezolano, y también les son aplicables los criterios jurídicos sobre interpretación de textos normativos, resolución de antinomias, e integración del derecho en caso de lagunas normativas.

No debe extrañar que la interpretación y aplicación de las VEN-NIF estén sujetas a normas y criterios jurídicos. El derecho está llamado a ordenar infinidad de sectores y relaciones sociales, para lo cual se vale de leyes y reglamentos redactados por expertos de múltiples disciplinas, como son, por ejemplo, las que rigen asuntos financieros, la elaboración de medicamentos, la protección del ambiente, y las tecnologías de información y comunicaciones. Esas leyes y reglamentos se interpretan empleando los conocimientos propios de la respectiva disciplina, y además están sujetas a las normas y criterios sobre interpretación y aplicación del derecho venezolano.

Las normas y criterios sobre interpretación y aplicación del derecho son útiles –y en muchos casos imprescindibles– para aplicar las VEN-NIF de manera coherente con el sistema jurídico venezolano, del cual ellas forman parte. Esta afirmación no pretende ser novedosa. Los profesionales que trabajan con normas contables saben que ellas interactúan con normas de otros campos o subsistemas normativos del ordenamiento jurídico, como son, por ejemplo, los que rigen las sociedades, bienes, obligaciones, contratos, e incontables normas de derecho público, como son, por ejemplo, las normas tributarias, y las que rigen el dinero y las operaciones cambiarias. Puede así decirse que las tareas contables comprenden la revisión de los eventos y las transacciones, y las normas jurídicas que los rigen.

El empleo de criterios contables y de jurídicos permite evitar que las VEN-NIF sean interpretadas y aplicadas como si fuesen un cuerpo normativo aislado y

referencia a las formas y los procedimientos del acto normativo, así como a la competencia del órgano de que emana. Para que sea válida se necesita por el contrario que satisfaga también las condiciones de validez sustancial, que se refieren a su contenido, o sea, a su significado.” (*Derecho y razón, teoría del garantismo penal*, Editorial Trotta, 1995, Madrid, 1995, p. 874.).

ajeno al sistema jurídico, lo cual ha ocurrido en Venezuela con los reconocimientos contables de la inflación y de las variaciones en los tipos de cambio, según lo expondremos en el acápite 5.

La aplicación de las normas y criterios jurídicos es inherente a la pertenencia de las VEN-NIF al ordenamiento jurídico venezolano, un sistema que debe funcionar según los principios de unidad, coherencia y plenitud. Son propiedades que no tienen los ordenamientos jurídicos complejos, pero ellas deben realizarse al interpretar y aplicar sus enunciados normativos⁴⁸.

La unidad del sistema jurídico viene dada por la Constitución, norma suprema y fundamento del ordenamiento jurídico (artículo 7 de la Constitución de 1999). Esa unidad se realiza mediante la interpretación e integración de los enunciados del sistema como un todo jerárquicamente ordenado y coherente. Así lo expone Eduardo García de Enterría:

“Es, en efecto, el principio de unidad del ordenamiento, supuesta su estructura jerárquica, y la situación superior que en el seno de esa estructura corresponde a la Constitución, la que da primacía necesaria a esta en la integración del ordenamiento entero y, por tanto, en su interpretación, como operación previa a cualquier aplicación del mismo⁴⁹”. (Énfasis agregado.)

5. Las VEN-NIF no deben interpretarse y aplicarse como si fuesen un sistema normativo aislado e independiente

Han surgido confusiones porque no suele distinguirse entre la ciencia contable, y el derecho contable, que son entidades diferentes. La ciencia contable tiene una dimensión universal, como la tienen otras disciplinas⁵⁰. Tiene teorías, conceptos,

⁴⁸ Según Luigi Ferrajoli, “(...) los clásicos principios de unidad, coherencia y plenitud, se refieren a la estructura formal que los ordenamientos jurídicos de hecho no tienen pero de derecho deben tener, cualesquiera que sean los principios sustanciales y normativos incorporados a ellos como su deber ser jurídico”. (Luigi Ferrajoli, *Principia Iuris, Teoría del derecho y de la democracia*, Editorial Trotta, Madrid, 2013, p. 34.)

⁴⁹ Eduardo García de Enterría, *La Constitución y el Tribunal Constitucional*, Editorial Civitas, Madrid, 1988, p. 97.

⁵⁰ En general, la contabilidad suele ubicarse dentro de las ciencias sociales, y suelen destacarse sus aspectos técnicos, pero hay diferentes opiniones sobre la naturaleza de la contabilidad. Ver: Serviliano Abache Carvajal, “Derecho y contabilidad. A propósito de la interpretación y determinación tributaria”, en *Contabilidad & Auditoría*, Nº 79, Legis, Bogotá, 2019, pp. 177-182). Romero-Muci describe diversos aspectos de la contabilidad (es un lenguaje y un sistema de información), y destaca su carácter técnico y su carácter práctico. Según Romero-Muci, “(...) la contabilidad es una disciplina racional o un saber especializado que consta de un complejo positivado de reglas, doctrinas y procedimientos con la finalidad de producir

categorías, métodos, técnicas, y demás conocimientos, correspondientes a una profesión liberal que es indispensable para las economías locales e internacionales, y forma parte de la tradición cultural de Occidente que se extendió mundialmente con las colonizaciones europeas iniciadas en los primeros años del siglo XVII, favoreciendo el comercio y los negocios que por primera vez fueron globales.

Otra cosa es el derecho contable. Aunque sus disposiciones se redactan empleando conocimientos de la ciencia contable, el derecho contable no es una ciencia, ni es universal, sino derecho positivo vigente en un determinado país, aquí entendido como un Estado soberano. Según lo define Humberto Romero-Muci, el derecho contable es el orden jurídico de la contabilidad, y comprende “todas aquellas reglas sobre la regulación de las fuentes formales o de creación de las normas jurídicas sobre la contabilidad y las reglas sobre las conductas obligatorias, prohibidas y permitidas de la técnica contable⁵¹.”

Así entendido, el sintagma *derecho contable* designa al conjunto de normas jurídicas que en Venezuela rigen la contabilidad y la elaboración de los estados financieros de las entidades económicas, y está esencialmente contenido en instrumentos normativos de origen estatal y no estatal:

- (1) Las disposiciones de derecho *estatal* están diseminadas en leyes y en instrumentos infralegales. Entre esas leyes sobresalen, por su importancia, el Código de Comercio y la Ley del Ejercicio de la Contaduría Pública. También hay reglas sobre contabilidad en el Código Orgánico Tributario y en leyes que establecen tributos, así como en leyes y reglamentos que rigen algunos entes del sector público venezolano, y en los que rigen sectores supervisados por agencias gubernamentales (empresas de seguros, instituciones del sector bancario, sociedades regidas por la Ley de Mercado de Valores, etc.).
- (2) Las disposiciones de derecho *no estatal* están en las VEN-NIF, actualmente conformadas por las dos categorías de instrumentos que señalamos en el acápite 1: los boletines de aplicación directamente emitidos por la FCCPV, y las NIIF/IFRS adoptadas por la FCCPV. También forman parte del derecho contable no estatal, otros instrumentos normativos que han sido emitidos por la FCCPV, cuyos sujetos pasivos solamente son los profesionales agremiados.

Como puede verse, el derecho contable venezolano está contenido en leyes e instrumentos de origen estatal, y en las VEN-NIF, que son normas paraestatales de rango infralegal. Lo anterior viene al caso porque en nuestro ámbito profesional y de negocios suele pensarse que *todas* las normas sobre contabilidad mercantil

información especializada.” (Ver: *El derecho y el revés de la contabilidad*, ob. cit., pp. 9-17).

⁵¹ Humberto Romero-Muci, *El derecho y el revés de la contabilidad*, ob. cit., pp. 59 y 191.

están contenidas en las VEN-NIF, y estas han sido aplicadas como si fuesen un cuerpo normativo separado e independiente del derecho venezolano. Veamos dos ejemplos que sobresalen por sus importantes repercusiones.

- (1) A partir de 2003 y hasta 2015 se establecieron en Venezuela controles de cambios cuyos tipos oficiales sobrevaloraron el bolívar, y generalmente se usaron para reconocer contablemente las variaciones de los tipos de cambio de la moneda extranjera. Los verdaderos tipos de cambio se conocían de manera aproximada, pues el mercado paralelo fue ilegal durante buena parte de ese tiempo, pero la sobrevaloración del bolívar oficial era indudable y llegó a ser colosal.
- (2) Algo similar ocurrió con el reconocimiento contable de los efectos de la inflación en los estados financieros: los índices oficiales fueron abismalmente inferiores a los que verdaderamente tenía la economía venezolana (el Banco Central de Venezuela publicó índices hasta diciembre de 2015, los índices de 2016, 2017 y 2018 fueron publicados después, en abril de 2019).

Como resultado de lo anterior, los estados financieros de las entidades económicas estuvieron muy lejos de presentar razonablemente su situación financiera. Humberto Romero-Muci describió lo ocurrido en varios de sus trabajos, y en uno de ellos, publicado en 2020, resumió así las consecuencias:

— “(...) Con la progresiva y sostenida inconvertibilidad del bolívar, sus consecuencias se notaron en los recurrentes escándalos de pérdidas por ajustes cambiarios de i. activos en bolívares para la repatriación de utilidades en moneda extranjera, ii. activos en bolívares para el pago de importaciones en moneda extranjera, iii. pasivos comerciales o financieros en moneda extranjera para importaciones o financiamientos y, por último, iv. en la desconsolidación de infinidad de filiales venezolanas de empresas multinacionales al reconocer la pérdida de control sobre aquellas, debido a los desequilibrios radicales entre la apariencia de la economía oficial y las contradicciones de la economía real, con unos índices macroeconómicos altamente deteriorados por la falta de transparencia y de actuación libre del mercado por la continua interferencia del Estado en la regulación de los distintos sectores económicos”; y

— “A la manipulación cambiaria se sumó una política deliberada de opacidad del Banco Central de Venezuela en la publicación de las estadísticas sobre los Índices Nacionales de Precios al Consumidor. (...) En este contexto de engaño sistemático, progresivo, acumulativo y distorsionante sobre la valoración del tipo de cambio y de las estadísticas de inflación, la contabilidad tampoco puede cumplir su utilidad informativa. (...) La acumulación de mediciones adulteradas compromete la fidelidad, comparabilidad y relevancia de la información financiera. (...) Hoy es técnicamente improbable que algún

estado de situación financiera represente la imagen fiel de la entidad objeto de reporte. Hoy la información contable es irrelevante para las entidades que operan económicamente en Venezuela⁵².”

Las distorsiones señaladas por Romero-Muci trascendieron la contabilidad de las entidades económicas locales. Las subsidiarias de compañías extranjeras traducían sus ingresos y utilidades en bolívares a la moneda funcional de las casas matrices en el exterior, utilizando los tipos oficiales de cambio que sobrevaloraban el bolívar, agigantando así el monto en divisas de sus ventas y utilidades. Esa inmensa burbuja estalló en 2015, cuando comenzó a sincerarse el tipo de cambio. Como resultado, las subsidiarias venezolanas que hasta entonces sobresalían mundialmente por sus altísimos ingresos y utilidades, arrojaron pérdidas descomunales, y las consecuencias son bien conocidas: reducciones masivas de personal, paralización de líneas de producción, y, para no continuar “desfigurando” los estados financieros globales, algunas subsidiarias venezolanas fueron *desconsolidadas* (i.e., excluidas de los estados financieros mundialmente consolidados); otras fueron transferidas a fideicomisos no controlados por la compañía matriz, otras fueron vendidas por precios simbólicos, y algunas despidieron a su personal y abandonaron sus instalaciones⁵³.

¿Cómo fue posible que unas compañías que parecían sólidas y rentables pasaron a ser insolventes de un día para otro? Las causas y sus efectos han sido descritos por Romero-Muci en sus trabajos precitados, a cuya lectura remitimos al lector. Aquí nos interesa resaltar una cuestión metodológica, que puede ser útil de cara al futuro: el reconocimiento contable de la hiperinflación y las variaciones de los tipos de cambio se hizo de conformidad los instrumentos normativos de las VEN-NIF que individualmente regulan esas materias (la BA VEN-NIF-2 y la NIC

⁵² Humberto Romero-Muci, “La mentira contable»: crónica de incomunicación y engaño. Aspectos jurídicos de la liberación del tipo de cambio según el Convenio Cambiario N.º 1 y de la publicación extemporánea de los INPC por el BCV para los años 2016, 2017, 2018 hasta septiembre 2019”, en *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, N.º 13, Caracas, 2020, pp. 387-388.

⁵³ “Venezuela currency blues hit U.S. blue-chip companies”, disponible en: <https://www.reuters.com/article/usa-venezuela-currency-idUSL1N10A2UI20150730>. “Venezuela roils corporate profits around the globe”, disponible en: <https://www.reuters.com/article/us-usa-results-venezuela-idUSKCN1072IA>. “Venezuela's currency devaluation set to further hurt U.S. companies profits”, disponible en: <https://www.reuters.com/article/us-venezuela-economy-currency-analysis-idUSKBN0LI00W20150214>. “Profits Vanish in Venezuela After Currency Devaluation”, disponible en: <https://www.nytimes.com/2014/07/09/business/profits-vanish-in-venezuela-after-currency-devaluation.html>. “La economía lleva al cierre a 500.000 empresas en las últimas dos décadas”, disponible en: <https://www.larepublica.co/especiales/venezuela-en-picada/la-crisis-en-venezuela-lleva-al-cierre-a-500-000-empresas-en-las-ultimas-dos-decadas-2739050>. “Las grandes empresas que cerraron operaciones en Venezuela”, disponible en: <https://www.altonivel.com.mx/empresas/empresas-que-cerraron-en-venezuela/>.

29; y las BA VEN-NIF-10 y la NIC 21, respectivamente). Puede entonces argumentarse (y de hecho se argumentó en ese tiempo) que los estados financieros distorsionados no infringieron las VEN-NIF.

Pero estaba claro que esos estados financieros no presentaban razonablemente la situación financiera de las entidades, incumpliendo así el principio de la *representación fiel*, una característica cualitativa fundamental de la información financiera de las entidades económicas prevista en el Marco Conceptual de las NIIF/IFRS⁵⁴. Podía sin embargo argumentarse que el Marco Conceptual no se incumplió, puesto que *no es un instrumento normativo*, lo cual se deja claro en su propio texto⁵⁵, y en sus objetivos, que sustancialmente consisten en *ayudar* a la revisión y creación de normas contables; *ayudar* a quienes elaboran estados financieros; *ayudar* a los auditores a formarse una opinión sobre los estados financieros, y *ayudar* interpretar los estados financieros⁵⁶. De hecho, según el Marco Conceptual la *representación fiel* y otros fundamentos esenciales de la contabilidad no son “principios” (un vocablo que denota fuerza normativa) sino “*características cualitativas*”. En pocas palabras: el Marco Conceptual describe la representación fiel, pero no la prescribe.

Puede extrañar que los principios fundamentales de las NIIF/IFRS se exponen y explican en el Marco Conceptual, pero este no es instrumento normativo. A nuestro modo de ver, la carencia de valor normativo del Marco Conceptual puede explicarse porque las NIIF/IFRS provienen de países con sistemas de *Common Law*. El derecho consuetudinario que antiguamente prevalecía en las islas británicas fue gradualmente recogido y ampliado por decisiones judiciales que resolvían casos específicos, y no pretendían crear un sistema. Veamos como Gerald Postema describe una concepción del razonamiento jurídico que atribuye a Edward Coke (1552-1634), uno de los juristas que más influyó en la formación del *Common Law*:

“Según esta concepción, *la razón del derecho es enteramente concreta y particular, inseparable de las situaciones particulares* traídas a la ley y resueltas por ella. Es la razón, *no de reglas y principios, sino de casos*. Así, la razón del derecho está respaldada, no por principios o criterios externos de

⁵⁴ En el Capítulo 3 del Marco Conceptual se describen las características cualitativas *fundamentales* de la información financiera útil: relevancia y representación fiel); y las características cualitativas “de mejora”: comparabilidad, verificabilidad, oportunidad, y comprensibilidad.

⁵⁵ “Este Marco Conceptual *establece los conceptos que subyacen* en la preparación y presentación de los estados financieros para usuarios externos. (...) Este Marco Conceptual *no es una NIIF*, y por tanto *no define normas para ninguna cuestión particular* de medida o información a revelar.” (Marco Conceptual de las IFRS, Versión en español de la IFRS, p. 5). Puede verse además que el Marco Conceptual no se incluye entre las NIIF que se definen y enumeran en la sección 7 de la NIC 1.

⁵⁶ Marco Conceptual de las IFRS, Versión en español de la IFRS, p. 5.

racionalidad a los que supuestamente se ajusta, sino por su propia coherencia e integridad internas, *por el hecho (o más bien la presunción) de que la mirada de soluciones particulares encaja, de manera conjunta, en un todo coherente.*⁵⁷ (Énfasis agregados).

El *Common Law* influyó en la tradición contable anglosajona que comenzó en la segunda mitad del siglo XIX para atender las necesidades de la Revolución Industrial iniciada en Escocia e Inglaterra⁵⁸, y continuó en los Estados Unidos, donde fue reglamentada luego del colapso bursátil que marcó el inicio de la Gran Depresión. En línea con la tradición casuística del *Common Law*, cada una de las NIIF/IFRS rige un aspecto específico de la información financiera y la contabilidad de una entidad: en sus 59 instrumentos normativos escasean los principios y conceptos fundamentales, pero abundan las normas precisas y particulares. De hecho, el casuismo de las NIIF/IFRS permite entender por qué ellas son tan extensas: las NIIF/IFRS en español emitidas por la IFRS ocupan 2.105 páginas⁵⁹.

La carencia del valor normativo del Marco Conceptual permite entender por qué sus disposiciones fueron ignoradas por el Comité de Interpretaciones de las NIIF/IFRS cuando examinó las graves distorsiones que los estados financieros de las compañías venezolanas creaban al consolidarse en las compañías matrices. En efecto, el Comité de Interpretaciones de las NIIF/IFRS discutió en 2014 lo que ocurría en Venezuela, pero resolvió no incluir el asunto en su agenda de temas a considerar (“*The Committee considered the matter too broad in scope for it to address.*”).

Eso consta en el informe (*staff paper*) que Vincent Louis, jefe de Contabilidad e Información Financiera de la IFRS, presentó a ese comité para ser discutido en su reunión pública de mayo de 2018⁶⁰.

Seguidamente resumimos algunos puntos relevantes del *staff paper*:

⁵⁷ Gerald J. Postema, *Bentham and the Common Law Tradition*, Oxford University Press, Oxford, 2019, p. 30).

⁵⁸ John Richard Edwards, “History of Financial Accounting Theory in Britain”, en Stewart Jones (ed.), *The Routledge Companion to Financial Accounting Theory*, Routledge, Londres-Nueva York, 2015, p. 15.

⁵⁹ Las traducciones al español autorizadas por la IFRS Foundation (versión 2009) totalizan 2.105 páginas, resultantes de sumar las 1.860 páginas de las NIIF y las 245 páginas de la NIIF para las PYMES.

⁶⁰ Vincent Louis, Informe presentado en la reunión pública del Comité de Interpretaciones de las NIIF/IFRS de mayo de 2018, *IFRS Staff Paper*. Disponible en: <https://www.ifrs.org/content/dam/ifrs/meetings/2018/may/ifric/ap03-foreign-exchange-restrictions.pdf>; consultado el 3 de septiembre 2022.

- (a) Los tipos oficiales de cambio usados para traducir los estados financieros de las operaciones en Venezuela estaban produciendo sobrestimaciones de los activos, pasivos, patrimonio, ingresos, y gastos de la entidad matriz, creando distorsiones sustanciales (*material distortions*) en sus estados financieros;
- (b) La NIC 21 no regula la imposibilidad de obtener divisas durante un largo tiempo (solo prevé la imposibilidad *temporal* de obtenerlas); y
- (c) Esas distorsiones se exacerbaban porque las subsidiarias venezolanas aplicaron índices inflacionarios irreales sobre cantidades que previamente habían reexpresado con base en los tipos oficiales de cambio (que también eran irreales)⁶¹.

Como puede verse, Comité de Interpretaciones de las NIIF/IFRS tuvo conocimiento de las distorsiones de los estados financieros de las subsidiarias venezolanas, y en el informe presentado al Comité se reconoció que la NIC 21 no tenían regla alguna que previese lo que ocurrió en Venezuela.

Volvamos a la cuestión metodológica. Hemos visto que durante más de tres lustros se emitieron en Venezuela estados financieros que no presentaban razonablemente la situación financiera de las compañías (en realidad la distorsionaban). También vimos que las VEN-NIF no contienen norma alguna que prescriba el principio de representación fiel, pues el Marco Conceptual no tiene fuerza normativa. Debe advertirse, sin embargo, que el sistema jurídico venezolano contiene una norma que consagra la representación fiel, un principio rector de la contabilidad, y esa norma fue ignorada. Nos referimos al artículo 304 del Código de Comercio, según el cual “el balance demostrará con evidencia y exactitud los beneficios realmente obtenidos y las pérdidas experimentadas, *fijando las partidas del acervo social por el valor que realmente tengan o se les presuma*”.

Como puede verse, las VEN-NIF fueron aplicadas como si todo el derecho contable venezolano estuviese comprendido en las VEN-NIF, y estas fuesen un cuerpo normativo autónomo e independiente, ajeno al derecho venezolano (tesis que nos parece incorrecta por las razones que expusimos en los acápite 3, 4 y 5 de este trabajo).

Debe reconocerse que el artículo 304 es insuficiente para regular los estados de situación financiera de las sociedades contemporáneas, y es antiguo, pues proviene del Código de Comercio italiano de 1882. Pero en el artículo 304 se consagra, en palabras de aquel tiempo, la representación fiel, un principio esencial de la contabilidad mercantil, que a lo largo del tiempo ha tenido diferentes denominaciones (*imagen fiel, true and fair view, fair presentation, etc.*⁶²).

⁶¹ *Ibidem*, véanse los párrafos 17(a), 3, 4, 11(a)(iv), 11(a)(iv), 11(a)(vi)(1), y (v) del *Staff Paper*.

⁶² Humberto Romero-Muci, *El derecho y el revés de la contabilidad*, *ob. cit.*, pp. 59 y 191.

A nuestro modo de ver, la disposición contenida en el artículo 304 no debe verse como inoperante o defectuosa, pues la indeterminación es una propiedad de los enunciados normativos que establecen principios, y permite que sean aplicados a hechos y circunstancias que varían con el transcurso del tiempo, o que el legislador no pudo prever⁶³. Puede entonces afirmarse que el principio de la representación fiel tiene rango de ley en el derecho contable venezolano, y el texto del artículo 304 puede ser actualizado tomando en cuenta el Marco Conceptual, el cual no tiene fuerza normativa, pero puede ser útil como instrumento interpretativo.

Concluimos entonces que las VEN-NIF no constituyen por sí solas el derecho contable venezolano, pues también lo integran disposiciones contenidas en el Código de Comercio y en otras leyes e instrumentos normativos de origen estatal. Todas esas normas son *lex specialis* sobre contabilidad, y no solamente las VEN-NIF, y esto debe tomarse en cuenta para resolver problemas interpretativos, antinomias, y para llenar vacíos normativos. Además, el criterio *lex specialis* puede ser complementado con el criterio de competencia⁶⁴ (del órgano que ha dictado reglas contables), para resolver antinomias surgidas cuando instituciones del Estado dictan normas sobre contabilidad mercantil sin tener facultades para emitir las.

6. Las VEN-NIF no son normas tributarias

Según lo hemos expuesto, las VEN-NIF interactúan con las disposiciones de otros campos o subsistemas normativos del derecho venezolano, y especialmente con las normas tributarias. Sin embargo, debe tomarse en cuenta que *la aplicación de las VEN-NIF en materia tributaria no las transforma en normas tributarias*. Esto es importante porque algunos operadores no suelen distinguir entre las normas contables y las normas tributarias. Otros van más lejos, pues interpretan que las VEN-NIF han pasado a formar parte del derecho tributario sustantivo.

⁶³ Véase, por ejemplo, la opinión de Sol Gil y Rodríguez París sobre el artículo 304 del Código de Comercio: "(...) los conceptos de "valor real" y "que se les presuma", constituyen nociones de valor y de su carácter indeterminado se deriva que su contenido es cambiante, acorde con las circunstancias de tiempo y lugar; por lo que deberán ser interpretados a la luz de las circunstancias económicas, y las normas contables." *ob. cit.*, p. 21.

⁶⁴ Sobre el criterio de competencia puede verse el siguiente texto de Juan Antonio García Amado al referirse los criterios para resolver antinomias: "c) Criterio de competencia. Si una de esas normas ha sido dictada por órgano incompetente para regular en ese territorio esa materia, y la otra, en cambio, ha sido dictada por un órgano competente, gana esta última, prevalece la norma avalada por la competencia del órgano que la crea." (*Razonamiento jurídico y argumentación*, Zela Grupo Editorial, Lima, 2017, p. 39).

Como ejemplo de esta tendencia puede verse el trabajo titulado *La significación (irrupción) de la contabilidad en el derecho tributario sustantivo. Una propuesta de interpretación evolutiva del artículo 88 de la Ley de Impuesto sobre la Renta*, publicado por Burt Hevia en 2019⁶⁵.

Como lo indica el título de este artículo, su autor interpreta que las normas contables (las VEN-NIF) han pasado a formar parte del derecho tributario sustantivo. Creemos que esa tesis debe ser rechazada.

Recordemos que el derecho tributario sustantivo está conformado por las normas que establecen cuándo nacen y cómo se cuantifican las obligaciones tributarias, las cuales deben tener rango legal, según lo dispone el artículo 3 del Código Orgánico Tributario⁶⁶.

Veamos lo expuesto por Ramón Valdés Costa al referirse a la obligación tributaria:

“Es una obligación que tiene su fuente exclusivamente en la ley, la que debe establecer todos los elementos necesarios para determinar la existencia y cuantía de aquella. *Al conjunto de estas normas se le llama derecho tributario material o sustantivo*, al que reconocemos autonomía científica en el sentido que más adelante se establece⁶⁷. (Énfasis agregado).

La idea de considerar las VEN-NIF como normas de derecho tributario sustantivo ha sido expuesta con mayor amplitud en un trabajo de Burt Hevia y Enrico Giganti, titulado *La ruptura normativa entre el Código de Comercio y el impuesto sobre la renta, una propuesta de interpretación evolutiva*, donde afirman que el Código de Comercio regula aspectos formales de la contabilidad, pero carece de normas sobre contenido material de la contabilidad⁶⁸ (opinión que no compartimos, según lo expusimos en el acápite precedente) y, por esa razón, proponen una interpretación evolutiva del artículo 88 de la Ley de ISLR:

“Es nuestro afán disponer de las herramientas que nos proporciona la argumentación jurídica para trascender al sistema de reglas y principios, hasta llegar a su actualización por medio de resultados interpretativos en los que descansa el reconocimiento de la disposición comentada, [el artículo 88 de la

⁶⁵ Burt Hevia, *ob. cit.* en la nota al pie N° 23.

⁶⁶ Artículo 3°. Sólo a las leyes corresponde regular con sujeción a las normas generales de este Código las siguientes materias: 1. Crear, modificar o suprimir tributos; definir el hecho imponible; fijar la alícuota del tributo, la base de su cálculo e indicar los sujetos pasivos del mismo. 2. Otorgar exenciones y rebajas de impuesto. 3. Autorizar al Poder Ejecutivo para conceder exoneraciones y otros beneficios o incentivos fiscales. 4. Las demás materias que les sean remitidas por este Código.

⁶⁷ Ramón Valdés Costa, *Curso de Derecho Tributario*, 1996, Depalma, Temis, Marcial Pons, Buenos Aires, Santa Fe de Bogotá, Madrid, p. 60.

⁶⁸ Burt Hevia y Enrico Giganti, *ob. cit.*, pp. 393, 394.

Ley de Impuesto sobre la Renta] como un mandato sobre la *obligatoria* aplicación de los principios de contabilidad generalmente aceptados (VEN-NIF) *en la determinación de la base imponible del impuesto sobre la renta*⁶⁹.” (Texto entre corchetes y énfasis agregados).

En ese mismo artículo, Hevia y Giganti opinan que el artículo 88 de la Ley de ISLR reenvía a las normas contables, lo cual ha derivado en “(...) la *exigencia* interpretativa y aplicativa *de supuestos jurídicos tributarios según la significación propia de las normas contables*, adoptadas y publicadas por la Federación de Colegios de Contadores Públicos, *como imperativos normativos en la regulación de los efectos tributarios de los actos de comercio*.”⁷⁰ (Énfasis agregado).

No compartimos las citadas opiniones, por las razones siguientes:

(1) El artículo 5 del Código Orgánico Tributario (COT) señala las fuentes del derecho tributario, y dentro de ellas no encuadran las normas emitidas por la FCCPV, un ente paraestatal, extraño a la organización y administración del Estado⁷¹.

(2) El artículo 88 de la Ley de ISLR no establece que las VEN-NIF se aplican para determinar los hechos imposables, ni las bases imposables. Esas son materias establecidas en el Título I de la Ley de ISLR (que contiene las disposiciones fundamentales), y en el Título II (relativo a la determinación del enriquecimiento neto). El artículo 88 aparece después, en el Título VII (relativo al control fiscal), y remite a los principios contables (las VEN-NIF), para que sean cumplidos como un deber formal, como medios de control y comprobación de los activos, pasivos, y actividades económicas de los contribuyentes⁷².

⁶⁹ *Ibidem*, p.398.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 396.

⁷¹ Dispone el COT: “Artículo 2°. Constituyen fuentes del derecho tributario: / 1. Las disposiciones constitucionales. / 2. Los tratados, convenios o acuerdos internacionales celebrados por la República Bolivariana de Venezuela. / 3. Las leyes y los actos con fuerza de ley. / 4. Los contratos relativos a la estabilidad jurídica de regímenes de tributos nacionales, estatales y municipales. / 5. Las reglamentaciones y demás disposiciones de carácter general *establecidas por los órganos administrativos* facultados al efecto. / (...) / Parágrafo Segundo. A los efectos de este Código se entenderán por leyes los actos sancionados por las autoridades nacionales, estatales y municipales actuando como cuerpos legisladores.”

⁷² Artículo 88 de la Ley de ISLR: “Los contribuyentes están obligados a llevar en forma ordenada y ajustados a principios de contabilidad generalmente aceptados en la República Bolivariana de Venezuela, los libros y registros que este Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, su Reglamento y las demás Leyes especiales determinen, *de manera que constituyan medios integrados de control y comprobación* de todos sus bienes activos y pasivos, muebles e Inmuebles,

Lo expuesto se confirma porque el artículo 88 forma parte de las reglas de control fiscal, incluidas en el Título VII, Capítulo I, titulado “De la fiscalización y las reglas de control fiscal”, y el artículo 102(7) del Código Orgánico Tributario califica el cumplimiento de los principios contables generalmente aceptados como un deber formal, al establecer que el incumplimiento de la obligación de llevar contabilidad es un ilícito tributario formal, claramente diferenciable de los ilícitos tributarios materiales del Capítulo III, titulado “De los ilícitos Tributarios materiales” relativos al incumplimiento de las normas de derecho tributario sustantivo). No tiene entonces sentido alguno interpretar que las VEN-NIF “han irrumpido” en el derecho tributario sustantivo.

(3) Hevia y Giganti se refieren a los efectos tributarios de los *actos de comercio*, una noción amplia e imprecisa, según lo enseña el profesor Alfredo Morles Hernández al referirse al artículo 2 del Código de Comercio que los define⁷³. Por esa razón, y para no extendernos innecesariamente, hablaremos aquí de los efectos tributarios de los contratos, en el sentido que les atribuye el profesor José Mélich Orsini⁷⁴.

A nuestro entender, las VEN-NIF no pueden aplicarse como imperativos normativos para regular los efectos tributarios de los contratos. Los contratos

corporales e incorporales, relacionados o no con el enriquecimiento que se declara, a exhibirlos a los funcionarios fiscales competentes y a adoptar normas expresas de contabilidad que con ese fin se establezcan. Las anotaciones o asientos que se hagan en dichos libros y registros deberán estar apoyados en los comprobantes correspondientes y sólo de la fe que éstos merezcan surgirá el valor probatorio de aquéllos.” (Énfasis agregados).

⁷³ “Generalmente se considera imposible formular un concepto de acto de comercio, porque la disposición que los consagra es amplísima y comprende organizaciones (empresas contratos, negocios, operaciones complejas, hechos ilícitos y situaciones de hecho).” Alfredo Morles Hernández, *Curso de Derecho Mercantil*, Tomo I, Universidad Católica Andrés Bello Caracas, 2017, p. 531.

⁷⁴ De conformidad con el art. 1133 del Código Civil, “El contrato es una convención entre dos o más personas para constituir, reglar, transmitir, modificar o extinguir entre ellas un vínculo jurídico”. Según el profesor Mélich, en Venezuela no existe la categoría general de “negocio jurídico”: “(...) la Doctrina General del Contrato abarca un ámbito más restringido que la del negocio jurídico. Nuestro Código Civil, inspirado en la tradición del Código Napoleón y por no haber recibido la influencia de la pandectista alemana del siglo XIX, no conoce la figura del negocio jurídico (Rechtsgeschäft). Apenas se manifiesta en él la deformación que el derecho intermedio hizo de la noción romana del “contractus” (con la que se designaba el vínculo que en relación con determinados contenidos se producía entre dos personas, en razón de la realización de ciertas figuras típicas) para configurar así ese marco general abstracto que en el derecho moderno se llama “contrato”, susceptible en cuanto tal de recoger cualquier contenido.” Ver: José Mélich Orsini, *Doctrina general del contrato*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2006, p. 12.

tienen los efectos tributarios que disponen las leyes tributarias y no las VEN-NIF, puesto que ellas no son normas tributarias. Las VEN-NIF tampoco rigen los contratos. Los contratos están regidos por las manifestaciones de voluntad de las partes, y por las normas de derecho privado y público que se les aplican. Las VEN-NIF pertenecen al derecho contable y tienen rango infralegal.

Según antes lo expusimos, algunas normas tributarias remiten a las VEN-NIF, pero ellas deben aplicarse sin desbordar los propósitos de la remisión, y respetando la reserva de ley. Si los efectos tributarios de los contratos fuesen regulados por las VEN-NIF, se crearían incertidumbres que perjudicarían los derechos de los contribuyentes, y también de las administraciones tributarias. Como antes lo expusimos, las NIIF provienen de la tradición contable anglosajona surgida en sistemas de *Common Law*, y está claro que la contabilidad tiene objetivos y principios que son ajenos al derecho tributario, como son, por ejemplo, el principio de prudencia, y el principio de materialidad o importancia relativa⁷⁵.

7. Algunas conclusiones y una pregunta

De lo expuesto en los acápite precedentes extraemos algunas conclusiones:

- (1) Los ordenamientos jurídicos contemporáneos son cada vez más complejos. En ellos proliferan usos e instrumentos normativos que no encajan dentro del catálogo de fuentes tradicionales del derecho. La diversidad de criterios sobre la significación jurídica de las VEN-NIF ha surgido porque ellas tienen las cualidades excepcionales que señalamos en el acápite 1.
- (2) Las VEN-NIF son normas jurídicas de origen paraestatal. Han sido emitidas de conformidad con las reglas de producción normativa que el ordenamiento jurídico establece para los reglamentos internos de la FCCPV, una persona jurídica de derecho público que no forma parte de la organización del Estado venezolano.
- (3) Son válidas las remisiones normativas *estáticas* mediante las cuales la FCCPV incorporó las NIIF/IFRS a las VEN-NIF. No tienen efecto

⁷⁵ Véanse, por ejemplo, los siguientes textos del Marco Conceptual: “2.11. La información es material o tiene importancia relativa si su omisión o expresión inadecuada (sic) podría razonablemente esperarse que influya sobre las decisiones que los principales usuarios de los informes financieros con propósito general (véase el párrafo 1.5) adoptan a partir de esos informes, que proporcionan información financiera sobre una entidad que informa específica. (...)” “2.16. Prudencia es el ejercicio de la cautela al hacer juicios bajo condiciones de incertidumbre. El ejercicio de prudencia significa que los activos e ingresos no están sobrestimados, así como que los pasivos y gastos no están subestimados. Igualmente, el ejercicio de la prudencia no permite la subestimación de activos o ingresos, ni la sobrestimación de pasivos o gastos.”

alguno en Venezuela las versiones de las NIIF/IFRS emitidas por la IFRS Foundation con posterioridad a las fechas en que hayan sido adoptadas por la FCCPV.

- (4) Por sí solas, las VEN-NIF solamente obligan a los contadores públicos colegiados, pero se aplican extramuros a ese gremio porque así lo han dispuesto algunas remisiones legislativas. Es válida la remisión legislativa *dinámica* contenida en el artículo 88 de la Ley de ISLR que obliga a los contribuyentes de ese tributo a cumplir el deber formal de llevar su contabilidad de conformidad con las VEN-NIF. No hemos opinado sobre la validez de otras remisiones a las VEN-NIF que se han hecho en leyes tributarias y no tributarias.
- (5) La pertenencia de las VEN-NIF al ordenamiento jurídico venezolano tiene importantes consecuencias: (a) Por razón de la materia que regulan, las VEN-NIF se interpretan y aplican con base en lo establecido en sus propias disposiciones, y en los conocimientos propios de la disciplina contable; y (b) porque son normas jurídicas, las VEN-NIF están sujetas a los principios y reglas del sistema jurídico venezolano, y les son aplicables los criterios jurídicos sobre interpretación de textos normativos, resolución de antinomias, e integración del derecho en caso de lagunas normativas.
- (6) Las VEN-NIF forman parte del derecho contable venezolano, conformado por normas contenidas en el Código de Comercio, en la Ley de Ejercicio de la Contaduría Pública, y en otras leyes e instrumentos normativos de origen estatal. Todo el derecho contable venezolano es *lex specialis* sobre contabilidad, y no solamente las VEN-NIF.
- (7) Las VEN-NIF no deben ser interpretadas y aplicadas como si fuesen un cuerpo normativo separado e independiente del ordenamiento jurídico venezolano, lo cual ocurrió por más de tres lustros al reconocer incorrectamente los efectos contables de la inflación y de las variaciones en los tipos de cambio, infringiendo el principio de la representación fiel establecido en el Código de Comercio.
- (8) Las VEN-NIF interactúan con las normas tributarias y con las normas de otros campos del sistema jurídico. La aplicación de las VEN-NIF en materia tributaria no las transforma en normas tributarias. Carece de fundamento la tesis según la cual las VEN-NIF han pasado a formar parte del derecho tributario sustantivo.

Para terminar, recordemos una frase bien conocida. Solemos afirmar que *la información contable es el punto de partida de las determinaciones tributarias*. Cabe entonces notar que la información contable tiene, a su vez, un punto de partida: la naturaleza y cuantía de las obligaciones y los derechos que corresponden a una entidad por razón de los hechos, actos y contratos que no

derivan de las VEN-NIF, y no están regidos por ellas. Esos derechos y obligaciones nacen, se modifican y extinguen, por razón de las manifestaciones de voluntad de las partes, y de las normas con rango de ley, de derecho privado y derecho público, que rigen esos hechos, actos y contratos.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABACHE CARVAJAL, Serviliano, “Derecho y contabilidad. A propósito de la interpretación y determinación tributaria”, *Revista Internacional Legis de Contabilidad & Auditoría*, Bogotá, 2019.

_____, *De la parafiscalidad venezolana del siglo XX. Enfoques desde la teoría general del tributo*, Editorial Jurídica Venezolana y Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2022.

BERMÚDEZ, José Rafael y MADRID MARTÍNEZ, Claudia, “Usos y costumbres: más allá del arbitraje y la *Lex Mercatoria*”, *Libro Homenaje al Profesor Alfredo Morles Hernández (coordinado por Astrid Uzcátegui y Julio Rodríguez Berrizbeitía)*, Universidad Católica Andrés Bello, Universidad de Los Andes, Universidad Central de Venezuela, Universidad Monteávila, y Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2012.

Bobbio, Norberto, *Teoría general del derecho*, Segunda edición, Temis, Bogotá, 2002.

CASTILLO CARVAJAL, Juan Carlos, “Apostillas respecto de las implicaciones tributarias derivadas de la adopción de las Normas Internacionales de Información Financiera (NIIF)”, *Revista de Derecho Tributario N° 115*, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, 2007.

CHIASSONI, Pierluigi. “Las cláusulas generales, entre teoría analítica y dogmática jurídica”, *Revista de Derecho Privado*, N° 21, Córdoba, 2011.

CODERCH, Pablo Salvador, “La Disposición Final Tercera de la Compilación catalana y la técnica legislativa de las remisiones estáticas”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 37, N° 4, Madrid, 1984.

EDWARDS, John Richard, “History of Financial Accounting Theory in Britain”, en JONES Stewart (ed.), *The Routledge Companion to Financial Accounting Theory*, Routledge, Londres-Nueva York, 2015.

FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón, Teoría del garantismo penal*, Editorial Trotta, Madrid, 1995.

_____, *Principia Iuris, Teoría del derecho y de la democracia*, Editorial Trotta, Madrid, 2013.

FRÍAS TOVAR, Annakarinia, “Clasificación de los colegios profesionales como personas jurídicas de derecho público”, *Revista de Derecho Público*, N° 67-68, Editorial Jurídica Venezolana, 1996.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio, *Razonamiento jurídico y argumentación*, Grupo Editorial Zela, Lima, 2017.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución y el Tribunal Constitucional*, Editorial Civitas, Madrid, 1988.

GONZÁLEZ LAGIER, Daniel, “Algunas cuestiones sobre las reglas técnicas”, *Doxa*, N° 14, 1993.

HERNÁNDEZ-BRETÓN, Eugenio, “En materia de calificaciones, reenvío y otros asuntos de Derecho Internacional Privado”, *Cuadernos Unimetanos*, N° 11, Caracas, 2007.

HEVIA, Burt, “La juridificación (irrupción) de la contabilidad en el derecho tributario sustantivo. Una propuesta de interpretación evolutiva del artículo 88 de la ley de impuesto sobre la renta”, en PALACIOS MÁRQUEZ, Leonardo y ABACHE CARVAJAL, Serviliano (Coords.), *Derecho Tributario Contemporáneo, Libro Homenaje a los 50 años de la Asociación Venezolana de Derecho Tributario*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2019.

HEVIA, Burt y GIGANTI, Enrico, “La ruptura normativa entre el Código de Comercio y el impuesto sobre la renta. Una propuesta de interpretación evolutiva”, *Memorias de las XVIII Jornadas de Derecho Tributario*, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2019.

HOFMANN, Hasso, “From Jhering to Radbruch: On the Logic of Traditional Legal Concepts to the Social Theories of Law to the Renewal of Legal Idealism”, en PATTARO, Enrico (ed.), *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*, Tomo 9, 2009.

KELSEN, Hans, *General Theory of Law and State*, Harvard University Press, Cambridge, 1949.

LOBBAN, Michael, “A History of the Philosophy of Law in the Common Law World, 1600-1900”, en PATTARO, Enrico (ed.), *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*, Tomo 8, Springer, 2007.

MÉLICH ORSINI, José, *Doctrina general del contrato*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2006.

MORLES HERNÁNDEZ, Alfredo. *Curso de Derecho Mercantil*, Tomo I, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2007.

MUCI BORJAS, José Antonio, “La necesidad y el contenido mínimo de las normas legales atributivas de potestades discrecionales”, *Libro Homenaje a Cecilia Sosa Gómez*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Tomo II, Caracas, 2021.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *El desbordamiento de las fuentes del derecho*, Editor Wolters Kluwer, Kindle Edition, Madrid, 2012.

PISANI RICCI, María Auxiliadora, *Notas de actualización a la obra del profesor Roberto Goldschmidt, Curso de Derecho Mercantil*, Universidad Católica Andrés Bello y Fundación Roberto Goldschmidt, Caracas, 2001.

POSTEMA, Gerald J., *Bentham and the Common Law Tradition*, Oxford University Press, Oxford, 2019.

RICHARD, Jacques y COLLETTE, Christine, *Comptabilité générale, système français et normes IFRS*, Dunod, Paris, 2008.

ROMERO-MUCI, Humberto, *El derecho (y el revés) de la contabilidad*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2011.

____ “Aspectos Financieros y Fiscales del Nuevo Régimen Cambiario de 2014”, *Revista de Derecho Tributario*, N° 144, Asociación Venezolana Derecho Tributario, Caracas, 2014.

____ “El Petroengaño Contable”, *Boletín del Observatorio del Gasto Público*, Centro de Divulgación del Conocimiento Económico, Caracas, 2017.

____ “Sobre la deducibilidad del resultado monetario deudor (pérdida monetaria) por inflación: el caso de las entidades financieras y el seguro”, *Memorias de las XVI Jornadas Venezolana de Derecho Tributario*, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2017.

____ “La disfunción del Bolívar y la dolarización de facto de la economía (aspectos legales y fiscales”, *Libro Homenaje al Doctor Luis Cova Arria*. Tomo II, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2020.

____ “La mentira contable: crónica de incomunicación y engaño. Aspectos jurídicos de la liberación del tipo de cambio según el Convenio Cambiario N.º 1 y de la publicación extemporánea de los INPC por el BCV para los años 2016, 2017, 2018 hasta septiembre 2019”, *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, N° 13, Caracas, 2020.

____ “La metamorfosis kafkiana de la Unidad Tributaria y la dolarización de las sanciones tributarias”, *Libro homenaje a Jesús Caballero Ortiz*, Fundación Estudios de Derecho Administrativo FUNEDA, Tomo I, Caracas, 2022.

ROSS, Alf, *Teoría de las fuentes del derecho*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.

SOL GIL, Jesús y RODRÍGUEZ PARÍS, Nathalie, “Relaciones, discrepancias y conflictos del derecho tributario venezolano con la ciencia contable y las Normas Internacionales de Información Financiera”, *Revista de Derecho Tributario*, N° 153, Caracas, 2017.

TARRÉS VIVES, Marc, “Las normas técnicas en Derecho Administrativo”, *Documentación Administrativa*, N° 265-266, Madrid, 2003.

VALDÉS COSTA, Ramón, *Curso de Derecho Tributario*, Depalma, Temis, Marcial Pons, Buenos Aires, Santa Fe de Bogotá, Madrid, 1996.

ZEFF, Stephen, “The Evolution of the IASC into the IASB, and the Challenges it Faces”, *The Accounting Review*, Vol. 87, Texas, 2012.

Jurisprudencia

Sentencias de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia (TSJ):

— N° 0647 de fecha 16 de mayo de 2002, caso: Cervecería Polar, C.A. y Cervecería Polar del Centro, C.A.

— N° 02307 del 24 de octubre de 2006 (Caso: S.H. Fundiciones S.A.);

— N° 0004 del 9 de enero de 2008 (Caso: Ferro de Venezuela C.A.)

— N° 00137 del 29 de enero de 2009 (Caso: Oxidaciones Orgánicas C.A. OXIDOR).

Normas contables

Federación de Colegios de Contadores Públicos de Venezuela “BA-VEN-NIF-0”, versión 5, 2011.

___ “BA-VEN-NIF-2”, versión 4, Venezuela, 2018.

___ “BA-VEN-NIF-8”, versión 7, 2020.

___ “BA-VEN-NIF-10”, versión 0, Venezuela, 2016.

IFRS, Norma NIIF para las PYMES, 2015.

___ Normas NIFF (NIIF Completas), 2019

___ Normas NIIF Ilustradas, Partes A, B y C incluyendo las Normas NIC, Interpretaciones CINIIF e Interpretaciones SIC, y con el Marco Conceptual para la Información Financiera (emitidas por la IFRS al 1ª de enero de 2020).

Unión Europea, “Reglamento (CE) N° 1126/2008 de la Comisión por el que se adoptan determinadas Normas Internacionales de Contabilidad de conformidad con el Reglamento (CE) n° 1606/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo” Diario Oficial de la Unión Europea, Europa, noviembre, 2013.

Documentos electrónicos

IFRS Foundation, “Who we are” en Página Web de The IFRS Foundation. s.f. Disponible en: <https://www.ifrs.org/use-around-the-world/use-of-ifrs-standards-by-jurisdiction/>; consultado el 15 de febrero de 2022.

IFRS Staff Paper. Informe de Vincent Louis para el Comité de Interpretaciones de las NIIF/IFRS, mayo de 2018. Disponible en: <https://www.ifrs.org/content/dam/ifrs/meetings/2018/may/ifric/ap03-foreign-exchange-restrictions.pdf>; consultado el 3 de septiembre 2022.

Notas en medios de comunicación

LUNA, Carmen, “Las grandes empresas que cerraron operaciones en Venezuela”, *Altonivel*, México, 2018. Disponible en: <https://www.altonivel.com.mx/empresas/empresas-que-cerraron-en-venezuela/>; consultado el 12 de noviembre de 2021.

MCLAUGHLIN, Tim y VALDMANIS, Richard, “Venezuela currency blues hit U.S. blue-chip companies”, *Reuters*, Boston, 2015. Disponible en: <https://www.reuters.com/article/usa-venezuela-currency-idUSL1N10A2UI20150730>; consultado el 6 de julio de 2022.

_____ “Venezuela's currency devaluation set to further hurt U.S. companies' profits”, *Reuters*, Boston, 2015. Disponible en: <https://www.reuters.com/article/us-venezuela-economy-currency-analysis-idUSKBN0LI00W20150214>; consultado el 6 de julio de 2022.

MCLAUGHLIN, Tim, “Venezuela roils corporate profits around the globe”, *Reuters*, Boston, 2016. Disponible en: <https://www.reuters.com/article/us-usa-results-venezuela-idUSKCN1072IA>; consultado el 5 de agosto de 2022.

MONTES, Sebastián, “La economía lleva al cierre a 500.000 empresas en las últimas dos décadas”, *La República*, Colombia, 2018. Disponible en: <https://www.larepublica.co/especiales/venezuela-en-picada/la-crisis-en-venezuela-lleva-al-cierre-a-500-000-empresas-en-las-ultimas-dos-decadas-2739050>; consultado en julio de 2022.

NEUMAN, William, “Profits Vanish in Venezuela After Currency Devaluation”, *The New York Times*, 2014. Disponible en: <https://www.nytimes.com/2014/07/09/business/profits-vanish-in-venezuela-after-currency-devaluation.html>; consultado el 5 de mayo de 2022.

OPINIONES SOBRE POSICIONES INCIERTAS DE IMPUESTO SOBRE LA RENTA VENEZOLANO A FINES DE SU CONTABILIZACIÓN

*José Manuel Valecillos**

SUMARIO

I. Introducción. II. Opiniones legales. 1. Aproximación a las opiniones legales. 2. Opiniones en materia tributaria. III. Contabilización de impuestos sobre la renta y posiciones inciertas. 1. Aproximación a la contabilización de impuestos sobre la renta. 2. Pasos del proceso de la contabilización de impuestos sobre la renta. IV. Opiniones legales sobre posiciones inciertas de Impuesto sobre la Renta venezolano a fines de su contabilización. 1. Impuestos relevantes. 2. Se analizan posiciones fiscales inciertas/tratamientos impositivos inciertos. 3. Debe estimarse si es más probable que no/ probable que Posiciones Fiscales/ Tratamientos Impositivos Inciertos sean aceptados/prevalézcan. V. Conclusiones. Referencias bibliográficas.

I. Introducción

Una de las principales tareas de los abogados es asesorar a sus clientes emitiendo su opinión o visión respecto a la ley y su aplicación a supuestos de hecho particulares. Las opiniones legales pueden ser comunicadas verbalmente, en reuniones o llamadas, o por escrito mediante comunicaciones electrónicas, cartas, memorandos u opiniones formales.

En las opiniones formales, los abogados expresan por escrito sus conclusiones legales sobre determinado asunto sometido a su análisis. Las opiniones formales pueden tener muchas finalidades y funciones. Por ejemplo, un

* Es abogado en la Universidad Metropolitana (2007) y completó una Maestría en Derecho Tributario (*LL.M. in Taxation*) en Georgetown University Law Center (2014). Es socio del área tributaria de D'Empaire. También es miembro de la AVDT y es el representante venezolano en la “Young IFA Network” (YIN) de la International Fiscal Association (IFA). Este trabajo fue presentado como ponencia para las XIX Jornadas Venezolanas de Derecho Tributario de la Asociación Venezolana de Derecho Tributario, celebradas en noviembre de 2022 con la relatoría general del Dr. Humberto Romero-Muci.

cliente puede solicitar una opinión sobre las consecuencias legales de un contrato sólo para obtener la tranquilidad de que un experto ha “aprobado” la transacción que espera realizar o, en otros casos, una opinión formal puede ser requerida por un potencial inversionista para verificar determinado asunto sobre la compañía en la cual está contemplando invertir.

En el área tributaria, las opiniones formales son frecuentemente requeridas cuando el cliente, sus asesores fiscales o sus auditores externos consideran que hay incertidumbre o riesgo sobre una posición tomada o a tomar en una declaración de impuestos. La incertidumbre puede originarse, entre otras razones, porque las normas aplicables o los hechos no son claros, se pueden razonablemente tomar posiciones distintas sobre el mismo asunto, o porque hay dudas sobre si las autoridades tributarias aceptarían esa posición en una fiscalización con base en las normas tributarias.

Particularmente, las opiniones sobre posiciones o tratamientos inciertos de *impuesto sobre la renta* son relevantes para las entidades que llevan su contabilidad bajo los principios de contabilidad de aceptación general previstos en las Normas Internacionales de Información Financiera (“NIIF”) y sus interpretaciones emanadas del Consejo de Normas Internacionales de Contabilidad (*International Accounting Standards Board* o “IASB”) o sus equivalentes según lo adoptado en el país respectivo de la compañía, incluyendo en Venezuela, bajo los Principios de Contabilidad de Aceptación General (“VEN-NIF”) emanados de la Federación de Colegios de Contadores Públicos de Venezuela¹ o, en los Estados Unidos, bajo los US GAAP emanados del *Financial Accounting Standards Board* (“FASB”).

Estas entidades deben contabilizar en sus estados financieros el impuesto sobre la renta, evaluando, en cada fecha de reporte, sus obligaciones presentes y futuras de dicho impuesto. Vistas las diferencias entre las reglas que rigen la contabilidad financiera y las leyes tributarias, estas entidades deben, bajo las NIIF y sus interpretaciones (o sus equivalentes) determinar si tales diferencias son temporales o permanentes y si están correctamente representadas en los estados financieros, así como su gasto (o ingreso) de impuesto sobre la renta corriente, lo que también comprende reconocer y medir las posiciones o tratamientos inciertos de impuesto sobre la renta.

Aunque la compleja tarea de la contabilización del impuesto sobre la renta es realizada por contadores públicos, el rol de las opiniones de los abogados en estos análisis puede ser muy relevante. Con base en una opinión legal, la compañía puede apoyarse para reconocer o no, total o parcialmente, el efecto en los estados financieros asociado a una posición incierta de impuesto sobre la renta.

¹ Las VEN-NIF PYME son los principios de contabilidad aplicables a las pequeñas y medianas entidades venezolanas.

En el marco de esa área específica de encuentro entre la contabilidad y el derecho, este trabajo pretende analizar las principales premisas que deberían considerarse al emitir una opinión legal con la función específica de asistir a entidades en su análisis de posiciones inciertas de impuesto sobre la renta venezolano, en atención a los estándares fijados en las NIIF (o sus equivalentes) y sus interpretaciones. No pretendemos hacer un análisis exhaustivo de los principios e interpretaciones sobre la contabilización del impuesto sobre la renta pues, como señalamos, esa tarea corresponde a los contadores públicos.

Este trabajo nace en buena parte de numerosas discusiones con el Dr. Romero-Muci sobre el enfoque y lenguaje adecuado de las opiniones tributarias, ocurridas a lo largo de años de aprendizaje que nos ha brindado la oportunidad de compartir con el Dr. Romero-Muci en la práctica tributaria. Por ello, siguiendo su sugerencia, pretendemos hacer una pequeña contribución a la uniformidad en la práctica de las opiniones legales sobre posiciones inciertas de impuesto sobre la renta venezolano.

II. Opiniones legales

1. Aproximación a las opiniones legales

Sterba, en la edición de una amplia guía sobre opiniones legales, señala que una de las tareas más esenciales o inherentes a la práctica del derecho es cuando un cliente pide al abogado su interpretación sobre las leyes. Esta interpretación u opinión puede ser transmitida de forma verbal, siendo esta posiblemente la forma más común de la asesoría legal. Sin embargo, hay también muchos casos en los cuales los clientes requieren o desean que el abogado exprese por escrito su opinión.²

La opinión escrita puede ser transmitida a través de un correo electrónico, o incluso de manera más informal por medio de servicios de mensajería instantánea. No obstante, lo que normalmente se conoce como una opinión legal, emitida en cartas, memorandos o en otros casos llamadas dictámenes, son un medio más formal mediante la cual los abogados expresan sus conclusiones sobre determinado asunto sometido a su análisis a la luz de la normativa aplicable.

Sterba también resalta que aunque generalmente no hay leyes o normas que impongan las formas que deben tener las opiniones legales, la evolución de la práctica ha derivado en ciertos elementos comunes.³ Estas formas estándar de las opiniones son también habituales en Venezuela, donde en nuestra experiencia, observamos que la gran mayoría de abogados, escritorios o firmas emiten sus opiniones en formatos que comparten varios o muchos elementos de estructura, a pesar de que no existe ninguna normativa o regulación al respecto.

² M. John Sterba, Jr., *Legal Opinion Letters: A Comprehensive Guide to Opinion Letter Practice*, Tercera Edición, Wolters Kluwer, Nueva York, 2020, §1.1., pp. 1-3.

³ *Ibid.*, §2.2., pp. 2-3.

Típicamente, las opiniones tienen la forma de una carta con el membrete del abogado, escritorio o firma que lo emite, y aunque parezca una formalidad no tan importante, al inicio indican (i) la fecha, generalmente coincidente con la fecha en la que fueron enviadas, lo que puede ser muy importante de cara a la vigencia temporal del contenido de la opinión, y (ii) el destinatario, que puede ser el cliente o un tercero, lo cual tiene relevancia no solamente por el contenido y función de la opinión, sino también de cara a su sujeción al secreto profesional.

En la mayoría de los casos, la estructura de una opinión formal consiste en las siguientes secciones (i) una descripción de los hechos, asunciones o antecedentes relevantes para el análisis, (ii) el análisis legal, el cual comprende el estudio de las distintas fuentes de derecho relevantes y su aplicación al caso concreto, y (iii) las conclusiones, concisas y fundamentadas en las secciones (i) y (ii). Por temas de estilo, algunos abogados separan en una sección, generalmente después de los hechos, cuál es la pregunta o consulta concreta formulada por el cliente, mientras que otros las enuncian dentro de los hechos o lo dejan implícito porque se puede desprender claramente de la opinión.

No sin menos relevancia, al final, las opiniones legales típicamente están firmadas por el abogado que la emite, generalmente en nombre del escritorio al cual pertenece. Por ello, es comúnmente entendido que la opinión firmada por ese abogado representa la opinión del escritorio o firma al cual pertenece. Esto también tiene relevancia de cara a la responsabilidad profesional del emisor o emisores de la opinión que, aunque no es el objeto de este trabajo, es un asunto estrechamente vinculado.

En Venezuela, los abogados están sujetos a las normas del Código de Ética Profesional del Abogado, las cuales deben ser tomadas en cuenta al momento de emitir las opiniones. Asimismo, es de resaltar que, en el área tributaria, el Código Orgánico Tributario acertadamente establece que las opiniones de profesionales o técnicos sobre la interpretación de normas tributarias no constituyen suministros de medios, apoyo ni participación en ilícitos tributarios.⁴

En otros países, como en los Estados Unidos, existen normas éticas sobre la emisión de opiniones legales y regulaciones como la Circular 230 emanada del Servicio Interno de Rentas *Internal Revenue Service* (IRS), aplicable a profesionales que prestan asesoría tributaria.⁵

2. Opiniones en materia tributaria

Las leyes tributarias son complejas y su aplicación a casos concretos por parte de los contribuyentes requiere frecuentemente la asesoría de profesionales especializados como abogados, contadores públicos, licenciados en ciencias fiscales o expertos en precios de transferencia, entre otros.

⁴ Párrafo Único del artículo 128 del Código Orgánico Tributario.

⁵ Disponible en: <https://www.irs.gov/pub/irs-pdf/pcir230.pdf>, consultada el 3 de junio de 2022.

Rothman señala que cuando un cliente pide a un abogado una opinión formal en materia tributaria es típicamente porque esa opinión tiene un objetivo en particular, de forma tal que el abogado, en primer lugar, debería preguntarse por qué el cliente ha solicitado o quiere la opinión, por cuanto la respuesta esa pregunta determinará la forma y contenido de la opinión o, incluso, si es apropiado emitir la opinión o no.⁶

Esta pregunta es aplicable en la práctica tributaria en Venezuela, donde a menudo los abogados o asesores fiscales son consultados con distintos objetivos o funciones que, al menos en nuestra experiencia, no son siempre comunicados al abogado o no son claramente definidos, por lo que es importante que el abogado venezolano, antes de emitir la opinión, indague sobre la función de la opinión que se le ha requerido, por cuanto esa función o destinatarios pueden tener un efecto importante en la forma y contenido de su opinión.

Considerando el amplio espectro de la práctica del derecho tributario, Sterba y Rothman coinciden en que es muy difícil categorizar o listar todos los tipos de opiniones tributarias. Sin embargo, ambos autores enuncian distintos tipos de opiniones tributarias que en muchos casos también son emitidas en la práctica del derecho tributario en Venezuela, tales como:

- a. Opiniones sobre planificación: son requeridas para fines de planificar los negocios o patrimonio del cliente desde una perspectiva fiscal, generalmente antes de ejecutar las transacciones o reorganizaciones contempladas o recomendadas.
- b. Opiniones por exigencias contractuales: en ocasiones, se emiten opiniones para un cliente que ha suscrito un contrato, el cual prevé como condición suspensiva la obligación de que se reciba una opinión formal que confirme que la transacción tendrá las consecuencias fiscales esperadas.
- c. Opiniones sobre posiciones fiscales en declaraciones: comúnmente se emiten opiniones sobre el tratamiento fiscal o posición a tomar en una declaración de impuesto a transacciones que el cliente ya ha ejecutado.
- d. Opiniones con la función específica de asistir a compañías a determinar si una posición incierta en materia de impuesto sobre la renta que ha tomado o espera tomar incide en sus estados financieros, las cuales son analizadas más adelante en este trabajo.

⁶ Robert P. Rothman, "Tax Opinion Practice", *The Tax Lawyer*, Vol. 64, No. 2, American Bar Association (ABA), Estados Unidos, 2011, p. 301.

III. Contabilización de impuestos sobre la renta y posiciones inciertas

1. Aproximación a la contabilización de impuestos sobre la renta

Los impuestos a las ganancias o sobre la renta son uno de los tributos más relevantes para fines contables, porque pueden representar una de las partidas más significativas en el estado de resultados de las entidades.⁷ El efecto contable de los impuestos sobre la renta, corriente o diferido, es de suma importancia para los usuarios de los estados financieros, quienes, desde su perspectiva o interés particular, desean conocer, entre otros asuntos, el gasto (o ingreso) por impuesto sobre la renta de la entidad que reporta, la tasa efectiva del impuesto sobre la renta que paga, o si hay provisiones o contingencias asociadas a dicho impuesto. Por esta importancia en los estados financieros, la contabilización de impuestos sobre la renta ha sido objeto de profundo análisis y preocupación, sobre todo tomando en cuenta las prácticas de algunas compañías que han manipulado la contabilización del impuesto sobre la renta en su información financiera.⁸

En la contabilización de impuestos sobre la renta intervienen distintas NIIF e interpretaciones (o sus equivalentes en cada país), especialmente la Norma Internacional de Contabilidad No. 12 (“NIC 12”) que establece el tratamiento contable del impuesto a las ganancias.⁹ No pretendemos analizar el proceso de contabilización de los impuestos sobre la renta porque no es el objeto de este trabajo, es una tarea de contadores públicos especializados y su complejidad amerita libros enteros. Solamente intentamos hacer una introducción al tema, a fines de entender el contexto en el cuál son analizadas a fines contables las posiciones inciertas de impuesto sobre la renta para las cuales se solicitan opiniones legales.

Autores sugieren que, para iniciar el entendimiento de la contabilización de impuestos sobre la renta, se comience por asimilar ciertos conceptos contables claves, siguiendo el orden de lo que comprende un juego completo de estados

⁷ Anuschka Bakker, Tjeerd van den Berg y Bart Janssen, *Tax Accounting. Unravelling the Mystery of Income Taxes*. IBFD, Amsterdam, 2015, p. 2.

⁸ *Vid.* Desde hace décadas se han publicado estudios que detectaban estas prácticas como el realizado en la Universidad de Arizona en 1986 por Dan Dhaliwal y Shiing-wu Wang, disponible en: <https://aboutblaw.com/WGy>, consultado el 4 de febrero de 2022.

⁹ Para fines de facilitar el análisis y la lectura, en esta sección hacemos referencia principalmente a las NIIF y sus interpretaciones y solamente si es necesario, a los principios de contabilidad generalmente aceptados adoptados en un país en particular, como por ejemplo las VEN-NIF en Venezuela o los U.S. GAAP en los Estados Unidos.

financieros según la Norma Internacional de Contabilidad No. 1 (“NIC 1”), lo cual encontramos útil y detallamos a continuación:¹⁰

Un estado de situación financiera al final del periodo

Desde la perspectiva de la contabilización de impuestos sobre la renta, el foco está en los pasivos y activos por impuestos corrientes y diferidos, los cuales representan montos a pagar o a recibir de las autoridades tributarias y están basados en la «ganancia fiscal (pérdida fiscal) del período», según se define en la NIC 12.¹¹ En el contexto venezolano, la ganancia o pérdida fiscal es el enriquecimiento neto o pérdida resultante de restar de los ingresos brutos, los costos y deducciones autorizados en la Ley de Impuesto sobre la Renta y su reglamento¹².

Los pasivos y activos por impuestos diferidos reflejan consecuencias fiscales futuras producto de «diferencias temporales» entre los «valores en libros» de un activo o pasivo en el estado de situación financiera (balance) y su «base fiscal», que, en el caso venezolano, es también determinada bajo las normas de la Ley de Impuesto sobre la Renta y su reglamento.

Según la NIC 12, los (i) «pasivos por impuestos diferidos» son las cantidades de impuesto sobre la renta a pagar en periodos futuros, producto de las «diferencias temporarias imponibles», y (ii) los «activos por impuestos diferidos» son las cantidades de impuesto sobre la renta a recuperar en periodos futuros, relacionadas con: (a) «diferencias temporarias deducibles», (b) la compensación de pérdidas de periodos anteriores que todavía no hayan sido deducidas fiscalmente, y (c) la compensación de créditos no utilizados procedentes de periodos anteriores.¹³

Un estado del resultado y otro resultado integral del periodo

Desde la visión de la contabilización de impuestos sobre la renta, se observan los montos por concepto del «gasto (ingreso) de impuesto sobre la renta», que según la NIC 12, es el importe total que, por este concepto, se incluye al

¹⁰ *Ibíd.*, pp. 4-5.

¹¹ Norma Internacional de Contabilidad No. 12 (NIC 12), párrafo 5.

¹² Venezuela. Ley de Impuesto Sobre la Renta, publicada en Gaceta Oficial extraordinaria N° 6.210 del 30, del diciembre de 2015.

¹³ En este sentido, la NIC 12 señala que las diferencias temporarias pueden ser: (a) diferencias temporarias imponibles, que son aquellas que dan lugar a cantidades imponibles al determinar la ganancia (pérdida) fiscal correspondiente a periodos futuros, cuando el importe en libros del activo sea recuperado o el del pasivo sea liquidado; o (b) diferencias temporarias *deducibles*, que son aquellas que dan lugar a cantidades que son deducibles al determinar la ganancia (pérdida) fiscal correspondiente a periodos futuros, cuando el importe en libros del activo sea recuperado o el del pasivo sea liquidado.

determinar la ganancia o pérdida neta del periodo, conteniendo tanto el impuesto corriente como el diferido.¹⁴ A su vez, el «impuesto corriente» es definido como la cantidad que la entidad espera pagar (o recuperar) por impuesto sobre la renta relativo a la ganancia (o pérdida) fiscal del periodo, mientras que el «impuesto diferido» es la cantidad que la entidad espera pagar (o recuperar) por impuesto sobre la renta en el futuro como resultado de «diferencias temporales» originándose y reversándose en el período reportado.

Un estado de cambios en el patrimonio del periodo

Autores señalan que cuando se observa un estado de cambios en el patrimonio del periodo, el énfasis está en el gasto (ingreso) por impuesto sobre la renta corriente o diferido que esté registrado directamente en el patrimonio o en otros ingresos comprensivos y no en el estado de resultado integral del periodo.¹⁵ Esto se debe a que bajo la NIC 12, los impuestos corrientes y los impuestos diferidos deben reconocerse fuera del resultado si se relacionan con partidas que se reconocen, en el mismo periodo o en otro diferente, fuera del resultado.¹⁶

Un estado de flujos de efectivo del periodo

El estado de flujos de efectivo provee información sobre los cambios en el efectivo o equivalentes de efectivo durante el periodo. La Norma Internacional de Contabilidad No. 7 (“NIC 7”) requiere que los flujos de fondos del periodo se clasifiquen según su procedencia, esto es, de actividades de operación, de inversión o de financiación.¹⁷ Los impuestos sobre la renta son típicamente categorizados dentro de las actividades de operación y los flujos de fondos para el pago de impuestos sobre la renta son reportados separadamente en los estados de flujo de efectivo del periodo o en las notas a los estados financieros.¹⁸

Notas, que incluyan un resumen de las políticas contables significativas y otra información explicativa

La NIC 12 requiere que en las notas a los estados financieros se revelen por separado los componentes principales del gasto (ingreso) por el impuesto sobre la renta.¹⁹ Los ejemplos de componentes principales del gasto (ingreso) en la NIC 12 son los siguientes:

- a) gasto (ingreso) por impuesto corriente;
- b) cualesquiera ajustes reconocidos en el periodo para el impuesto corriente de periodos anteriores;

¹⁴ Norma Internacional de Contabilidad No. 12 (NIC 12), párrafo 5.

¹⁵ Anuschka Bakker, *ob. cit.*, p. 5.

¹⁶ Norma Internacional de Contabilidad No. 12 (NIC 12), párrafo 61A.

¹⁷ Norma Internacional de Contabilidad No. 7 (NIC 7), Objetivos.

¹⁸ Anuschka Bakker, *ob. cit.*, p. 5.

¹⁹ Norma Internacional de Contabilidad No. 12 (NIC 12), párrafo 79.

- c) el importe del gasto (ingreso) por impuestos diferidos relacionado con el nacimiento y reversión de diferencias temporarias;
- d) el importe del gasto (ingreso) por impuestos diferidos relacionado con cambios en las tasas fiscales o con la aparición de nuevos impuestos;
- e) el importe de los beneficios de carácter fiscal procedentes de pérdidas fiscales, créditos fiscales o diferencias temporarias, no reconocidos en periodos anteriores, que se han utilizado para reducir el gasto por impuestos del presente periodo;
- f) el importe de los beneficios de carácter fiscal procedentes de pérdidas fiscales, créditos fiscales o diferencias temporarias, no reconocidos en periodos anteriores, que se han utilizado para reducir el gasto por impuestos diferidos;
- g) el impuesto diferido surgido de la baja, o la reversión de bajas anteriores, de saldos de activos por impuestos diferidos; y
- h) el importe del gasto (ingreso) por el impuesto, relacionado con los cambios en las políticas contables y los errores que se han incluido en la determinación del resultado del periodo, de acuerdo con la NIC 8, porque no ha podido ser contabilizado de forma retroactiva.

En Venezuela, las notas de los estados financieros contienen una nota descriptiva sobre el impuesto sobre la renta. En nuestra experiencia, estas notas varían en su extensión, profundidad y detalle sobre las particularidades de la situación de la entidad a fines de impuesto sobre la renta. Algunas se limitan a presentar una descripción general del marco normativo del impuesto sobre la renta venezolano y a resumir conceptualmente cómo se calcula el gasto (ingreso) de impuesto sobre la renta estimado en los estados financieros y otras partidas como los activos y pasivos por impuestos diferidos. Otras notas, además de explicar conceptualmente las partidas asociadas al impuesto sobre la renta relevantes, presentan el monto del gasto (ingreso) de impuesto sobre la renta estimado para el periodo y otras informaciones relevantes como las listadas en la NIC 12, en la medida que apliquen. Asimismo, en caso de existir, estas notas hacen revelaciones sobre provisiones o contingencias de impuestos sobre la renta, en muchos casos relacionadas con las posiciones fiscales inciertas o tratamientos impositivos inciertos.

2. Pasos del proceso de la contabilización de impuestos sobre la renta

Una vez delimitados varios de los conceptos esenciales para la contabilización de impuestos sobre la renta,²⁰ los cuales son de frecuente mención en las

²⁰ No hemos mencionado a “un estado de situación financiera al principio del primer periodo inmediato anterior, cuando una entidad aplique una política contable de forma retroactiva o haga una reexpresión retroactiva de partidas en sus estados

interacciones en la práctica de los abogados con clientes, contadores públicos y/o auditores, es relevante revisar los pasos generalmente utilizados en la contabilización de los impuestos sobre la renta. Aunque en las NIIF no hay una metodología definida en ellas para ejecutar este proceso, varios autores han creado guías al respecto.

Bakker, en el contexto de las NIIF, sugiere 10 pasos para llevar a cabo este proceso, resumidos de la siguiente forma:²¹

- 1) Identificar las diferencias entre los valores en libros y los valores fiscales: partiendo de la utilidad antes de impuestos reflejada a nivel contable, se verifica si hay diferencias en el tratamiento dado a determinada transacción en la contabilidad y el tratamiento aplicable según las leyes fiscales.

Las diferencias pueden ser permanentes o temporales. Las permanentes no serán revertidas mientras que las temporales (o temporarias en la NIC 12) serán revertidas en un periodo futuro. A su vez, las permanentes son típicamente encontradas en el estado de resultados, mientras que las temporales son ubicadas en el balance.

- 2) Calcular el gasto (ingreso) por impuesto sobre la renta corriente: se estima el gasto por impuesto sobre la renta del ejercicio, partiendo de la utilidad antes de impuestos reflejada a nivel contable y tomando en cuenta las diferencias temporales o permanentes entre el resultado contable y aquel producto de aplicar las leyes tributarias. Según la NIC 12, se miden las cantidades que se esperan pagar (recuperar) de la autoridad fiscal, utilizando la normativa y tasas impositivas que se hayan aprobado, o cuyo proceso de aprobación esté prácticamente terminado, al final del periodo sobre el que se informa.²²

Se trata de un ejercicio similar a la preparación de la declaración de impuesto sobre la renta y a lo que se conoce en Venezuela como la “conciliación fiscal de rentas”. En este aspecto, es importante resaltar que es común que los estados financieros sean emitidos o publicados antes de que la declaración definitiva de impuesto sobre la renta sea presentada, por lo que en muchos casos el gasto (ingreso) es un estimado que no necesariamente coincide con lo que finalmente haya reportado la entidad en la declaración de impuestos presentada posteriormente.

financieros”, ya que no contienen términos específicamente relevantes para la contabilización de impuestos sobre la renta.

²¹ Anuschka Bakker, *ob. cit.*, pp. 6-13.

²² Norma Internacional de Contabilidad No. 12 (NIC 12), párrafo 46.

Al calcular el gasto por impuesto sobre la renta del ejercicio también se deben considerar los pasivos contingentes (también llamadas provisiones) derivados de posiciones fiscales o tratamientos impositivos inciertos tomados en relación con el impuesto corriente del ejercicio a reportar.²³

- 3) Calcular ajustes al gasto (ingreso) por impuesto sobre la renta de periodos anteriores: se hacen ajustes para corregir el monto impuesto corriente de periodos anteriores, en caso de ser necesarios.
- 4) Calcular los impuestos diferidos a la fecha del reporte: el reconocimiento del impuesto diferido, definido previamente, se fundamenta en el principio de la NIC 12 que exige que las entidades contabilicen las consecuencias fiscales de las transacciones y otros sucesos de la misma manera que contabilizan esas mismas transacciones o sucesos económicos. Es decir, las entidades deben reflejar en su contabilidad las consecuencias fiscales de sus transacciones en el mismo periodo en que ocurren las transacciones, independientemente de que sus consecuencias fiscales, bajo las leyes tributarias, sean reconocidas en otros periodos.
- 5) Medir los activos por impuestos diferidos: bajo la NIC 12, los activos por impuestos diferidos se reconocen en los estados financieros en la medida en que se estima que habrá ganancias fiscales futuras contra las que puedan utilizarse las pérdidas fiscales no utilizadas y los créditos fiscales no utilizados.²⁴ Por ello, las entidades con activos por impuestos diferidos deben hacer la estimación de si tendrá suficientes ganancias fiscales en el futuro, siguiendo diversos criterios establecidos en la NIC 12.
- 6) Analizar las posiciones fiscales o tratamientos impositivos inciertos: en la complejidad del derecho tributario, las normas fiscales pueden ser interpretadas razonablemente de distintas maneras, lo que en muchos casos resulta en disputas con las autoridades tributarias y en el potencial pago adicional de impuestos, multas e intereses. Por ello, las entidades deben evaluar si deben reconocer un pasivo contingente o provisión por las posiciones fiscales o tratamientos impositivos inciertos. En este punto, puede ser conveniente o necesario para las entidades pedir asesoría externa a fines de que la asistan a evaluar los méritos legales y técnicos de las posiciones fiscales inciertas tomadas o por tomar por la entidad.

Bakker resalta la importancia de no confundir posiciones fiscales inciertas con pasivos por impuestos diferidos, los cuales, como

²³ Anuschka Bakker, *ob. cit.*, p. 86.

²⁴ Norma Internacional de Contabilidad No. 12 (NIC 12), párrafo 34.

observamos, reflejan consecuencias fiscales futuras producto de diferencias temporales entre los valores en libros de un activo o pasivo en el estado de situación financiera (balance) y su base fiscal.²⁵

- 7) Reconciliar las cuentas fiscales: las cuentas fiscales reconocidas en el balance son ajustadas para reflejar la provisión por impuesto sobre la renta del ejercicio.
- 8) Calcular el gasto (ingreso) por impuesto sobre la renta total: este monto es la suma del gasto (ingreso) por impuesto sobre la renta corriente y gasto (ingreso) por el impuesto diferido. A su vez, el gasto (ingreso) por el impuesto diferido es igual a la diferencia entre los activos y pasivos por impuestos diferidos.
- 9) Preparar una reconciliación de las tasas: en este paso, que constituye uno de los indicadores claves para empresas que cotizan en las bolsas de valores, se determina la tasa efectiva de impuesto sobre la renta a reconocer en el estado de resultados, para lo cual se requiere una reconciliación de la utilidad antes de impuestos multiplicada por las tasas (tarifas) fiscales aplicables que, en el caso venezolano, son aquellas establecidas en la Ley de Impuesto sobre la Renta.
- 10) Preparar las notas, que incluyan un resumen de las políticas contables significativas y otra información explicativa: en este paso, se prepara la nota sobre impuestos sobre la renta, siguiendo los requerimientos establecidos en la NIC 12 y resumidos previamente. Es un punto que autores resaltan como trascendental, porque debe determinarse que información adicional sobre los impuestos sobre la renta es requerida revelar, o que información se desea revelar o es de interés para los usuarios de los estados financieros.²⁶

Por otra parte, Brunetti, en el contexto de los U.S. GAAP, señala que los seis pasos básicos para contabilizar impuestos sobre la renta son:²⁷

- 1) Calcular el impuesto sobre la renta corriente, a pagar o a recibir.
- 2) Identificar las diferencias entre los valores en libros y las bases fiscales de activos y pasivos;
- 3) Determinar, para cada diferencia, si van a resultar en impuestos a pagar en el futuro, es decir, una obligación de impuesto futura o un beneficio de impuesto futuro.

²⁵ Anuschka Bakker, ob. cit, p. 86.

²⁶ *Ibid.*, p. 13.

²⁷ Frank L. Brunetti, *Federal Tax Accounting*, Wolters Kluwer, Riverwoods, 2020, pp. 12,002-12,011.

- 4) Aplicar la tasa de impuesto apropiada a las diferencias para calcular el impuesto diferido.
- 5) Clasificar las diferencias que resultan una obligación de impuesto futura como pasivos por impuestos diferidos y las que generan un beneficio de impuesto futuro como activos por impuestos diferidos.
- 6) Por último, determinar si se requiere una provisión para uno o todos los activos por impuestos diferidos, lo cual puede ocurrir si el futuro beneficio de un activo por impuesto diferido es cuestionable (o incierto) y, por tanto, se deba registrar una provisión para reducir el importe de ese activo.

La aproximación a los términos esenciales y al proceso de contabilización de los impuestos sobre la renta previamente descritos muestran que, en esta compleja tarea, las posiciones inciertas o tratamientos fiscales inciertos de impuesto sobre la renta deben ser analizadas en varias etapas y pueden impactar en los estados financieros en la forma de pasivos contingentes o provisiones o afectar la contabilización del activo o pasivo por impuestos diferidos o corrientes.

La NIC 12 no contiene mención específica a las posiciones fiscales o tratamientos impositivos inciertos y la NIC 37 sobre Provisiones, Pasivos Contingentes y Activos Contingentes específicamente excluye de su alcance a los impuestos sobre la renta.²⁸

Por esta razón, las entidades que llevan su contabilidad bajo las NIIF analizaban estas posiciones con base en los principios generales de la NIC 12 y, en muchos casos y en la medida en que fueran consistentes con las NIIF, con apoyo en las US GAAP y sus interpretaciones, las cuales proveen mayor detalle sobre el análisis de posiciones inciertas de impuesto sobre la renta por medio de la interpretación comúnmente conocida como “FIN 48” o FASB *Interpretation No. 48, “Accounting for Uncertainty in Income Taxes”* (actualmente ASC 740.10),²⁹ la cual fue emitida por la FASB en 2006 para ayudar a interpretar el *Statement No. 109 Accounting for Income Taxes* (actualmente ASC 740) y que puede ser considerada el equivalente, con sus diferencias, de la NIC 12 para fines de los US GAAP.³⁰

Sin embargo, con aplicación desde el 1 de enero de 2019, el Consejo de Normas Internacionales de Contabilidad (o IASB) emitió la CINIIF 23 (IFRIC 23 en inglés) sobre “La Incertidumbre frente a los Tratamientos del Impuesto a las Ganancias” a fines de llenar los vacíos que sobre este tema dejaba la NIC 12.

²⁸ Norma Internacional de Contabilidad No. 37 (NIC 37), párrafo 5.

²⁹ ASC 740.10 (antes FIN 48). Disponible en: <https://asc.fasb.org/Login>, consultada en fecha 12 de enero de 2022.

³⁰ *Ibid.*, pp. 165-167.

Tanto la ASC 740.10 bajo los U.S. GAAP como la CINIIF 23 bajo las NIIF (y bajo los VEN-NIF en Venezuela) profundizan en cómo debe efectuarse el análisis y la contabilización de las posiciones fiscales inciertas en impuesto sobre la renta.³¹ En este contexto, en el siguiente epígrafe analizaremos cuáles son las premisas básicas, asunciones o requerimientos que deberían ser tomados en cuenta al emitir una opinión de impuesto sobre la renta venezolano a fines específicos de la CINIIF 23 y de la ASC 740.10.

IV. Opiniones legales sobre posiciones inciertas de Impuesto sobre la Renta venezolano a fines de su contabilización

En la aproximación a la contabilización de impuestos sobre la renta observamos que en varias fases de ese proceso las posiciones o tratamientos inciertos deben ser evaluados para determinar su potencial reconocimiento y medición en la contabilidad. También pudimos apreciar que, en este análisis, las entidades pueden buscar asesoría externa, típicamente solicitando la opinión legal de un abogado sobre los méritos legales y técnicos de la posición incierta del impuesto sobre la renta que está siendo evaluada a fines contables.

En este punto de encuentro de la contabilidad y el derecho, Rothman resalta que no es apropiado que las opiniones legales sobre posiciones inciertas del impuesto sobre la renta tengan conclusiones sobre si dichas posiciones deben ser reconocidas o no en la contabilidad financiera, por cuanto tal opinión no representaría una conclusión sobre derecho tributario, sino sobre las prácticas contables. Sin embargo, sí está dentro del rol del abogado emitir una opinión legal sobre derecho tributario o normas fiscales, cuyas conclusiones sirvan de base para el reconocimiento o medición de la posición fiscal incierta a fines de la contabilidad financiera.³²

En nuestra experiencia en la práctica del derecho tributario en Venezuela, no siempre está clara esa línea que resalta Rothman entre el rol de los clientes, sus contadores públicos, auditores externos y abogados.

En algunos casos de análisis de posiciones o tratamientos de impuesto sobre la renta en los cuales hay incertidumbre, es común observar cómo abogados podemos pensar erróneamente que la opinión legal tiene una suerte de carácter vinculante en la decisión sobre si se debe registrar una provisión o contingencia por esa posición incierta, cuando lo cierto es que esa opinión legal constituye un medio de apoyo para determinar principalmente si los méritos legales y técnicos

³¹ Para una guía de diferencias entre NIIF y U.S. GAAP, incluyendo CINIIF 23 y ASC 740.10 *Vid.* Ernst & Young LLP, *US GAAP versus IFRS, The basics, January 2021*, Estados Unidos, 2021. Disponible en: https://www.ey.com/en_us/assurance/accountinglink/us-gaap-versus-ifs--the-basics---january-2021, consultada el 5 de mayo de 2022.

³² Robert P. Rothman, *ob. cit.*, p. 309.

de esa posición son suficientes como para cumplir con los estándares o umbrales previstos en las interpretaciones aplicables (CINIIF 23 o ASC.740.10). Esto no significa que la opinión legal no sea relevante, pues en muchos casos es necesaria y determinante para el proceso de la contabilización de los impuestos sobre la renta.

Por otra parte, también hemos observado ciertos casos en los cuales el profesional encargado de la contabilización de los impuestos sobre la renta desestima una opinión legal que fundamenta los méritos legales y técnicos de una posición incierta, con base principalmente en la presunción automática de que el SENIAT asumirá una posición contraria en una fiscalización, o en que los tribunales competentes puedan tener una tendencia a emitir más sentencias a favor del fisco nacional que de los contribuyentes. Si bien una opinión sobre los méritos legales y técnicos de una posición incierta puede ser desestimada por no ser lo suficientemente fundamentada para persuadir o convencer al contador público o auditor, las razones por las cuales se desestima el valor de esa opinión deberían obedecer exclusivamente a los criterios de reconocimiento y medición de las posiciones fiscales inciertas de las interpretaciones aplicables (CINIIF 23 o ASC.740.10) y no a la percepción de que el SENIAT pudiera tener una tendencia a objetar la mayoría de las posiciones que puedan considerarse como inciertas o que los tribunales competentes pudieran tener una tendencia a emitir más decisiones a favor del fisco nacional.

En parte, este tipo de discusiones con clientes, contadores públicos y/o auditores externos, nos evidenciaron la necesidad de entender con mayor claridad la función y el contexto de las opiniones legales sobre posiciones fiscales inciertas en impuesto sobre la renta a fines de los análisis de la CINIIF 23 y la interpretación ASC 740.10 (antes FIN 48). A su vez, esta necesidad motivó a identificar las principales premisas que este tipo de opiniones deberían considerar en atención a su finalidad o función, las cuales se describen a continuación.³³

³³ Para ello, nos hemos guiado principalmente en doctrina sobre opiniones legales y tributarias estadounidenses porque ahí encontramos que las discusiones sobre este asunto están muy desarrolladas e incluso, a diferencia de muchos países, en los Estados Unidos existe una regulación detallada sobre las opiniones de profesionales tributarios (Circular 230).

1. Impuestos relevantes

El análisis aplica exclusivamente a impuestos sobre la renta o las ganancias en los términos definidos en la NIC 12³⁴ o en la ASC 740,³⁵ según apliquen. Por lo tanto, en el contexto venezolano, son relevantes solamente opiniones sobre posiciones o tratamientos inciertos de impuesto sobre la renta y el impuesto a los dividendos contenidos en la Ley de Impuesto sobre la Renta.

También puede darse el caso en el cual una entidad venezolana analice una posición incierta en materia de impuesto sobre la renta de otra jurisdicción porque, por ejemplo, ha obtenido rentas de fuente extraterritorial gravables en esa otra jurisdicción.

Sin embargo, la potencial opinión legal sobre esa posición, si fuera necesaria, no sería emitida por un abogado venezolano sino por un abogado de esa otra jurisdicción.

Las opiniones sobre otros tributos (IVA, impuestos municipales, entre otros) pueden ser relevantes en otros contextos, ya que las entidades deben reconocer, medir o revelar contingencias de otros tributos distintos al impuesto sobre la renta (i) si aplican las NIIF (o VEN-NIF en Venezuela), bajo la NIC 37 sobre Provisiones, Pasivos Contingentes y Activos Contingentes, o (ii) si aplican los U.S. GAAP, bajo el *Statement No. 5* de la FASB (hoy en día ASC-450-20).³⁶

2. Se analizan posiciones fiscales inciertas/tratamientos impositivos inciertos

El riesgo legal es un concepto que no tiene una definición común. Cierta doctrina europea sostiene que, desde la perspectiva de la disciplina o ciencia jurídica, puede afirmarse que no existe el riesgo legal porque la ley debe ser

³⁴ La NIC 12 en su párrafo 2 define a los impuestos a las ganancias como “(...) todos los impuestos, ya sean nacionales o extranjeros, que se relacionan con las ganancias sujetas a imposición. El impuesto a las ganancias incluye también otros tributos, tales como las retenciones sobre dividendos, que se pagan por parte de una entidad subsidiaria, asociada o acuerdo conjunto sobre las distribuciones de la entidad que informa”.

³⁵ La ASC 740 define a los impuestos sobre la renta como “(...) todos los impuestos, ya sean nacionales o extranjeros, que se relacionan con las ganancias sujetas a imposición. El impuesto a las ganancias incluye también otros tributos, tales como las retenciones sobre dividendos, que se pagan por parte de una entidad subsidiaria, asociada o acuerdo conjunto sobre las distribuciones de la entidad que informa”.

³⁶ *Vid.* Resumen del *Statement No. 5*, Disponible en: <https://www.fasb.org/page/PageContent?pageId=/reference-library/superseded-standards/summary-of-statement-no-5.html&bcpath=tff>, consultado el 6 de mayo de 2022.

predecible.³⁷ Sin embargo, reconocen que el riesgo legal efectivamente existe.³⁸ En primer lugar, porque las leyes pueden ser imprecisas, no claras o inciertas. En segundo lugar, debido a que las personas, compañías o incluso autoridades pueden no tener el conocimiento necesario al respecto. En tercer lugar, porque los operadores jurídicos o partes relevantes pueden no tener la estructura o recursos para su aplicación efectiva.

Romero-Muci, en los lineamientos de las XIX Jornadas Venezolanas de Derecho Tributario de la AVDT, señalaba que “(...) el riesgo jurídico [o legal] es entendido como la incertidumbre sobre las condiciones de aplicación fáctica o la solución de una norma jurídica, esto es, sobre el sentido que corresponde a la interpretación de una norma en una situación concreta”.

Por su parte, la incertidumbre legal es un complejo concepto abordado en distintos contextos del estudio del derecho. La incertidumbre legal está generalmente asociada al desconocimiento del resultado que tendrá la aplicación de una norma o regla a un supuesto de hecho concreto.³⁹

Sobre el particular, Romero-Muci también resaltaba que las posibilidades interpretativas implican incertidumbre sobre todo en los casos que no son claros o que son difíciles.

En la contabilización de los impuestos sobre la renta, la determinación inicial sobre si cierta posición tomada o a tomar en una declaración de impuesto sobre la renta es «incierto» o genera «incertidumbre», es un juicio de razonabilidad que hace el contador público en su interpretación de los principios de contabilidad de aceptación general y sus interpretaciones, así como de su entendimiento de las leyes tributarias aplicables.⁴⁰

Sin embargo, es importante que el abogado conozca y maneje los conceptos de tratamientos impositivos inciertos y de posiciones fiscales inciertas bajo las NIIF o U.S. GAAP, los cuales son abordados a continuación.

³⁷ Vid. Aurélien Raccach, “Reframing Legal Risk in EU Law” *Legal Risks in EU Law, Interdisciplinary Studies on Legal Risk Management and Better Regulation in Europe*, Springer International Publishing, Suiza, 2016, pp. 3-4.

³⁸ Lo hacen en el contexto de las leyes de la Unión Europea.

³⁹ Vid. Anthony D’Amato, Legal Uncertainty, papel de trabajo publicado por el Northwestern University School of Law Northwestern University School of Law Scholarly Commons, 2010, p. 3., Disponible en: <https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=1107&context=facultyworkingpapers>, consultado en fecha 28 de junio de 2022.

⁴⁰ Esto es debido al «carácter opinable» o interpretativo de la información financiera resaltado por Romero-Muci Vid. Humberto Romero-Muci, *El derecho y el (revés) de la contabilidad*, Serie Estudios 94, Academia de Ciencias Políticas y Sociales y Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2012, p. 26.

CINIIF 23: Tratamientos impositivos inciertos

La CINIIF 23 señala “Puede no quedar clara la forma en que se aplica la legislación fiscal a una transacción o circunstancia concreta. La aceptabilidad de un tratamiento impositivo concreto según la legislación fiscal puede no ser conocida hasta que la autoridad fiscal correspondiente o los tribunales de justicia tomen una decisión en el futuro.

Por consiguiente, una disputa o inspección de un tratamiento impositivo concreto por parte de la autoridad fiscal puede afectar la contabilización de una entidad del activo o pasivo por impuestos diferidos o corrientes”.⁴¹

Asimismo, la CINIIF 23 define a «un tratamiento impositivo incierto» como aquel tratamiento de los impuestos por el cual existe «incertidumbre» sobre si la autoridad fiscal lo aceptará, con base en la legislación fiscal.

En este sentido, cita como ejemplos de tratamiento impositivo incierto la decisión de una entidad de no presentar la declaración del impuesto sobre la renta en una jurisdicción fiscal, o de no incluir un ingreso concreto en el cálculo de la ganancia fiscal.⁴²

De forma tal que bajo la CINIIF 23, se considera que existe «un tratamiento impositivo incierto» si hay dudas sobre si la autoridad fiscal aceptará tal tratamiento o posición, pero esas dudas sobre su aceptación surgen o deben surgir en relación con la aplicación de la legislación aplicable a un caso concreto, por ejemplo, porque no está claro en la Ley de Impuesto sobre la Renta y su reglamento si determinado gasto es deducible a fines fiscales y no con base en otros criterios, como lo podría ser la tendencia de una autoridad fiscal a levantar reparos u objeciones frente a posiciones fiscales que favorezcan a los contribuyentes. Por lo tanto, consideramos que habrá un tratamiento impositivo incierto en la medida en que haya «riesgo legal» o «incertidumbre legal» en relación con ese asunto.

A fines de impuesto sobre la renta venezolano, puede pensarse en muchos ejemplos de tratamientos impositivos inciertos. Especialmente en el contexto de las últimas reformas a la Ley de Impuesto sobre la Renta (2014 y 2015), las cuales han sido ampliamente criticadas por contrariar en muchas de sus disposiciones los principios constitucionales que rigen la tributación en Venezuela y han creado incertidumbre legal en varios ámbitos de la imposición a la renta.

Un ejemplo que vemos con frecuencia en la práctica es el tratamiento de impuesto sobre la renta dado por sujetos pasivos especiales a las ganancias y pérdidas en cambio realizadas a fines financieros, sobre el cual hay incertidumbre legal, derivada, entre otras razones, en que no está claro si los sujetos pasivos

⁴¹ CINIIF 23, párrafo 2.

⁴² *Ibíd.*, párrafo 3 (c).

especiales pueden o deben seguir aplicando el artículo 186 de la Ley de Impuesto sobre la Renta para determinar el momento del reconocimiento fiscal de esas ganancias o pérdidas en cambio.⁴³

ASC 740.10 (FIN 48): Posiciones fiscales

Por otra parte, la ASC 740.10 (antes FIN 48), señala que para fines de dicha interpretación, el término «posición fiscal» se refiere a una posición tomada o a tomar en una declaración de impuestos (sobre las ganancias o la renta) que sea relevante para el cálculo de los pasivos y activos por impuestos corrientes o diferidos del periodo.⁴⁴ También explica que una «posición fiscal» puede resultar en una reducción permanente o en un diferimiento del impuesto sobre la renta, o en un cambio en la realización esperada de activos por impuestos diferidos. Posteriormente, la ASC 740.10 enuncia los siguientes ejemplos de «posición fiscal»:

- 1) La decisión de no presentar una declaración de impuestos (relevante principalmente cuando un contribuyente decide no presentar una declaración por sus actividades o potencial presencia en otro país).
- 2) La atribución o asignación de ingresos entre jurisdicciones.
- 3) La caracterización de ingresos o la decisión de excluir ingresos de una declaración.
- 4) La decisión de clasificar como exenta una transacción, entidad u otra posición en una declaración.

Bajo la ASC 740.10, se deben identificar las posiciones fiscales inciertas «materiales» sobre periodos no prescritos y del periodo que se reporta. No son objeto de análisis las posiciones fiscales rutinarias o que usualmente son tomadas en las declaraciones que cumplen con el estándar o umbral de reconocimiento «más probable que no» (*more likely than not*) sobre el cual discutiremos más adelante en este trabajo, o aquellas posiciones que sean inmateriales por su cuantía.⁴⁵

⁴³ Sobre este tema *Vid.* Serviliano Abache Carvajal, “Postulado del legislador racional y una vieja (¿pseudo?) disputa. El caso de la “eliminación” del ajuste por inflación fiscal y las diferencias cambiarias”, *El Impuesto Sobre la Renta. Aspectos de una necesaria reforma*, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2017.

⁴⁴ ASC 740.10 (antes FIN 48), párrafo 4. Disponible en: <https://asc.fasb.org/Login>, consultada en fecha 12 de enero de 2022.

⁴⁵ Al igual que bajo la CINIIF 23, podrían elaborarse muchos ejemplos de lo que puede ser una posición fiscal incierta de impuesto sobre la renta venezolano en los términos de ASC 740.10.

3. Debe estimarse si es más probable que no/ probable que Posiciones Fiscales/ Tratamientos Impositivos Inciertos sean aceptados/prevalzcan

Una vez que la entidad identifica la posición fiscal o el tratamiento impositivo incierto, en ocasiones se solicita la opinión de un abogado especialista para que asista en la determinación sobre si debe reconocer y posteriormente medir el efecto de esa posición fiscal o tratamiento impositivo en la contabilización del impuesto sobre la renta.

En este tipo de opiniones, se espera que el abogado analice la posición fiscal o el tratamiento impositivo incierto desde la perspectiva de sus «méritos legales». Además, se espera que emita una conclusión asertiva sobre si dicha posición o tratamiento impositivo cumple con el estándar o umbral de reconocimiento (*recognition threshold*) establecido en la CINIIF 23 o la ASC 740.10, según sean aplicables.

Si el análisis se hace en el contexto de la CINIIF 23, el abogado debería concluir en la opinión si es «probable» que el tratamiento de impuesto sobre la renta incierto sea aceptado por la autoridad fiscal (SENIAT en el caso venezolano). Si la conclusión es que es «probable» que la autoridad fiscal acepte ese tratamiento impositivo incierto, la entidad determinará la ganancia fiscal (pérdida fiscal), las bases fiscales, pérdidas fiscales no utilizadas, créditos fiscales no utilizados y tasas fiscales, de forma congruente con el tratamiento impositivo usado o que esté previsto usar en su declaración de impuesto sobre la renta.⁴⁶ Por otra parte, si la conclusión es que no es «probable» que la autoridad fiscal acepte el tratamiento, la entidad reflejará el efecto de la incertidumbre utilizando el método del importe más probable o el método del valor esperado, a elección de la entidad en función de cual considere que prediga mejor la resolución de la incertidumbre.⁴⁷

Por otra parte, si la opinión es emitida en el contexto de la ASC 740.10, el abogado debería concluir en la opinión si es «más probable que no» (*more likely than not*) que la posición incierta de impuesto sobre la renta prevalezca si fuera

⁴⁶ CINIIF 23, párrafo 10.

⁴⁷ *Ibid.*, párrafo 11, el cual establece que “Una entidad reflejará el efecto de la incertidumbre para cada tratamiento impositivo incierto por el uso de uno de los siguientes métodos, dependiendo de qué método la entidad espera que prediga mejor la resolución de la incertidumbre:

(a) El importe más probable - el único importe más probable en un rango de posibles resultados. El importe más probable puede predecir mejor la resolución de la incertidumbre si los posibles resultados son duales o se concentran en un valor.

(b) El valor esperado - la suma de los importes ponderados por su probabilidad en un rango de resultados posibles. El valor esperado puede predecir mejor la resolución de la incertidumbre si existe un rango de resultados posibles que no son duales ni están concentrados en un valor.”

objetada por el SENIAT. Bajo la ASC 740.10, el análisis tiene dos partes: (i) la primera es determinar si la posición cumple con el estándar «más probable que no», en la cual, si se concluye que no cumple, el análisis finaliza y la entidad no podrá reconocer ningún beneficio asociado a esa posición, pero si la conclusión es que sí lo cumple, entonces se pasa a (ii) una segunda parte, en la cual la entidad debe medir el monto o importe del beneficio que puede ser reconocido.

Típicamente, en nuestra experiencia, las opiniones legales son requeridas para asistir con la primera parte del análisis, por lo cual nos hemos enfocado en las opiniones sobre esa primera parte. En este sentido, para que esta estimación o predicción a expresar en la opinión legal sea elaborada de una forma consistente con el enfoque del análisis de la posición o tratamiento impositivo incierto que está haciendo la entidad a fines de su contabilización, es recomendable tomar en cuenta algunas premisas basadas en la CINIIF 23 y la ASC 740.10:

Asumir que la autoridad fiscal evaluará la posición o tratamiento incierto

Tanto la CINIIF 23⁴⁸ como la ASC 740.10,⁴⁹ al evaluar si se reconoce y mide en la contabilidad una posición fiscal incierta, coinciden en que debe presumirse que la autoridad fiscal inspeccionará dicha posición y que además tendrá conocimiento y acceso a toda la información relevante.

Por lo tanto, a fines de opiniones legales sobre posiciones o tratamientos inciertos de impuesto sobre la renta venezolano, debe asumirse que el SENIAT fiscalizará a la entidad y que en el curso de esa fiscalización evaluará esa posición o tratamiento fiscal, con acceso a toda la información y documentación relevante. No son importantes para este tipo de opiniones ni deben ser tomadas en cuenta las probabilidades de que la entidad no sea fiscalizada, o de que los auditores/fiscales, en el curso de la fiscalización, fallen en detectar y evaluar la posición o tratamiento fiscal incierto, lo que en procesos de auditoría se conoce como riesgo de detección (*detection risk*).

Se evalúan los méritos legales y/o técnicos de la posición o tratamiento

A fines de estas opiniones, se espera que el abogado analice la posición fiscal o el tratamiento impositivo incierto desde la perspectiva de sus «méritos legales». Como observamos en la aproximación a las opiniones, emitir por escrito la

⁴⁸ La CINIIF 23, párrafo 8, señala “Al evaluar si y cómo un tratamiento impositivo incierto afecta la determinación de la ganancia fiscal (pérdida fiscal), las bases fiscales, pérdidas fiscales no utilizadas, créditos fiscales no utilizados y tasas fiscales, una entidad supondrá que una autoridad fiscal inspeccionará los importes que tiene derecho a examinar y tendrá conocimiento total de toda la información relacionada cuando lleve a cabo esas revisiones”.

⁴⁹ ASC 740.10, párrafo 7(a), señala “*In assessing the more-likely-than-not criterion as required by paragraph 6 of this Interpretation: a. It shall be presumed that the tax position will be examined by the relevant taxing authority that has full knowledge of all relevant information (...)*”.

interpretación de una la ley y su aplicación a supuestos de hecho particulares es una de las tareas más comunes del abogado. Por lo tanto, no pretendemos de ninguna forma hacer una guía de cómo ejecutar una tarea que cada profesional conoce y está en libertad de preparar en función de sus propios criterios. Nos limitamos a resaltar algunas ideas que pueden ser de utilidad durante la preparación de este tipo opiniones en específico.

Rothman señala que, aunque no hay requisitos formales para las opiniones sobre una posición incierta de impuesto sobre la renta a fines de su contabilización (en el contexto de la FIN 48), una opinión que contenga su razonamiento y análisis legal tendrá más peso que una opinión en versión corta (“*short-form opinion*”) que se limite a exponer la conclusión sobre el asunto.⁵⁰

En nuestra experiencia, las opiniones cortas y con conclusiones asertivas sobre el asunto consultado son usualmente preferidas por los destinatarios de las opiniones, sea el cliente, sus auditores o cualquier parte a la cual va dirigida. Sin embargo, en el caso específico de opiniones sobre una posición incierta de impuesto sobre la renta, los clientes y sus auditores típicamente prefieren que las opiniones sobre posiciones fiscales inciertas contengan el análisis y razonamiento legal, pues precisamente este sirve para despejar la incertidumbre inicialmente identificada por la entidad, de soporte de cara a la responsabilidad o credibilidad interna de las personas que deben tomar la decisión de su contabilización, o en algunos casos para persuadir o convencer al auditor sobre los méritos legales de la posición tomada o a tomar.⁵¹

Con base en lo anterior y tomando en cuenta que bajo la CINIIF 23 “(...) existe incertidumbre sobre si la autoridad fiscal aceptará el tratamiento impositivo **según la legislación fiscal**”⁵² (resaltado nuestro) y bajo la ASC 740.10 los méritos técnicos de una posición devienen de las distintas fuentes de autoridad de las leyes tributarias (*sources of authorities in the tax law*),⁵³ la evaluación de los «méritos legales» de una posición o tratamiento impositivo incierto en materia de

⁵⁰ Robert P. Rothman, *ob. cit.*, p. 310.

⁵¹ En este último punto, es importante destacar que la opinión legal de un abogado venezolano no exime a la entidad de potenciales multas o intereses asociados a un reparo sobre la posición fiscal analizada en la opinión. Por lo tanto, las entidades que deseen esa protección, en algunos casos, pueden considerar la formulación de una consulta a la Gerencia General de Servicios Jurídicos del SENIAT.

⁵² CINIIF 23, párrafo 3(c).

⁵³ ASC 740.10, párrafo 7(b), señala “*Technical merits of a tax position derive from sources of authorities in the tax law (legislation and statutes, legislative intent, regulations, rulings, and case law) and their applicability to the facts and circumstances of the tax position. When the past administrative practices and precedents of the taxing authority in its dealings with the enterprise or similar enterprises are widely understood, those practices and precedents shall be taken into account (...)*”.

impuesto sobre la renta venezolano debería, como mínimo y sin perjuicio de cualquier otra fuente que el abogado pueda considerar relevante, haber consultado o considerado:

- (a) todas las fuentes del derecho tributario relevantes para el asunto analizado,⁵⁴ que siguiendo el orden del artículo 2 del Código Orgánico Tributario, incluyen (i) la Constitución Nacional y los principios que rigen la tributación en Venezuela, (ii) los tratados celebrados por Venezuela y aprobados por la Asamblea Nacional, como los convenios de doble imposición que pudieran aplicar, (iii) las leyes -y decretos leyes- creadoras de los tributos, entre las cuales está la Ley de Impuesto Sobre la Renta; (iv) los contratos de estabilidad jurídica; y (v) los actos administrativos de carácter general emanados de los órganos administrativos facultados para emitirlos, como el Reglamento General de la Ley de Impuesto sobre la Renta, el Reglamento Parcial de la Ley de Impuesto sobre la Renta en Materia de Retenciones, entre otros;
- (b) en la medida de su disponibilidad, precedentes administrativos de casos similares, como resoluciones culminatorias de sumario administrativo, decisiones de recursos jerárquicos o consultas emanadas del SENIAT, con la particularidad que para fines de ASC 740.10, son tomados en cuenta solo los precedentes administrativos de la propia entidad o de empresas similares que sean ampliamente entendidos (*widely understood*);
- (c) las decisiones judiciales relevantes, principalmente de los Tribunales de lo Contencioso Tributario, la Sala Político-Administrativa y la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia; y
- (d) la doctrina nacional y extranjera sobre el asunto, la cual puede ser de mucha utilidad, especialmente si no hay precedentes administrativos o judiciales sobre casos similares o idénticos a la posición fiscal analizada.

La interpretación y valoración de las fuentes, precedentes o doctrina relevante y su aplicación a los hechos concretos de la posición o tratamiento impositivo incierto de impuesto sobre la renta venezolano dependen del criterio de cada abogado. Esta labor interpretativa presenta algunas dificultades o desafíos en Venezuela, cuyo análisis excede del alcance de este trabajo pero que hemos visto que son relevantes en la interacción con clientes, sus contadores públicos y auditores.

Principalmente constituyen desafíos, la tendencia (al menos en nuestra experiencia) de que la gran mayoría de las fiscalizaciones de impuesto sobre la

⁵⁴ Para un análisis de este asunto *Vid.* Gabriel Ruan Santos, “Las Fuentes del Derecho Tributario”, en *Manual Venezolano de Derecho Tributario*, Tomo I, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2013, pp. 70.

renta del SENIAT culminan en reparos, muchas veces sin suficientes méritos legales, así como la cuestionable independencia del poder judicial venezolano, ampliamente analizada en otros contextos, lo cual dota de escepticismo a los destinatarios de la opinión legal (e incluso al propio abogado que la emite). En efecto, en muchos casos no hay confianza en que los méritos legales de la posición de impuesto sobre la renta analizada sean eventualmente valorados de forma objetiva por el SENIAT o por un tribunal. Por ello, aunque la posición de impuesto sobre la renta tenga suficientes méritos legales como para cumplir con los estándares de reconocimiento de CINIIF-23 o ASC 740.10, se plantean dudas razonables para el abogado sobre el nivel de confort con la posición y lo que puede concluir por escrito al respecto, o para la entidad sobre si reconocer o no el potencial efecto de esa posición incierta.

A pesar de estos desafíos, pensamos que es posible estimar si posiciones inciertas de impuesto sobre la renta venezolano cumplen o no con los estándares de reconocimiento de CINIIF-23 o ASC 740.10, por cuanto esta estimación o predicción debe estar basada en la opinión del abogado sobre los «méritos legales» de esa posición y no en criterios extrajurídicos. Asumir *a priori* con escepticismo que determinada posición o tratamiento fiscal cuyos méritos legales son claros no será evaluada no sería consistente con la función de la opinión legal ni con el propósito del análisis bajo CINIIF-23 o ASC 740.10.

Se debería concluir expresamente sobre los estándares/umbrales de reconocimiento

Una vez evaluados o analizados los méritos legales de la posición, cada abogado, a fines de que la opinión cumpla su objetivo y sea de utilidad para los destinatarios, debería concluir si (a) es «probable o no» que esa posición sea aceptada por el SENIAT, si es bajo CINIIF-23, o (b) si es «más probable que no» que esa posición prevalezca si fuera objetada por el SENIAT, si es bajo ASC 740.10.

Según el diccionario Black's Law Dictionary, el término «probable» implica una apariencia de verdad, el carácter de probabilidad, apariencia de estar fundamentada en la razón o experiencia. También se entiende como tener más evidencia a favor que en contra, o que está soportado por evidencia que inclina la mente a pensar en, pero deja espacio para la duda.⁵⁵

En consistencia con esta definición, una primera lectura de los términos usados por CINIIF-23 y ASC 740.10 para establecer sus estándares o umbrales de reconocimiento pudieran llevar a la conclusión de que puede entenderse que es «probable» o «más probable que no», si el abogado considera que hay más méritos legales que indican o lo inclinan a pensar que hay más de 50% de probabilidades de que la posición fiscal sea aceptada o prevalezca.

⁵⁵ Vid. Henry Campbell Black, *Black's Law Dictionary*, Sexta Edición, West Publishing Co., St. Paul, Minn., 1990, p. 1201.

Aunque la CINIIF-23 no establece expresamente que «probable» significa probabilidades de más de 50%, este es el entendimiento común en la práctica.⁵⁶ En el caso de la ASC 740.10, este umbral es explícitamente definido, cuando señala que el término «más probable que no» significa una probabilidad de más de 50%.⁵⁷

La mayoría de las dudas que pueden surgir en la aplicación de las normas tributarias no tienen una respuesta clara que implique una garantía absoluta de que determinada interpretación, tratamiento o posición será aceptada o eventualmente prevalecerá.

Nadie puede afirmar con absoluta certeza que el SENIAT o un tribunal aceptará o adoptará determinada posición, por lo que siempre hay espacio para el error en la opinión legal o estimación.

Sin embargo, es posible estimar o concluir, con base en un análisis fundamentado en los méritos legales de determinada posición o tratamiento de impuesto sobre la renta venezolano, si cumplen o no con los estándares o umbrales de reconocimiento de la CINIIF-23 o la ASC 740.10.

Esta estimación, en ocasiones en la práctica es solicitada a los abogados venezolanos como una “estimación del riesgo”, “posibilidades de éxito”, “nivel de confort” o similares. En este aspecto, es importante tener en cuenta que hay términos que son comúnmente utilizados en la práctica tributaria para estimar el riesgo o expresar el nivel de confort con determinada posición fiscal, pero que tienen un origen y significación que puede hacer que su uso sea correcto o no.

Al respecto, Rothman señala que varios de los términos usados en la práctica tributaria y en opiniones formales para describir los niveles de confort sobre si una posición fiscal prevalecerá, incluyendo el «más probable que no» de la ASC 740.10, tienen origen en regulaciones estadounidenses o han sido desarrollados por los profesionales en la práctica, por lo que representan términos con un significado comúnmente aceptado en otras jurisdicciones.⁵⁸

En nuestra experiencia, en Venezuela varios de estos términos son encontrados en opiniones legales sobre impuesto sobre la renta, por lo que nos parece útil resaltar la concepción que hay de algunos de ellos:⁵⁹

⁵⁶ Esto se puede evidenciar en algunas publicaciones de firmas como PwC España. Vid. Francisco González, Roberta Poza, *Posiciones fiscales inciertas: ¿Estás listo para IFRIC 23?*, PricewaterhouseCoopers Tax & Legal Services, S.L., España, 2019, Disponible en: <https://periscopiofiscalylegal.pwc.es/posiciones-fiscales-inciertas-estas-listo-para-ifric-23/>; consultado en fecha 25 de enero de 2022.

⁵⁷ ASC 740.10, párrafo 6.

⁵⁸ Robert P. Rothman, *ob. cit.*, p. 311.

⁵⁹ *Ibíd.*, pp. 312-315.

- (a) «tendrá», «será», «ocurrirá» o similares (“*Will*”): se percibe como el más alto nivel de confort que puede tener un abogado al emitir una opinión usando frases o términos que implican que determinada transacción o circunstancias tendrá las implicaciones legales o fiscales ahí descritas, y su uso permite inferir al destinatario de que no hay riesgo material de que la conclusión contenida en la opinión esté errada. No hemos observado en la práctica tributaria en Venezuela opiniones con este nivel de confort, pero sí son vistas en otras jurisdicciones en determinados casos;
- (b) «debería» (“*Should*”): si un abogado afirma en una opinión que determinada posición o tratamiento «debería» ser aceptada o prevalecer, se percibe o entiende que tiene un alto nivel de confort, significativamente más elevado que «más probable que no», con un espacio no insignificamente de que tal conclusión esté errada, pero sin un porcentaje o nivel específico definido, este tipo de términos lo observamos con frecuencia en la práctica tributaria en Venezuela; y
- (c) «más probable que no» (“*More likely than not*”): al igual que para fines de ASC 740.10, es generalmente percibido o entendido que implica que hay más de 50% de probabilidades de que determinada posición o tratamiento sea aceptada o prevalezca, y su uso también es frecuente en la práctica tributaria venezolana.⁶⁰

Las estimaciones realizadas conforme a los estándares o umbrales de reconocimiento descritos anteriormente no son permanentes o estáticos, porque puede haber cambios después de la emisión de la opinión legal que alteren las conclusiones ahí expuestas. La CINIIF 23 establece que los criterios adoptados y las estimaciones realizadas para reconocer y valorar un tratamiento impositivo incierto deberán ser reevaluados siempre que haya un cambio en las circunstancias, o que aparezca nueva información que pueda afectar a la posición adoptadas.

Esta nueva información puede incluir, acciones del SENIAT, prescripción del periodo correspondiente o evidencias de que el SENIAT han tomado una posición particular en relación con un caso similar, o decisiones judiciales relevantes. Por su parte, la ASC 740.10 también contiene reglas para reevaluar el reconocimiento de estimaciones en casos de cambios similares.⁶¹

⁶⁰ Hay otros términos usados principalmente en los Estados Unidos como autoridad sustancial o “substantial authority”, posibilidades realistas de éxito “realistic possibility of success” o base razonable “reasonable basis”. Al respecto, *Vid.* M. John Sterba, Jr., ob. cit, p. §7.4.

⁶¹ ASC 740.10, párrafos 10 al 14.

Se deberían considerar las potenciales multas o intereses de mora

En el análisis de una opinión sobre una posición o tratamiento incierto de impuesto sobre la renta, idealmente se deberían considerar las potenciales multas e intereses de mora por cuanto sus importes pueden ser de interés para los usuarios de los estados financieros.

La NIC-12 y la CINIIF-23 no establecen expresamente el tratamiento aplicable a las multas e intereses asociados a tratamientos impositivos inciertos. Sin embargo, el Comité de Interpretaciones de Normas Internacionales de Información Financiera ha señalado que las entidades pueden optar por contabilizar el efecto de multas e intereses asociados a impuestos sobre la renta (a) bajo la NIC-12 y la CINIIF-23 si estiman que dichas multas e intereses califican como impuestos sobre la renta bajo las definiciones ahí contenidas, o (b) bajo la NIC-37 sobre Provisiones, Pasivos Contingentes y Activos Contingentes.⁶²

Por su parte, la ASC 740.10 establece que si bajo la ley se pueden adeudar intereses por la omisión de impuestos sobre la renta deben tomarse en cuenta los intereses. También dispone que deben reconocerse los montos por multas para aquellas posiciones que no cumplen con el mínimo umbral para evitar el pago de multas.⁶³

En Venezuela, actualmente las multas asociadas a potenciales reparos de impuesto sobre la renta pueden implicar montos significativos, desproporcionales y confiscatorios. Esto se debe fundamentalmente a los mecanismos de ajustes de las multas, tanto para los ejercicios regidos bajo (i) el Código Orgánico Tributario de 2020, el cual prevé un mecanismo de ajuste de las multas con base en el “tipo de cambio de mayor valor”,⁶⁴ o (ii) el Código Orgánico Tributario de 2014 y el de 2001,⁶⁵ los cuales preveían el discutido mecanismo de ajuste de las multas basado en la variación del valor de la unidad tributaria.

Por lo tanto, si una posición incierta de impuesto sobre la renta venezolano no cumple con los estándares de «probable» o «más probable que no», pensamos que es relevante que la opinión legal analice la constitucionalidad y legalidad de las potenciales multas e intereses, así como la potencial aplicabilidad de todas las

⁶² Vid. Reporte de PwC sobre esta decisión. Disponible en: <https://www.pwc.com/gx/en/audit-services/ifrs/publications/pwc-in-brief-penalties-related-to-income-taxes.pdf>, consultado en fecha 5 de agosto de 2022.

⁶³ ASC 740.10, párrafos 15 y 16.

⁶⁴ Vid. Humberto Romero-Muci, “Ilegitimidad de la dolarización de las sanciones tributarias”, *Libro Homenaje a la profesora Cecilia Sosa Gómez*, Academia de Ciencia Políticas y Sociales, Caracas, 2021.

⁶⁵ Vid. Humberto Romero-Muci, “*Uso, abuso y pervisión de la Unidad Tributaria <Una reflexión sobre tributación indigna>*”, Academia de Ciencia Políticas y Sociales, Caracas, 2016.

eximentes de responsabilidad por ilícitos tributarios establecidas en el Código Orgánico Tributario, la Ley de Impuesto sobre la Renta o cualquier otro instrumento normativo aplicable que pudiera eximir al contribuyente de multas o intereses. Este análisis puede ser de utilidad para asistir al contador público en el reconocimiento y medición del impacto de estos conceptos.

V. Conclusiones

1. A fines de cumplir su propósito de asistir efectivamente a entidades en el reconocimiento y medición contable de las posiciones inciertas en materia de impuesto sobre la renta venezolano, este tipo de opiniones legales en Venezuela debe, en primer lugar, considerar bajo cuáles principios de contabilidad de aceptación general está efectuándose el análisis, porque de ello pueden depender la forma y los estándares de esa opinión. Lo más común es que el análisis deba ser realizado atendiendo a las NIIF o VEN-NIF (y por tanto bajo la NIC-12 y CINIIF-23), porque se trate de entidades extranjeras (que reporten su contabilidad bajo las NIIF) o venezolanas (VEN-NIF) evaluando posiciones inciertas de impuesto sobre la renta venezolano. Sin embargo, en el caso de empresas multinacionales, también es muy frecuente que soliciten análisis de posiciones inciertas de impuesto sobre la renta venezolano atendiendo a los US GAAP y por tanto bajo la ASC 740 y a la ASC 740.10, en cuyo caso los estándares pueden ser diferentes y deben ser tomados en cuenta.

2. Para satisfacer los estándares bajo NIIF, VEN-NIF o US GAAP, las opiniones sobre posiciones inciertas de impuesto sobre la renta venezolano deberían cumplir como mínimo con las siguientes premisas (i) tomar en cuenta todos los hechos relevantes y asumir que el SENIAT tendrá acceso a toda la información y documentación relevante sobre esa posición, (ii) asumir que esa posición será evaluada durante una fiscalización, pues no se trata de medir el riesgo de detección por parte de los fiscales actuantes, o sobre las posibilidades de que la empresa sea fiscalizada, (iii) un análisis de los méritos legales y técnicos de esa posición que haya consultado todas las fuentes del derecho tributario y precedentes relevantes para las conclusiones, incluyendo aquellas que puedan desfavorecer la posición tomada o por tomar por la entidad en su declaración de impuesto sobre la renta venezolano, (iv) con base en ese análisis, su estimación o predicción sobre si esa posición cumple con el estándar o umbral de reconocimiento (*recognition threshold*) según los principios aplicables, es decir (a) si es «probable» que esa posición sea aceptada por el SENIAT, si es bajo NIIF (o VEN-NIF), la NIC-12 y CINIIF-23, o (b) si es «más probable que no» que esa posición prevalezca si fuera objetada por el SENIAT, si es bajo US GAAP y por tanto ASC 740 y ASC 740.10.

3. En Venezuela, la estimación o predicción sobre si es probable que una posición o tratamiento incierto de impuesto sobre la renta sea aceptado por el SENIAT, o más probable que no de que prevalezca si fuera objetado, reviste

ciertas complejidades derivadas de la cuestionable independencia del poder judicial o la aparente tendencia del SENIAT de emitir reparos en la gran mayoría de fiscalizaciones de impuesto sobre la renta, aunque las posiciones tengan suficientes méritos legales.

4. A pesar de esas complejidades, en Venezuela es posible emitir opiniones legales con la estimación de si es probable que una posición o tratamiento incierto de impuesto sobre la renta sea aceptado por el SENIAT, o más probable que no de que prevalezca si fuera objetado, porque tal estimación o predicción debe y puede hacerse con base en el análisis sobre los méritos legales y técnicos de esa posición o tratamiento y no con base en criterios extrajurídicos. Se trata de hacer una estimación o predicción informada con el uso correcto de ciertos términos clave, con fundamento en una interpretación objetiva de las normas tributarias y de los precedentes administrativos y judiciales.

5. En nuestra opinión, la uniformidad o estandarización del discurso en el lenguaje y otros elementos de las opiniones tributarias en Venezuela es conveniente y beneficioso tanto para los abogados que emiten las opiniones como para los contadores públicos o los auditores de las entidades que las reciben a fines de su análisis contable. Sin embargo, pensamos que no es necesario ni conveniente la emisión de normas sobre la emisión de opiniones legales sobre posiciones o tratamiento inciertos de impuesto sobre la renta o en general de opiniones tributarias, tal como ocurre en los Estados Unidos con la Circular 230. La interacción en la práctica entre los abogados, contadores públicos y auditores venezolanos, aunado a los esfuerzos de orientación y difusión del conocimiento de organizaciones como la AVDT y la Federación de Colegios de Contadores Públicos de Venezuela, pueden ser suficientes para que se logre un nivel de uniformidad aceptable para todas las partes involucradas en estos análisis.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABACHE C., Serviliano, “Postulado del legislador racional y una vieja (¿pseudo?) disputa. El caso de la “eliminación” del ajuste por inflación fiscal y las diferencias cambiarias”, *El Impuesto Sobre la Renta Aspectos de una necesaria reforma*, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2017.

BAKKER Anuschka, JANSEN, Bart y VAN DEN BERG, Tjeerd, *Tax Accounting. Unravelling the Mystery of Income Taxes*, IBFD, Amsterdam, 2015.

BRUNETTI, Frank L., *Federal Tax Accounting*, Wolters Kluwer, Riverwoods, 2020.

CAMPBELL B., Henry, *Black's Law Dictionary*, Sexta Edición, West Publishing Co., St. Paul, Minn., 1990.

RACCAH, Aurélien, *Reframing Legal Risk in EU Law Legal Risks in EU Law, Interdisciplinary Studies on Legal Risk Management and Better Regulation in Europe*, Springer International Publishing, Suiza, 2016.

ROMERO M., Humberto, *El derecho y el (revés) de la contabilidad*, Serie Estudios 94, Academia de Ciencias Políticas y Sociales y Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2012.

____ *Uso, abuso y perversión de la Unidad Tributaria <Una reflexión sobre tributación indigna>*, Academia de Ciencia Políticas y Sociales. Caracas, 2016.

____ “Ilegitimidad de la dolarización de las sanciones tributarias”, *Libro Homenaje a la profesora Cecilia Sosa Gómez*, Academia de Ciencia Políticas y Sociales. Caracas, 2021.

ROTHMAN, Robert P., “Tax Opinion Practice”, *The Tax Lawyer*, Vol. 64, No. 2, American Bar Association (ABA), Estados Unidos, 2011.

RUAN S., Gabriel, “Las Fuentes del Derecho Tributario”, *Manual Venezolano de Derecho Tributario*, Tomo I, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2013.

STERBA, John, *Legal Opinion Letters: A Comprehensive Guide to Opinion Letter Practice*, Tercera Edición, Wolters Kluwer, Nueva York, 2020.

Legislación

Venezuela. Código Orgánico Tributario, publicado en Gaceta Oficial extraordinaria N° 6.507, del 29 de enero de 2020.

____ Ley de Impuesto Sobre la Renta, publicada en Gaceta Oficial extraordinaria N° 6.210, del 30 de diciembre de 2015.

Medios digitales

Treasury Department, “Regulations Governing Practice before the Internal Revenue Service”, junio 2014. Disponible en: <https://www.irs.gov/pub/irs-pdf/pcir230.pdf>; consultado el 3 de junio de 2022

Norma Internacional de contabilidad N° 12. Disponible en: https://www.nicniif.org/files/u1/Norma_Internacional_de_Contabilidad_n__12.pdf

Norma Internacional de contabilidad N° 7. Disponible en:

https://www.mef.gob.pe/contenidos/conta_publ/con_nor_co/no_oficializ/nic/ES_GVT_RedBV2016_IAS07.pdf

Norma Internacional de contabilidad N° 37. Disponible en:

https://www.mef.gob.pe/contenidos/conta_publ/con_nor_co/no_oficializ/nic/ES_GVT_RedBV2016_IAS37.pdf

ASC 740.10 (antes FIN 48). Disponible en: <https://asc.fasb.org/Login>; consultado en fecha 12 de enero de 2022

ASC 740. Disponible en: <https://pro.bloombergtax.com/brief/how-to-calculate-the-asc-740-tax-provision/>

Financial Accounting Standards Board, Resumen del *Statement No. 5*. Disponible en: <https://www.fasb.org/page/PageContent?pageId=/reference-library/superseded-standards/summary-of-statement-no-5.html&bcpath=tff>; consultado el 6 de mayo de 2022

DHALIWAL, Dan y WANG Shiing-wu, *The effect of -book income adjustment in the 1986 alternative minimum tax on corporate financial reporting*, University of Arizona, Tucson, 1991. Disponible en: <https://aboutblaw.com/WGy>

D'AMATO, Anthony, "Legal Uncertainty", *Northwestern University School of Law Scholarly Commons*, 2010. Disponible en: <https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=1107&context=facultyworkingpapers>; consultado en fecha 28 de junio de 2022.

CINIIF 23, "La Incertidumbre frente a los Tratamientos del Impuesto a las Ganancias", *Consejo de Normas Internacionales de Contabilidad*, 2017. Disponible en: <https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/cr/Documents/audit/documentos/niif-2019/CINIIF%2023%20-%20La%20Incetidumbre%20frente%20a%20los%20Tratamientos%20del%20Impuesto%20a%20las%20.Ganancias.pdf>

GONZÁLEZ, Francisco y POZA, Roberta, "Posiciones fiscales inciertas: ¿Estás listo para IFRIC 23?", *PricewaterhouseCoopers Tax & Legal Services, S.L.*, España, 2019. Disponible en: <https://periscopiofiscalylegal.pwc.es/posiciones-fiscales-inciertas-estas-listo-para-ifric-23/>; consultado en fecha 25 de enero de 2022.

"In brief, A look at current financial reporting issues", PwC, octubre 2017. Disponible en: <https://www.pwc.com/gx/en/audit-services/ifrs/publications/pwc-in-brief-penalties-related-to-income-taxes.pdf>; consultado en fecha 5 de agosto de 2022.

DERECHO INTERNACIONAL

ASPECTOS PROCESALES DEL CASO 171 DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA: GUYANA CONTRA VENEZUELA

*Rafael Badell Madrid**

SUMARIO

I. Introducción. II. La Corte Internacional de Justicia. 1. Consideraciones generales. 1.1. La Corte Internacional de Justicia y su régimen jurídico: Estatuto, Reglamento, Directivas Prácticas y Resoluciones. 2. Aspectos procesales. 2.1. Iniciación del procedimiento. 2.1.1. Inicio del procedimiento mediante solicitud de iniciación (Artículo 40.1 del Estatuto). 2.1.2. Inicio del procedimiento mediante notificación de acuerdo especial (Artículo 40.1 del Estatuto; Artículo 46 del Reglamento; Directiva Práctica I). 2.1.3. Inicio del procedimiento mediante remisión especial (*Artículo 87 del Reglamento*). 2.1.4. *Competencia*. 2.1.4.1. *Competencia razione personae*. 2.1.4.2. *Competencia razione materiae*. 2.1.4.3. *Competencia rationetemporis*. 2.1.4.4. incidencia sobre competencia. 2.1.4.5. Sentencia sobre competencia de fecha 18 de diciembre de 2020. 2.1.4.6. Votos salvados en la sentencia de la Corte Internacional de Justicia sobre competencia de fecha 18 de diciembre de 2020. a. Juez Ronny Abraham. b. Juez Mohamed Bennouna. c. Juez Kirill Gevorgian. d. Juez Giorgio Gaja. 2.1.4.7. Procedimiento posterior a la sentencia de 18 de diciembre de 2020. 2.1.5. Notificaciones (Artículos 40.2 y 40.3 del Estatuto). 2.1.6. De los escritos de las partes (Artículo 46 del Reglamento; Directiva Práctica II y Directiva Práctica III). 2.1.7. Agentes (Artículo 42 del Estatuto; Artículo 42 del Reglamento); 2.1.8. Jueces ad hoc. 2.1.9. Orden del procedimiento mediante providencias de la CIJ (Artículo 44 del Reglamento); 2.1.10. Idiomas oficiales de la CIJ; 2.2. Sustanciación del proceso; 2.2.1. Alegatos y defensas; 2.2.1.1. Memoria (Artículo 43 del Estatuto; Artículos 45 y 49 del Reglamento); a. Argumentos de la República Cooperativa de Guyana; b. Réplica a los argumentos de la República Cooperativa de Guyana; b.1. Cuando sí hay aquiescencia: Caso del Laudo Arbitral dictado por el Rey de España Alfonso XIII de fecha 23 de diciembre de 1906; b.2. El argumento del mayor beneficio para Venezuela; 2.2.1.2. Contramemoria (Artículo 43 del Estatuto; Artículos 45 y 49 del Reglamento); 2.2.2. Procedimientos incidentales; 2.2.2.1. Medidas provisionales (Artículos 73 al 78 del Reglamento); 2.2.2.2. Excepciones preliminares; 2.2.2.2.1. Consideraciones generales (Artículos 79, 79bis y 79ter del Reglamento); 2.2.2.2.2. Excepciones preliminares opuestas por

* Doctor en Derecho. Profesor titular de la Universidad Católica Andrés Bello. Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela. Miembro Correspondiente Extranjero de la Academia Colombiana de Jurisprudencia. Socio fundador de Badell & Grau Despacho de Abogados.

Venezuela; 2.2.2.3. Argumentos de Venezuela en el procedimiento incidental de excepciones preliminares sobre la admisibilidad de la demanda de la República Cooperativa de Guyana; A. El Reino Unido e Irlanda del Norte es un tercero indispensable en el proceso; a. Venezuela invocó el principio del oro monetario; b. El verdadero objeto del litigio es determinar si el Reino Unido e Irlanda del Norte es responsable de un comportamiento fraudulento; c. Un fallo sobre la conducta del Reino Unido e Irlanda del Norte es un requisito previo a una decisión sobre el fondo de la controversia; d. El Reino Unido e Irlanda del Norte forma parte del Acuerdo de Ginebra del 17 de febrero de 1966; B. El efecto de *res iudicata* de la sentencia de 18 de diciembre de 2020 sobre competencia no impide la oposición de excepciones preliminares relativas a la admisibilidad de la demanda de la República Cooperativa de Guyana; a. Venezuela insistió en que existe una clara distinción entre competencia y admisibilidad que se deduce de la jurisprudencia de la CIJ; 2.2.2.4. Argumentos de la República Cooperativa de Guyana en el procedimiento incidental de excepciones preliminares sobre admisibilidad de la demanda de la República Cooperativa de Guyana; A. Respuesta de la República Cooperativa de Guyana al argumento de Venezuela según el cual el Reino Unido e Irlanda del Norte es un tercero indispensable en el proceso con fundamento el principio del oro monetario; B. Respuesta de la República Cooperativa de Guyana al argumento de Venezuela según el cual el efecto de *res iudicata* de la sentencia de 18 de diciembre de 2020 sobre competencia no impide la oposición de excepciones preliminares relativas a la admisibilidad de la demanda de la República Cooperativa de Guyana; a. Los representantes de la República Cooperativa de Guyana indicaron que la excepción preliminar de Venezuela no es de admisibilidad, sino de competencia de manera que está excluida en virtud del efecto de *res iudicata*. 2.2.2.5. Solicitudes de las partes a la CIJ. 2.2.2.6. Sentencia de la Corte Internacional de Justicia de fecha 6 de abril de 2023 sobre las excepciones preliminares presentadas por la República Bolivariana de Venezuela. a. La admisibilidad de las excepciones preliminares presentadas por la República Bolivariana de Venezuela; b. Examen de fondo de la excepción preliminar. b.1. Análisis particular del Acuerdo de Ginebra del 17 de febrero de 1966 efectuado por la CIJ. c. La Corte Internacional de Justicia ratificó su competencia; d. Declaraciones separadas; d.1. Declaración del juez Dalveer Bhandari; d.2. Opinión separada del juez Patrick Robinson; d.3. Declaración del juez Iwasawa Yuji; d.4. Declaración del juez ad hoc designado por la República Cooperativa de Guyana Rüdiger Wolfrum; d.5. Opinión parcialmente individual y parcialmente disidente del juez ad hoc designado por la República Bolivariana de Venezuela Philippe Couvreur; 2.2.3. Reconvencción (Artículo 80 del Reglamento); 2.2.4. Intervención de terceros (Artículo 62 del Estatuto; Artículos 81 al 86 del Reglamento); 2.3. Pruebas (Artículos 50, 51 y 52 del Estatuto; Artículos 57, 62, 63, 64, 66, 71, 72, 79, 79bis, 79ter del Reglamento); 2.3.1. Pruebas referidas a la violación del debido proceso; 2.3.2. Pruebas en relación al vicio de exceso de poder; 2.3.3. Pruebas relacionadas con el vicio de ultra *petita*; 2.3.4. Pruebas en relación a la falta de motivación; 2.3.5. Pruebas referidas a la falta al deber de imparcialidad; 2.3. Terminación del proceso; 2.3.1. Sentencia (Artículos 56, 57, 58, 59, 60 y 61 del Estatuto); 2.3.1.1. Carácter inapelable de las sentencias; 2.3.1.2. La Corte Internacional de Justicia y la sentencia de fondo por medio de la cual se resolverá la controversia entre la República Cooperativa de Guyana y Venezuela; 2.3.1.3. Derecho aplicable a la controversia entre la República Cooperativa de Guyana y Venezuela; 2.3.1.4. La delimitación de áreas marinas y submarinas; 2.3.2. Desistimiento (Artículos 88 y 89 del Reglamento). Referencias bibliográficas.

I. Introducción

La Academia de Ciencias Políticas y Sociales ha decidido patrocinar un libro en homenaje al académico doctor Humberto Romero-Muci, destacado jurista venezolano y valioso miembro de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, donde se ha desempeñado con brillantez como académico y, dentro de su Junta Directiva, en los cargos de tesorero, secretario, segundo y primer vicepresidente y, especialmente, tuvo una destacadísima actuación como presidente desde el 19 de marzo de 2019 hasta el mismo día del año 2021.

Humberto Romero-Muci ha desarrollado una notable carrera académica. Es profesor titular de Derecho Financiero de la Universidad Católica Andrés Bello, donde fue jefe de la cátedra; ha sido profesor en pregrado, posgrado y doctorado en la Universidad Central de Venezuela y en las Universidades Metropolitana, Universidad de Carabobo, Universidad Lisandro Alvarado y el Instituto de Desarrollo Profesional de los Colegios de Contadores Públicos del Distrito Capital y Estado Miranda.

Romero-Muci es autor de una densa y extraordinaria obra jurídica que incluye once libros, setenta y cinco artículos monográficos en revistas indizadas nacionales y extranjeras en derecho financiero y tributario, derecho administrativo de la economía y en derecho de la contabilidad; veintidós prólogos y más de cuarenta y cuatro discursos académicos.

Además de su extraordinaria inteligencia y sus atributos intelectuales y académicos, Romero-Muci posee una vigorosa capacidad de trabajo, disciplina y perseverancia, lo que se refleja en su muy exitoso desempeño profesional. Adicionalmente, el más importante de sus muchísimos méritos, Humberto Romero-Muci tiene una personalidad excepcional en la que destaca su honorabilidad, responsabilidad y seriedad, además de su generosidad y sensibilidad.

He tenido la suerte de haber cultivado con él y su maravillosa esposa, María Carrillo de Romero, una larga amistad, muy sólida y fraterna, que se extiende, para mayor fortuna, hacia nuestros hijos y demás familiares, y que constituye, sin duda, una de las más gratificantes alegrías de nuestras vidas.

Por esto me da mucho gusto sumarme a este merecido homenaje y como contribución he estimado pertinente realizar algunas consideraciones de carácter procesal sobre el procedimiento que cursa ante la Corte Internacional de Justicia (CIJ)¹, debido a que el 29 de marzo de 2018 la República Cooperativa de Guyana demandó a Venezuela ante esa CIJ y solicitó: (i) declarar la validez y efecto vinculante del laudo de 1899 y el respeto del límite establecido en el acuerdo de 1905; (ii) que Venezuela retire la ocupación en la parte oriental de la isla de

¹ Corte Internacional de Justicia, *Application instituting proceedings* de la República Cooperativa de Guyana de fecha 29 de marzo de 2018. Disponible en: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/171/171-20180329-APP-01-00-EN.pdf>.

Anacoco y demás territorios reconocidos por el laudo y el acuerdo de 1905; (iii) que Venezuela no amenace ni utilice la fuerza para impedir el desarrollo de las actividades económicas de la República Cooperativa de Guyana en su territorio; y (iv) declarar la responsabilidad de Venezuela por la violación de la soberanía de la República Cooperativa de Guyana y, en consecuencia, por las lesiones a su derecho.

En ese sentido, en primer lugar, formularemos en la introducción algunas consideraciones generales sobre la controversia por el territorio del Esequibo; luego nos referiremos al régimen jurídico de la CIJ, a sus aspectos organizativos y la competencia de ese tribunal internacional; realizaremos algunos comentarios sobre el procedimiento contencioso que se tramita ante la CIJ; nos referiremos a la forma de iniciación del procedimiento y sus fases (oral y escrita); el tratamiento jurídico de los agentes de las partes; la regulación de los jueces *ad hoc*; los aspectos probatorios; la sentencia de la CIJ y sus efectos; notificaciones; la posibilidad jurídica de solicitar a la CIJ que indique medidas provisionales de protección; la oposición de excepciones preliminares por parte de los Estados litigantes para cuestionar la competencia de la CIJ o la admisibilidad de la demanda; la demanda reconventional; la intervención de terceros Estados vinculados con la controversia y el deber que tiene la CIJ de verificar que los hechos y el derecho estén correctamente fundados en los casos de incomparecencia de una de las partes y, en general, a los aspectos procesales hasta llegar a la decisión de fondo que habrá de dictar la CIJ.

La República Cooperativa de Guyana pidió a la CIJ que: “...*resuelva la controversia que ha surgido como consecuencia de la afirmación de Venezuela, formalmente afirmada por primera vez en las Naciones Unidas en 1962, sobre que el laudo arbitral de 1899 relativo a la frontera entre la Colonia de la Guayana Británica y los Estados Unidos de Venezuela (el “Laudo de 1899” o el “Laudo”) es nulo e írrito*”².

En relación a la competencia de la CIJ para conocer de la controversia, la República Cooperativa de Guyana “*invocó la decisión del 30 de enero de 2018 del Secretario General de las Naciones Unidas, António Guterres, de elegir a la Corte como medio de solución de la controversia, en virtud de la autoridad que le confiere el acuerdo de las partes reflejado en el artículo IV, párrafo 2, del “Acuerdo para Resolver la Controversia entre Venezuela y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte sobre la frontera entre Venezuela y la Guayana Británica”, firmado en Ginebra el 17 de febrero 1966 (“Acuerdo de Ginebra”)*”³.

Con doce votos a favor y cuatro en contra, la CIJ se declaró competente mediante *dictum* de fecha 18 de diciembre de 2020 y fijó la fecha para la presentación de la memoria y contramemoria, el 8 de marzo de 2022 para la República Cooperativa de Guyana, y el 8 de marzo de 2023 para Venezuela.

² *Ídem.*

³ *Ídem.*

Recordemos que la reclamación por los territorios de la frontera oriental de Venezuela tiene su origen en 1835 con el trazado de la primera línea de demarcación por parte del geógrafo *Robert Hermann Schomburgk*, por medio de la cual se usurparon 4.920 km² de territorio venezolano.

Ese fue el inicio de la expansión del Reino Unido en el territorio del Esequibo con el objetivo de dominar el río Orinoco, lo que le permitiría el control fluvial de la parte septentrional de América del Sur y la explotación de los recursos minerales, en particular, el oro de este territorio⁴.

El Reino Unido, luego de esa primera demarcación de 1835, trazó una segunda línea *Schomburgk* que usurpó 142.000 km² de territorio venezolano. El descubrimiento en 1880 de nuevos yacimientos auríferos hizo que surgiera una tercera línea *Schomburgk* de 1887 que usurpó 167.830 km² y, ese mismo año, el Reino Unido aumentó aún más la usurpación mediante una línea que iba de la costa hasta Upata, con la cual se usurparon 203.310 km². Todo ello ocasionó la ruptura de relaciones diplomáticas entre Venezuela y el Reino Unido el 20 de febrero de 1887.

Los deseos de expandirse a otras partes del mundo y extender su dominio constituían una política no disimulada del Reino Unido en aquel momento. De forma que esto no sólo ocurrió con los territorios situados al oeste del río Esequibo que pertenecen a Venezuela, también tenemos “...*el caso de España y Gibraltar arrebatado por los ingleses y cuyas discusiones en busca de soluciones aceptables han demorado indefinidamente sin resultados concretos; o es el caso de las Islas Malvinas, arrebatadas por los ingleses a Argentina y todavía sin solución; o es el caso de Belice, respecto de Guatemala, también con los ingleses renuentes a reconocer los derechos guatemaltecos. Un cuarto caso, que nos atañe directamente a los venezolanos, es el relativo a nuestra Guayana Esequiba, en que también los ingleses vienen siendo renuentes para reconocer nuestros derechos y por la vía de la independencia a Guyana han pretendido escapar a su responsabilidad para con Venezuela*”⁵.

Venezuela, ante las crecientes tensiones con el Reino Unido, “*solicitó la mediación amistosa primero del Sumo Pontífice León XIII -la que es rechazada por el Reino Unido- y posteriormente la de los Estados Unidos*”⁶, quien invocó la

⁴ Para un estudio más detallado de la controversia véase Rafael Badell Madrid, “Comentarios sobre la controversia con Guyana” en *Libro Homenaje a Cecilia Sosa Gómez*, Tomo I, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2021, pp. 731-814.

⁵ Efraín Schacht Aristigueta, “Aspectos jurídicos y políticos del Tratado de Ginebra”, en Tomás Enrique Carrillo Batalla (Coord.), *La reclamación venezolana sobre la Guayana Esequiba*, Serie Eventos, 2, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2008. p. 26.

⁶ René De Sola, “Valuación actualizada del Acuerdo de Ginebra”, en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, número 91, Caracas, 1983.

doctrina Monroe y logró que la disputa fuera sometida a arbitraje mediante el Tratado de Washington de fecha 2 de febrero de 1897; sin embargo, el tratado de arbitraje fue negociado entre el Reino Unido y los Estados Unidos, sin participación de Venezuela.

El Tribunal Arbitral de París dictó el laudo arbitral el 3 de octubre de 1899, por medio del cual otorgó al Reino Unido más de 159.500 kilómetros cuadrados, bastantes más que el territorio al que el Reino Unido tenía derecho por habérselos cedido Holanda mediante del Tratado de Londres el 13 de agosto de 1814. El territorio que cedió Holanda al Reino Unido se concretaba a los campamentos de Demerara, Berbice y Esequibo, conformados por un espacio geográfico de no más de 32.186 kilómetros cuadrados⁷; que a su vez Holanda había adquirido de España mediante la Paz de Münster de Westfallia o Tratado de Münster. De modo que los territorios cedidos a Holanda y posteriormente al Reino Unido nunca superaron la margen oriental del río Esequibo.

El Tribunal Arbitral de París cometió una grave injusticia en contra de Venezuela, a pesar de que ésta siempre ha tenido títulos válidos sobre el territorio Esequibo que se remontan a las primeras incursiones europeas en territorio americano.

En efecto, a través de la Bula Papal de Alejandro VI de 1493, conocida como Intercétera o Inter Caetera, se otorgaron a España los títulos sobre varios territorios de la América meridional, entre ellos, el territorio Esequibo. Los que en el pasado habían sido los títulos jurídicos de España, pasaron luego a ser los de Venezuela.

Luego, el Tratado de Münster o Paz de Münster de Westfallia de fecha 24 de agosto de 1648 permitió la adquisición por parte de Holanda de los establecimientos de Berbice, Demerara y Esequibo, que antes de dicha convención pertenecían al Reino de España. Holanda, a su vez, cedió al Reino Unido todos los territorios situados al este del río Esequibo mediante el Tratado de Londres de fecha 13 de agosto de 1814.

Además de que era jurídicamente imposible otorgar esos 159.500 kilómetros cuadrados al Reino Unido, el laudo arbitral es nulo desde que incurrió en múltiples violaciones al Tratado de Washington de 1897 y al derecho internacional vigente para el momento.

En concreto, el laudo arbitral es nulo por haber violado el debido proceso; por haber incurrido en el vicio de exceso de poder; por haber decidido más allá de lo requerido al tribunal arbitral y, en consecuencia, haber incurrido en el vicio de *ultra petita*; por carecer de motivación y por falta al deber de imparcialidad de los árbitros.

⁷ *Ibíd.*, p. 84.

Los árbitros del Tribunal Arbitral de París no tomaron en cuenta el principio del *uti possidetis iuris*, fundamental para la determinación del territorio venezolano luego de la independencia en 1811.

El tribunal desconoció el ejercicio de soberanía sobre esos territorios reflejado en varias cartas y proclamas de Simón Bolívar. Los árbitros del tribunal arbitral no valoraron el hecho de que en 1822, durante la existencia de la República de Colombia, el Libertador Simón Bolívar, ante la progresiva penetración en territorio nacional de colonos británicos, “*se vio obligado a ordenar al Ministro venezolano en Londres, doctor José Rafael Revenga, elevara por tal motivo una protesta formal ante el gobierno de su majestad británica*”⁸.

La Provincia de Guayana pertenecía a la República de Colombia. Ello consta en la Ley de División Territorial de la República de Colombia de 25 de junio de 1824 que siguió vigente para Venezuela, ya separada de la unión, hasta el 28 de abril de 1856 cuando fue sancionada por el Congreso la Ley que estableció la División Territorial de la República de Venezuela que, por supuesto, abarcó la Provincia de Guayana.

Los árbitros del Tribunal Arbitral de París no tomaron en cuenta ninguno de aquellos títulos y tampoco el Tratado de Status Quo suscrito entre Venezuela y el Reino Unido producto del canje de notas diplomáticas, la primera, el 18 de noviembre de 1850 enviada por los británicos, y la segunda, el 20 de diciembre de ese mismo año, enviada por Venezuela.

El Tribunal Arbitral de París no tuvo en cuenta que el Reino Unido rompió sus compromisos internacionales con Venezuela. Los árbitros ignoraron por completo el hecho de que el Reino Unido aprovechó su condición de potencia y rechazó toda posibilidad de arreglo ofrecida por Venezuela.

De allí que la posición venezolana frente al Laudo Arbitral de París fue siempre de rechazo. La ejecución del laudo fue producto de la coacción y de la crisis interna de la frágil república venezolana que ante la fuerza del imperio británico no tuvo más opción que proceder a las labores de demarcación.

Sin embargo, luego de conocerse el Memorándum póstumo de Severo Mallet-Prevost, uno de los abogados de Venezuela en el arbitraje de París, que puso de manifiesto -una vez más- las irregularidades de ese procedimiento arbitral, se activó la importante gestión diplomática del siglo XX que desembocó en la suscripción del Acuerdo de Ginebra que es el fundamento actual en el que se basa la decisión del Secretario de la ONU, António Guterres, para remitir el caso a la CIJ.

El Acuerdo de Ginebra, suscrito en fecha de 17 de febrero de 1966, entre Venezuela, el Reino Unido y, una vez que obtuviera su independencia, la República Cooperativa de Guyana, dio lugar a la realización de buenos oficios que no solucionaron la controversia.

⁸ *Ídem*. Véase también Efraín Schacht Aristigueta, *ob. cit.*

El Acuerdo de Ginebra ratificó la eliminación del efecto de cosa juzgada del Laudo Arbitral de París. Nótese que utilizamos la expresión “ratificó” pues, efectivamente, la decisión nunca estuvo realmente protegida por el principio de intangibilidad, desde que fue un laudo viciado por violación del debido proceso, exceso de poder, inmotivación, *ultra petita* y falta al deber de imparcialidad de los árbitros. La nulidad del Laudo Arbitral de París se sintetiza en el aforismo latino *quod ab initio vitiosum est, non potest tracta temporis convalescere* que significa que aquello que es nulo desde su comienzo no podrá ser convalidado con el paso del tiempo⁹.

Poco tiempo después, el Acuerdo de Ginebra quedó suspendido por doce años en cuanto a sus efectos entre las partes con la suscripción del Protocolo de Puerto España en fecha 18 de junio de 1970, firmado por Venezuela, el Reino Unido y la República Cooperativa de Guyana. El Protocolo de Puerto España no fue renovado y volvieron a tener vigencia las disposiciones del Acuerdo de Ginebra y, de nuevo, las partes debían cumplir con el deber de encontrar un arreglo práctico a la controversia.

Transcurrió el tiempo y el Secretario General de la Organización de Naciones Unidas (ONU), Ban Ki-moon, informó a las partes que ya no sería posible nombrar un buen oficiante y que procedería a determinar el rumbo de la controversia. El 15 de diciembre de 2016 se propuso incorporar un elemento de mediación a los buenos oficios cuyo término fatal fue fijado para finales de 2017. En caso de no alcanzar una solución con este nuevo método, se establecería a la CIJ como órgano que resolvería el conflicto.

Finalmente, ante la falta de acuerdo, el Secretario General de la ONU, António Guterres, mediante carta de fecha 30 de enero de 2018 y tomando como fundamento el artículo IV.2 del Acuerdo de Ginebra y el artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas (CNU), seleccionó a la CIJ para poner fin a la disputa a través del arreglo judicial.

Con la decisión unilateral del Secretario de la ONU de remitir el caso a la CIJ se descartaron los demás medios de solución previstos en el artículo 33 de la CNU que, además, siempre debían estar en la misma línea que el Acuerdo de Ginebra.

El Laudo de París no solucionó la controversia que ahora, más de ciento veinte años después, se encuentra en la jurisdicción de la CIJ, luego de que en fecha 29 de marzo de 2018, la República Cooperativa de Guyana demandó a Venezuela ante esa CIJ, de conformidad con el párrafo primero del artículo 36 del Estatuto de la CIJ (Estatuto), el párrafo primero del artículo 40 del Estatuto y el artículo 38 del Reglamento de la CIJ (Reglamento).

⁹ Cfr. René De Sola, *ob. cit.*, p. 87.

En respuesta la CIJ, mediante sentencia de fecha 18 de diciembre de 2020, se declaró competente para conocer de la demanda con fundamento en el parágrafo 2 del artículo IV del Acuerdo de Ginebra de 17 de febrero de 1966 y el 8 de marzo de 2021 dictó una providencia (*order*), conforme a lo previsto en el artículo 48 del Estatuto, por medio de la cual estableció los plazos dentro del proceso para la presentación de la memoria y la contramemoria, con arreglo al parágrafo segundo del artículo 43 del Estatuto.

Conforme la referida resolución la República Cooperativa de Guyana tenía hasta el 8 de marzo de 2022 para presentar su Memoria, y Venezuela tendría hasta el 8 de marzo de 2023 para producir su correspondiente contramemoria. En cumplimiento de ello, el 8 de marzo de 2022, la República Cooperativa de Guyana presentó su Memoria.

Para ese momento Venezuela aún no había comparecido al proceso y había expresado su rechazo a la jurisdicción de la CIJ mediante un memorándum y una carta. El memorándum del 28 de noviembre de 2019, suscrito por el Ministro de Relaciones Exteriores Jorge Arreaza negó la jurisdicción de la CIJ y descartó la posibilidad de un arreglo judicial. En el referido memorándum se insistió en solucionar la controversia a través de la negociación y acudir a los medios políticos con arreglo al Acuerdo de Ginebra.

El 24 de julio de 2021 el Ministro de Relaciones Exteriores de Venezuela, Jorge Arreaza, dirigió una carta al Presidente de la CIJ Abdulqawui Ahmed Yusuf, por medio de la cual se insistió en las razones por las cuales la CIJ no es competente para conocer del asunto. Venezuela ratificó los argumentos expuestos en el memorándum enviado el 28 de noviembre de 2019, e insistió en que el objeto del Acuerdo de Ginebra es superar la controversia sobre la validez del Laudo Arbitral de París y sustituirla por un arreglo práctico aceptable para ambas partes.

El 6 de junio de 2022, luego de consignado el Memorial por parte de la República Cooperativa de Guyana, y cuando habían transcurrido casi tres meses del plazo para que Venezuela consignara su contramemoria, Venezuela envió una comunicación a la CIJ mediante la cual, de conformidad con el artículo 42 del Estatuto y el artículo 40 del Reglamento, designó Agente en el juicio por ante la CIJ al Embajador Samuel Moncada Acosta, Representante Permanente de Venezuela ante la ONU y Co-Agentes al Embajador Félix Plasencia González, Ex Ministro del Poder Popular para las Relaciones Exteriores de la República Bolivariana de Venezuela y a la profesora Elsie Rosales García.



Samuel Moncada Acosta
Agente de la República Bolivariana de Venezuela

El 7 de junio de 2022, Venezuela compareció ante la CIJ y opuso excepciones preliminares sobre la admisibilidad de la demanda de la República Cooperativa de Guyana, de conformidad con lo establecido en el artículo 79 del Reglamento. A consecuencia de ello, el 13 de junio de 2022 la CIJ dictó una providencia por medio de la cual fijó un plazo hasta el 7 de octubre de 2022 para que la República Cooperativa de Guyana presentara sus observaciones y alegatos sobre las objeciones preliminares planteadas por Venezuela. Además, indicó la CIJ que la determinación del procedimiento posterior sería dada a conocer en una futura decisión.

La República Cooperativa de Guyana ya ha presentado sus observaciones y alegatos escritos sobre las objeciones preliminares planteadas por Venezuela y, de conformidad con lo establecido en el párrafo segundo del artículo 79ter del Reglamento, la CIJ llamó a las partes a exponer sus alegatos en audiencias orales que se desarrollaron entre el 17 y 22 de noviembre de 2022.

A los representantes de Venezuela les correspondió exponer sus argumentos durante la primera audiencia pública que tuvo lugar el jueves 17 de noviembre de 2022. De igual manera, los representantes de la República Cooperativa de Guyana expusieron sus argumentos sobre la improcedencia de las excepciones preliminares el viernes 18 de noviembre de 2022. El lunes 21 de noviembre de 2022 Venezuela presentó su réplica a los argumentos de la República Cooperativa de Guyana, y el martes 22 de noviembre de 2022 la República Cooperativa de Guyana presentó su contrarréplica.



Corte Internacional de Justicia reunida en rondas de audiencias con ocasión de las excepciones preliminares de admisibilidad opuestas por Venezuela

El 6 de abril de 2023 la CIJ dictó sentencia sobre por medio de la cual resolvió la excepción preliminar de admisibilidad de la demanda de la República Cooperativa de Guyana presentada por la República Bolivariana de Venezuela el 7 de junio de 2022.

En primer lugar, la CIJ unánimemente encontró que la excepción preliminar presentada por la República Bolivariana de Venezuela es admisible. Luego, con catorce votos a favor y el voto en contra del Juez *ad hoc* designado por Venezuela, Juez Couvreur, la CIJ declaró sin lugar la excepción preliminar presentada por la República Bolivariana de Venezuela.

Finalmente, con catorce votos a favor y el voto en contra del Juez *ad hoc* designado por Venezuela, Juez Couvreur, la CIJ ratificó que puede decidir sobre el fondo de las reclamaciones de la República Cooperativa de Guyana, en la medida en que se encuentren dentro del ámbito del párrafo 138, subpárrafo 1, de la Sentencia del 18 de diciembre de 2020.

Luego de dictar esta sentencia, la Corte ha fijado el 8 de abril de 2024 como fecha límite para que Venezuela presente su contra-memoria.

II. La Corte Internacional de Justicia

1. Consideraciones generales

Como indicamos previamente, el 29 de marzo de 2018 la República Cooperativa de Guyana demandó a Venezuela ante la CIJ, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 36 del Estatuto de la CIJ, el párrafo primero del artículo 40 del Estatuto y el artículo 38 del Reglamento de la CIJ.

Mediante sentencia de fecha 18 de diciembre de 2020, con doce votos a favor y cuatro votos en contra, la CIJ se declaró competente para conocer la demanda, con fundamento en el parágrafo 2 del artículo IV del Acuerdo de Ginebra de 17 de febrero de 1966. La resolución de la controversia de Venezuela contra Guyana se encuentra ahora en la jurisdicción de la CIJ.

1.1. La Corte Internacional de Justicia y su régimen jurídico: Estatuto, Reglamento, Directivas Prácticas y Resoluciones

La CIJ es el órgano judicial más importante de la ONU y tiene dos funciones fundamentales, una contenciosa y otra consultiva. A través de la función contenciosa se resuelven las controversias entre Estados, teniendo como presupuesto el cumplimiento de los criterios de atribución de competencia respecto del caso particular. Por su parte, la función consultiva permite a la CIJ pronunciarse sobre cuestiones jurídicas que los propios órganos de la ONU y agentes especializados sometan a su consideración. La función consultiva se encuentra establecida en el artículo 65.1 del Estatuto en los siguientes términos: *“La Corte podrá emitir opiniones consultivas respecto de cualquier cuestión jurídica, a solicitud de cualquier organismo autorizado para ello por la Carta de las Naciones Unidas, o de acuerdo con las disposiciones de la misma”*.

Recordemos que la CIJ tiene como antecedente¹⁰ a la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI) que fue creada en 1922 por la Sociedad de Naciones con el objetivo de brindar soluciones de naturaleza judicial a las controversias entre Estados y también emitía dictámenes sobre cuestiones jurídicas bajo función consultiva. Sin embargo, la CPJI tuvo una corta duración debido a la Segunda Guerra Mundial, finalizando sus actividades en diciembre de 1939. A pesar de ello, sentó las bases para el desarrollo de la actual CIJ, que continúa con la labor de resolver controversias entre Estados mediante un proceso judicial y de manera pacífica¹¹.

¹⁰ Aunque los arreglos judiciales entre Estados suponen tomar en consideración los antecedentes más importantes en materia de solución de disputas. En efecto, el arreglo judicial es un medio pacífico para solucionar controversias entre Estados, y es precedido por otros mecanismos como la mediación, conciliación y arbitraje. En la evolución de estos mecanismos desde el siglo XVIII, hubo tres arbitrajes internacionales emblemáticos que influyeron en su posterior desarrollo. El primero fue el arbitraje entre Inglaterra y los Estados Unidos en 1794, seguido por el arbitraje entre Estados Unidos y el Reino de España en 1795. El tercer arbitraje importante fue el Laudo Arbitral dictado en septiembre de 1872 en virtud de las reclamaciones del Alabama, que se basó en el Tratado de Washington de mayo de 1871.

¹¹ Véase Eduardo Rodríguez Veltzé y Farit Rojas Tudela, “Justicia en el ámbito internacional”, *Revista Jurídica Derecho*, número 7, La Paz, 2017. Disponible en: http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2413-28102017000200004&lng=es&nrm=iso. Véase también Max Sorensen, *Manual de derecho*

La CIJ está regulada por dos instrumentos fundamentales, estos son: el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (Estatuto) y el Reglamento de la Corte Internacional de Justicia (Reglamento). Hay otras regulaciones importantes como las Directivas Prácticas de la Corte Internacional de Justicia (Directivas Prácticas) y las resoluciones adoptadas por la CIJ, en especial, las relativas a la práctica judicial interna, dictadas con arreglo al artículo 19 del Reglamento (Resoluciones).

El Estatuto es un anexo de la CNU y se considera parte integrante de ella¹², al contrario de lo que ocurrió con la CPJI, que fue establecida en forma independiente de la Sociedad de Naciones a través de un Protocolo de Firma.

El Estatuto regula en el Capítulo I la organización de la CIJ; en el II su competencia; en el III el procedimiento; en el IV lo relativo a las opiniones consultivas y, en el V su reforma. El parágrafo primero del artículo 30 del Estatuto establece “*La Corte formulará un reglamento mediante el cual determinará la manera de ejercer sus funciones. Establecerá, en particular, sus reglas de procedimiento*”.

El Reglamento de la CIJ de fecha 14 de abril de 1978 entró en vigor el 1 de julio de 1978 y sustituyó al Reglamento del 6 de mayo de 1946. El Reglamento ha sido modificado varias veces mediante enmiendas que entraron en vigor el 10 de mayo de 1972; 1 de febrero de 2001 (artículo 80), 14 de abril de 2005 (artículo 52); el 29 de septiembre de 2005 (artículo 43); el 21 de octubre de 2019 (artículos 22, 23, 29, 76, 79; además, se agregaron los artículos 79bis y 79ter); y el 25 de junio de 2020 para permitir la celebración de audiencias públicas y orales en forma telemática.

Además del Estatuto y el Reglamento existen las Directivas Prácticas de la CIJ, que son un complemento del Reglamento y de ninguna manera constituyen una modificación del aquel. Sobre ello, la primera nota al pie de página de la Directivas Prácticas señala expresamente: “*La Corte adoptó las Directivas Prácticas I a VI el 31 de octubre de 2001 para su uso por los Estados que comparecen ante él. La fecha de adopción o modificación posterior de las Directivas Prácticas se indica en las notas a pie de página del presente documento. Las Instrucciones Prácticas no suponen ninguna modificación del Reglamento de la Corte, sino que son un complemento del mismo*”¹³.

internacional público, Fondo de Cultura Económica, México, 1973, pp. 648 y ss. “*En 1940 el funcionamiento de la Corte llegó prácticamente a su fin, a consecuencia del estallido de la guerra. Después de la guerra, la cuestión del establecimiento de una corte formó parte del temario de la Conferencia de San Francisco*”.

¹² Ídem.

¹³ Véase Directivas Prácticas de la Corte Internacional de Justicia. Disponible en: <https://www.icj-cij.org/en/practice-directions>.

Las Directivas Prácticas complementan el Reglamento mediante lineamientos prácticos que facilitan la labor de la CIJ y aclaran aspectos del Reglamento que así lo requieran según el criterio de la CIJ. Como se expresa en la publicación titulada *The International Court of Justice Handbook*: “Por otra parte, desde octubre de 2001, la Corte Internacional de Justicia ha emitido unas Directivas Prácticas para uso de los Estados que comparecen ante él. Estas Directivas no suponen una modificación del Reglamento, sino que lo complementan. Son el fruto de la constante revisión de los métodos de trabajo del Tribunal, que responde a la necesidad de adaptarse al considerable crecimiento de su actividad en los últimos años”¹⁴.

Las Directivas Prácticas I a VI fueron adoptadas por la CIJ en fecha 31 de octubre de 2001. Actualmente hay un total de trece Directivas Prácticas. Esto quiere decir que desde la fecha en que se adoptaron las primeras seis Directivas Prácticas se han adoptado otras siete. En efecto, las Directivas Prácticas VII a la XIII fueron adoptadas en fechas 7 de febrero de 2002 (VII y VIII); 4 de abril de 2002 con enmienda de fecha 13 de diciembre de 2006 (IX); el 13 de diciembre de 2006 (IXbis y IXter); el 11 abril de 2013 (IXquater); el 30 de julio de 2004 (X); el 30 de julio de 2004 con enmienda de fecha 13 de diciembre de 2006 (XI); el 30 de julio de 2004 (XII) y el 30 de enero de 2009 (XIII).

Las Directivas Prácticas son una respuesta a la necesidad de adaptación de la CIJ que surge como consecuencia de su creciente actividad jurisdiccional. En ese sentido, las Directivas Prácticas cumplen una función optimizadora respecto de las funciones de la CIJ, siempre siguiendo las directrices del Estatuto y el Reglamento.

También deben tenerse en cuenta las Resoluciones, las cuales desarrollan con mayor detalle algunas disposiciones del Estatuto y del Reglamento. Especialmente, la Resolución 9 adoptada por el Consejo de Seguridad de la ONU en fecha de 15 de octubre de 1946, dictada de conformidad con parágrafo segundo del artículo 35 del Estatuto, que regula la admisión de Estados que no son parte del Estatuto. También es relevante la Resolución relativa a la Práctica Judicial Interna de la Corte, adoptada el 12 de abril de 1976 cuyo fundamento es el artículo 19 del Reglamento.

2. Aspectos procesales

Como hemos indicado precedentemente, la CIJ tiene varios instrumentos que regulan su funcionamiento, entre ellos, el Estatuto, el Reglamento, las Directivas Prácticas y las Resoluciones. Todos ellos regulan los aspectos organizativos y procedimentales de la CIJ.

¹⁴ Véase Corte Internacional de Justicia, *The International Court of Justice Handbook*, recuperado de los archivos de la web oficial de la Corte Internacional de Justicia en el apartado de publicaciones. p. 18. Disponible en: <https://www.icj-cij.org/public/files/publications/handbook-of-the-court-en.pdf>.

Nos referiremos a los aspectos procedimentales dividiendo el proceso ante la CIJ en tres etapas: (i) iniciación del procedimiento; (ii) sustanciación del procedimiento y (iii) extinción del procedimiento. A tales fines, vamos a referirnos al marco normativo general que regula cada uno de los aspectos procedimentales particulares regulados en cada uno de los instrumentos que gobierna el proceso ante la CIJ.

2.1. Iniciación del procedimiento

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 40.1 del Estatuto, los procedimientos ante la CIJ se inician mediante la notificación del compromiso o a través de una solicitud formulada por una de las partes y dirigida al Secretario de la CIJ con indicación del objeto de la controversia y la identificación de las partes¹⁵.

2.1.1. Inicio del procedimiento mediante solicitud de iniciación (Artículo 40.1 del Estatuto)

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 40.1 del Estatuto, los procedimientos ante la CIJ pueden iniciarse a través de una solicitud formulada por una de las partes y dirigida al Secretario de la CIJ con indicación del objeto de la controversia y la identificación de las partes. En cuanto a la legitimación procesal, cualquiera de las partes podría estar legitimada para demandar y ser demandada siempre que sean partes del Estatuto de la CIJ.

La controversia entre la República Cooperativa de Guyana y Venezuela ante la CIJ fue iniciada por la República Cooperativa de Guyana mediante solicitud de fecha 29 de marzo de 2018. La República Cooperativa de Guyana solicitó a la CIJ: (i) declarar la validez y efecto vinculante del laudo de 1899 y el respeto del límite establecido en el Acuerdo de 1905; (ii) que Venezuela retire la ocupación en la parte oriental de la isla de Anacoco y demás territorios reconocidos por el Laudo Arbitral de París y el acuerdo de 1905; (iii) que Venezuela no amenace ni utilice la fuerza para impedir el desarrollo de las actividades económicas de Guyana en su territorio; y (iv) declarar la responsabilidad de Venezuela por la violación de la soberanía de Guyana y, en consecuencia, por las lesiones a su derecho.

La CIJ, luego haber efectuado un análisis sobre los aspectos históricos y jurídicos pertinentes relativos al diferendo territorial entre la República Cooperativa de Guyana y la República Bolivariana de Venezuela decidió, mediante sentencia del 18 de diciembre de 2020, que:

¹⁵ Artículo 40.1 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia: “1. *Los negocios serán incoados ante la Corte, según el caso, mediante notificación del compromiso o mediante solicitud escrita dirigida al Secretario. En ambos casos se indicarán el objeto de la controversia y las partes*”.

1. Es competente para conocer de la Demanda presentada por la República Cooperativa de Guyana el 29 de marzo de 2018 en la medida en que se refiere a la validez del Laudo Arbitral de 3 de octubre de 1899 y a la cuestión conexa de la solución definitiva de la controversia sobre límites terrestres entre la República Cooperativa de Guyana y la República Bolivariana de Venezuela (doce votos a favor y cuatro en contra).
2. No es competente para conocer de las reclamaciones de la República Cooperativa de Guyana derivadas de hechos ocurridos después de la firma del Acuerdo de Ginebra de fecha 17 de febrero de 1966. (Decisión unánime)¹⁶.

Seguidamente el Secretario de la CIJ procedió, como lo ordena el artículo 40.2, a notificar la solicitud a todos los interesados en la controversia. También debieron ser notificados, de acuerdo con el artículo 40.3, los miembros de la ONU a través del Secretario General de esa organización y los demás Estados con derecho a comparecer en la CIJ.

2.1.2. Inicio del procedimiento mediante notificación de acuerdo especial (Artículo 40.1 del Estatuto; Artículo 46 del Reglamento; Directiva Práctica I)

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 40.1 del Estatuto, los procedimientos ante la CIJ pueden iniciar mediante la notificación del compromiso suscrito por las partes. Ese compromiso es el instrumento mediante el cual se fundamenta la jurisdicción de la CIJ.

2.1.3. Inicio del procedimiento mediante remisión especial (Artículo 87 del Reglamento)

También se puede iniciar un procedimiento ante la CIJ mediante la remisión especial a la CIJ efectuada con arreglo a lo dispuesto en un tratado o convención vigente, cuando la controversia que se pretende dirimir ya ha sido conocida por otro órgano internacional. El artículo 87 del Reglamento lo establece en el párrafo primero el cual indica lo siguiente:

“1. Cuando de acuerdo con un tratado o una convención en vigor es llevado ante la Corte un asunto contencioso concerniente a una cuestión que ha sido ya objeto de un procedimiento ante otro órgano internacional, se aplicarán las disposiciones del Estatuto y de este Reglamento en materia contenciosa”.

¹⁶ Véase International Court of Justice, “Judgment of 18 December 2020. Jurisdiction of the Court”, p. 42. Disponible en: https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/171/171_20201218_JUD_01-00-EN.pdf.

El artículo 87 del Reglamento también regula en el párrafo segundo los requisitos formales que deben acompañar la solicitud de iniciación de un procedimiento a través del mecanismo de remisión especial a la CIJ. Dicha norma señala:

“2. La solicitud incoando el procedimiento indicará la decisión o el acto del órgano internacional interesado e irá acompañada de copia de la decisión o del acto; las cuestiones suscitadas con respecto a esa decisión o acto, que serán enunciadas en términos precisos en la solicitud, constituirán el objeto de la controversia ante la Corte”.

2.1.4. Competencia

El Capítulo II del Estatuto regula la competencia la CIJ. Con fundamento en los artículos que conforman este capítulo, la CIJ decide qué casos está jurídicamente habilitada para conocer, de allí que éste sea un tema de fundamental importancia en la comprensión del funcionamiento de la CIJ.

Es necesario ratificar que sólo los Estados podrán ser partes en asuntos ante la CIJ, de manera que otros tipos de organizaciones y personas naturales no tendrán la condición de partes en los procedimientos ante la CIJ. Siempre podrá la CIJ, de acuerdo con el Reglamento, solicitar y recibir de organizaciones internacionales públicas información sobre asuntos objeto de litigio ante la CIJ (Artículo 34 del Estatuto).

2.1.4.1. Competencia *ratione personae*

La competencia *ratione personae* es la competencia jurisdiccional “por razón o la índole de la persona, cuando ella decide la competencia judicial para entender en un caso litigioso”¹⁷. En el contexto de la CIJ, la competencia *ratione personae* para conocer de un determinado asunto permite a un Estado acudir en un caso contencioso ante ese órgano jurisdiccional internacional.

El acceso a la CIJ se restringe a Estados miembros de la ONU y a los no miembros que sean admitidos de acuerdo con el artículo 93.2 de la CNU, el cual establece que *“Un Estado que no sea Miembro de las Naciones Unidas podrá llegar a ser parte en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, de acuerdo con las condiciones que determine en cada caso la Asamblea General a recomendación del Consejo de Seguridad”*¹⁸.

En principio, la CIJ es una instancia de la que disponen los Estados que son parte del Estatuto. Sin embargo, tal y como lo establece el artículo 35 del Estatuto,

¹⁷ Manuel Ossorio, *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*, Heliasta, Buenos Aires, 2005. p. 802.

¹⁸ *Cfr.* Max Sorensen, *ob. cit.*, p. 650.

la CIJ estará abierta a otros Estados siempre que cumplan con las condiciones fijadas por el Consejo de Seguridad de la ONU, en observancia de las disposiciones especiales de los tratados vigentes.

El artículo 35 del Estatuto debe concordarse con el artículo 41 del Reglamento que establece que: “La incoación de un procedimiento por un Estado que no es parte en el Estatuto pero que ha aceptado la jurisdicción de la Corte en virtud del párrafo 2 del Artículo 35 del Estatuto, **mediante una declaración hecha de acuerdo con una resolución adoptada por el Consejo de Seguridad de conformidad con ese Artículo**, deberá ir acompañada del depósito de dicha declaración, a no ser que ésta haya sido depositada con anterioridad en la Secretaría de la Corte. La Corte decidirá cualquier cuestión que se suscite sobre la validez o efecto de tal declaración” (Resaltado añadido).

La resolución del Consejo de Seguridad de la ONU a la que alude el artículo 41 del Reglamento es la adoptada en fecha 15 de octubre de 1946, según la cual los Estados que no forman parte del Estatuto pueden “*tener acceso depositando ante el Registrador de la Corte una declaración general o especial, es decir, una declaración extensiva a una generalidad de casos, o a un caso o grupo de casos determinados*”¹⁹.

Sin embargo, las condiciones impuestas no deben ocasionar que una de las partes quede en posición de desigualdad ante la CIJ. Esta condición, junto a la aceptación del Estatuto y del artículo 94 de la CNU han sido determinantes para admitir la competencia de la CIJ respecto de un Estado que no es miembro del Estatuto²⁰.

Las condiciones para ser parte del Estatuto que se mencionan en el artículo 93.2 de la CNU fueron establecidas por la Asamblea General de la ONU en diciembre de 1946, los requisitos fijados fueron: “*aceptación del Estatuto, compromiso de cumplir las decisiones de la Corte y contribución a los gastos de ella*”²¹.

Los Estados no miembros de la ONU con acceso a la CIJ que cumplan con las condiciones para ser parte, deberán contribuir con los gastos de dicho órgano jurisdiccional con arreglo al artículo 35 del Estatuto.

2.1.4.2. Competencia *ratione materiae*

La competencia *ratione materiae* es la competencia del órgano “por razón de la materia, por el fondo del asunto”²². En efecto, “se trata de las reglas de

¹⁹ *Ibíd.*, p. 651.

²⁰ *Ídem.*

²¹ Hugo Llanos Mansilla, *Teoría y práctica del Derecho Internacional Público*, primera edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1980. p. 590.

²² Manuel Ossorio, *ob. cit.*, p. 802.

competencia de jueces y tribunales”²³. A su vez la competencia *ratione materiae* se subdivide en obligatoria y convencional²⁴. La competencia de la CIJ es obligatoria cuando se fundamenta en el artículo 36.1 del Estatuto. Esta norma establece que la competencia de la CIJ es extensiva a todos los litigios que las partes sometan a su conocimiento.

Asimismo, la CIJ es competente para conocer de los asuntos previstos en la CNU y en los demás tratados y convenciones vigentes (Artículo 36 del Estatuto).

Por lo que se refiere a la competencia *ratione materiae* obligatoria, en virtud del segundo párrafo del artículo 36 del Estatuto, los Estados que forman parte del Estatuto podrán manifestar su reconocimiento de la competencia de la CIJ como obligatoria *ipso facto* sin que medie un convenio especial. Para ello se requiere, lógicamente, la misma manifestación de voluntad del otro Estado involucrado en el asunto, el cual podrá versar sobre:

- a. la interpretación de un tratado;*
- b. cualquier cuestión de derecho internacional;*
- c. la existencia de todo hecho que, si fuere establecido, constituiría violación de una obligación internacional;*
- d. la naturaleza o extensión de la reparación que ha de hacerse por el quebrantamiento de una obligación internacional”.*

El artículo 36.3 del Estatuto establece la denominada cláusula opcional que permite a las partes someter su declaración reconociendo la competencia de la CIJ a una condición de reciprocidad o una condición de tiempo. La condición de reciprocidad implica que una parte declara aceptar la competencia de la CIJ, bajo la condición de que la contraparte también lo haga. En cuanto a las condiciones de tiempo, una de las partes declara aceptar la competencia de la CIJ, sólo si la contraparte la acepta dentro de un período de tiempo determinado. Tales declaraciones no requieren ser idénticas. En efecto, la CIJ sostuvo en los casos *Anglo-Iranian Oil Company* del año 1952 y en el caso *Norwegian Loans* del año 1957, no se requieren “*declaraciones idénticas de ambas partes, sino que ambas declaraciones deben conferir jurisdicción con respecto al conflicto sometido a adjudicación*”²⁵.

Esta clase de declaraciones que fundamentan la competencia de la CIJ deberán remitirse para su depósito al Secretario General de la ONU, quien enviará copias de esas manifestaciones de voluntad a las partes del Estatuto y al Secretario de la CIJ (Artículo 36 del Estatuto, párrafo cuarto).

²³ *Ídem.*

²⁴ *Cfr. Max Sorensen, ob. cit., p. 651.*

²⁵ Véase con especial atención, Max Sorensen, *ob. cit.*, p. 653. Asimismo lo habían establecido fallos de la CPJI como los de los casos *Phosphates in Morocco* del año 1938 y *Electricity Co. Of Sofia* de 1939.

Por otra parte, la competencia es convencional cuando las partes deciden someter el asunto a la CIJ. En múltiples oportunidades la CIJ “*declaró que su jurisdicción se basaba en la voluntad de las partes, en su consentimiento para someterse a su jurisdicción*”²⁶.

Eso ocurrió durante la existencia de la Corte Permanente de Justicia Internacional, en el caso *Minorities Schools in Upper Silesia* en el año 1922 y, entre otros, el caso *Monetary Gold* de 1954 resuelto por la actual CIJ²⁷.

En el caso del Canal de Corfú la competencia de la CIJ fue convencional, desde que la CIJ indicó “*que aun cuando Albania, que no era parte del Estatuto, hubiera tenido derecho a objetar la jurisdicción de la Corte en virtud de la iniciación unilateral del procedimiento por el Reino Unido, no podía ya hacerlo, puesto que ella, en su carta a la Corte del 2 de julio de 1947, expresó que había aceptado la recomendación del Consejo de Seguridad y la jurisdicción de la Corte sobre este caso*”²⁸ (Resaltado añadido).

En sentencia de 18 de diciembre de 2020, la CIJ se declaró competente para conocer la controversia relativa al caso 171 iniciado por la República Cooperativa de Guyana en contra de Venezuela en los siguientes términos: “*En cuanto a su competencia ratione materiae, el Tribunal recuerda que el Artículo I del Acuerdo de Ginebra se refiere a la controversia que ha surgido entre las partes del Acuerdo de Ginebra como resultado de la afirmación de Venezuela de que el Laudo de 1899 sobre la frontera entre la Guayana Británica y Venezuela es nulo*”²⁹.

2.1.4.3. Competencia *ratione temporis*

La competencia *ratione temporis* se relaciona, en primer lugar, con el derecho que tienen los Estados partes de acceder a la CIJ para el momento en que inicia el procedimiento³⁰. La competencia *ratione temporis* también se relaciona con la limitación en el tiempo del alcance de la competencia de la CIJ, que puede ser determinada por las partes en el compromiso o posteriormente por la propia CIJ.

Particularmente, en el caso relativo a la controversia entre la República Cooperativa de Guyana y Venezuela, la CIJ decidió por unanimidad en la

²⁶ *Ibíd.*, p. 652.

²⁷ *Ídem.*

²⁸ *Ídem.*

²⁹ Sentencia de fecha 18 de diciembre de 2020 a través de la cual la Corte Internacional de Justicia se declaró competente para conocer la controversia iniciada por la República Cooperativa de Guyana en contra de Venezuela de fecha 29 de marzo de 2018. Disponible en: https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/171/171_20201218_JUD_01-00-EN.pdf.

³⁰ Max Sorensen, *ob. cit.*, p. 654.

sentencia sobre competencia de fecha 18 de diciembre de 2020 que sólo es competente para decidir hechos anteriores a la firma del Acuerdo de Ginebra de 17 de febrero de 1966 y los hechos posteriores no serán valorados.

La CIJ indicó que: *“La controversia a la que se refiere el Acuerdo de Ginebra es la que había cristalizado en el momento de la celebración del Acuerdo - El Tribunal no tiene jurisdicción para conocer de las reclamaciones de Guyana derivadas de hechos ocurridos después la firma del Acuerdo de Ginebra”*³¹.

2.1.4.4. Incidencia sobre competencia

Luego introducida la demanda por la República Cooperativa de Guyana en fecha 28 de marzo de 2018, se dio inicio la fase escrita del procedimiento. En esta etapa, en fecha 19 de noviembre de 2018, Guyana consignó una memoria con sus argumentos sobre el asunto de la competencia.

La República Cooperativa de Guyana ha sostenido que la CIJ tiene jurisdicción para conocer el asunto. A estos efectos, se fundamentó en el artículo IV.2 del Acuerdo de Ginebra que contiene un reenvío al artículo 33 de la Carta de Naciones Unidas que establece varios medios de solución pacífica de controversias entre Estados. En efecto el artículo 33 de la Carta de Naciones Unidas indica:

“Las partes en una controversia cuya continuación sea susceptible de poner en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales tratarán de buscarle solución, ante todo, mediante la negociación, la investigación, la mediación, la conciliación, el arbitraje, el arreglo judicial, el recurso a organismos o acuerdos regionales u otros medios pacíficos de su elección”.

Para la República Cooperativa de Guyana es indiscutible que la jurisdicción de la CIJ se fundamenta en el consentimiento manifestado por las partes, tal como lo prevé el artículo 36.1 del Estatuto de la CIJ. La República Cooperativa de Guyana sostuvo que el consentimiento no requiere ser expresado bajo una forma particular para activar la jurisdicción de la CIJ y consideró que el artículo IV.2 del Acuerdo de Ginebra, en concordancia con el artículo 33 de la Carta de Naciones Unidas, equivalía al consentimiento de las partes requerido para fundamentar la jurisdicción de la CIJ.

Venezuela, por el contrario, no consignó la correspondiente contramemoria y se limitó al envío de dos cartas y un memorándum por medio de los cuales rechazó la competencia de la CIJ para conocer la disputa territorial sin comparecer formalmente en el procedimiento ante la CIJ.

³¹ Sentencia de fecha 18 de diciembre de 2020 a través de la cual la Corte Internacional de Justicia se declaró competente para conocer la demanda presentada por la República Cooperativa de Guyana el 29 de marzo de 2018. Disponible en: https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/171/171_20201218_JUD_01-00-EN.pdf.

- **Carta del Ministro de Relaciones Exteriores, Jorge Arreaza, de fecha 28 de noviembre de 2019 dirigida al Presidente de la CIJ, Abdulqawui Ahmed Yusuf**

El objeto de esta carta es presentar el memorándum de la misma fecha y sus anexos, para facilitar a la CIJ el cumplimiento del deber que impone el artículo 53.2 del Estatuto, que es del siguiente tenor:

“Antes de dictar su decisión, la Corte deberá asegurarse no sólo de que tiene competencia conforme a las disposiciones de los Artículos 36 y 37, sino también de que la demanda está bien fundada en cuanto a los hechos y al derecho”.

- **Memorándum dirigido a la CIJ, de fecha 28 de noviembre de 2019, con motivo de la demanda interpuesta por la República Cooperativa de Guyana en fecha 29 de marzo de 2021**

Este memorándum emitido por el gobierno venezolano y suscrito por el Ministro de Relaciones Exteriores de Venezuela, Jorge Arreaza, se explican a la CIJ los fundamentos de la posición de Venezuela respecto del procedimiento iniciado por la República Cooperativa de Guyana.

El Memorándum se estructura en tres capítulos, cada uno de ellos en apoyo a la posición asumida por el Gobierno Nacional de no participar en el procedimiento ante la CIJ por considerar que la misma no tiene jurisdicción para dirimir la controversia.

En el primer capítulo se explican las generalidades del Acuerdo de Ginebra de fecha 17 de enero de 1966 y la experiencia desde su creación, que comienza con el fracaso de la Comisión Mixta y pasan por el congelamiento de la controversia con el Protocolo de Puerto España, hasta llegar a los hechos que llevaron al Secretario General de las Naciones Unidas, António Guterres, a elegir a la CIJ como órgano encargado de resolver la disputa mediante un arreglo judicial.

El segundo capítulo analiza lo dispuesto en el artículo IV.2 del Acuerdo de Ginebra que -como explicamos antes- estableció las facultades del Secretario General de Naciones Unidas. Este análisis es llevado a cabo teniendo en cuenta el contexto en el que se creó el Acuerdo de Ginebra y la intención de las partes al suscribirlo que se desprende de la práctica, de las discusiones y de los trabajos preparatorios del convenio. Todo lo anterior para llegar a la conclusión de que la elección de un medio de composición por parte del Secretario de Naciones Unidas no es fundamento suficiente para la jurisdicción de la CIJ.

Por último, el tercer capítulo del memorándum hace énfasis en la discordancia entre el objeto de la controversia en el marco del Acuerdo de Ginebra y el objeto de la pretensión incoada por la República de Guyana ante la CIJ. El Acuerdo de Ginebra no tiene el objetivo de establecer la validez o nulidad del

Laudo Arbitral de París, que es la pretensión de Guyana ante la CIJ. Tal discusión habría imposibilitado que se adoptara el Acuerdo de Ginebra debido a los antagónicos puntos de vista de las partes. Por el contrario, el objeto del Acuerdo de Ginebra es resolver de manera práctica y pacífica la contención sobre la soberanía del territorio disputado, lo que no involucra el asunto del laudo. En ese momento, la posición del gobierno fue negar la jurisdicción de la CIJ, descartando la posibilidad de un arreglo judicial invitando a la contraparte a una negociación, acompañada de la implementación de medios políticos en observancia de lo dispuesto por el Acuerdo de Ginebra.

- **Carta del Ministro de Relaciones Exteriores de Venezuela, Jorge Arreaza, de fecha 24 de julio de 2020, dirigida al Presidente de la CIJ, Abdulqawui Ahmed Yusuf donde, en atención a la colaboración que Venezuela se comprometió a prestar en el procedimiento, se ratifican las razones por las cuales la CIJ no es competente para conocer del asunto**

Mediante esta carta el gobierno nacional ratificó los argumentos que ya había expuesto en el memorándum enviado el 28 de noviembre de 2019. Se recordó a la CIJ que el objeto del Acuerdo de Ginebra consiste en superar la controversia sobre la validez del Laudo Arbitral de París del 3 de octubre de 1899 y la necesidad de sustituir esta vía por un arreglo práctico y aceptable para ambas partes.

Se insistió en que, de acuerdo con el artículo IV.2 del Acuerdo de Ginebra, la elección de los medios de solución por parte del Secretario General de Naciones Unidas debe obedecer a criterios de progresividad. Esto significa que los medios allí contemplados sólo pueden seguirse en orden gradual, eligiendo el siguiente cuando el anterior ha fracasado. La elección del Secretario de Naciones Unidas debe ser consentida por ambas partes. Esto no ocurrió en este caso.

Finalmente, se recordó a la CIJ que la elección de uno de los medios de solución por parte del Secretario de las Naciones Unidas no tiene carácter autoejecutable y por lo tanto, en ausencia de un acuerdo especial que lo sustente, no existe jurisdicción que permita el arreglo judicial por parte de este órgano de justicia internacional.

De los documentos anteriormente comentados se deduce que la posición inicial de Venezuela fue negar la competencia de la CIJ para conocer la disputa territorial. En efecto, se sostiene que: *“como informó Venezuela al Tribunal, la Corte carece manifiestamente de jurisdicción (de ahí la decisión de Venezuela de no participar en el procedimiento)”*.³²

³² Para una síntesis sobre la posición asumida por Venezuela en relación a la competencia de la Corte Internacional de Justicia véase la Carta del Ministro del Poder Popular para las Relaciones Exteriores dirigida a la Corte Internacional de

De conformidad con el memorándum y cartas resumidas en líneas anteriores, Venezuela fundamentó su rechazo a la competencia de la CIJ en los siguientes argumentos:

- a) El Acuerdo de Ginebra, una convención vinculante para las partes prevé que la solución de la controversia entre Venezuela y Guyana debe ser alcanzada mediante un arreglo práctico. De allí que *“según el preámbulo, debe ser resuelta amistosamente de manera aceptable para ambas partes”*³³. Para el gobierno venezolano, ese es el espíritu que debe mantener toda interpretación del acuerdo.
- b) En las negociaciones del Acuerdo de Ginebra, tanto el Reino Unido como Guyana *“se resistieron ferozmente a los medios jurídicos de solución, incluido el recurso a la Corte, propuesto como último recurso por el Sr. Iribarren Borges, que era entonces Ministro de Relaciones Exteriores de Venezuela”*³⁴, por lo que la idea de recurrir ahora a la CIJ es contradictoria.
- c) Los mecanismos de solución de la controversia previstos en el artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas deben ser aplicados en forma *“sucesiva, gradual y progresiva”*³⁵ y no de manera discrecional. Existen otros medios de naturaleza política, como la mediación, que aún no han sido agotados. Pasar directamente a la elección de la CIJ como instancia para dirimir la controversia *“es un salto que no es coherente con el procedimiento acordado y claramente no es la forma más adecuada para lograr el propósito y el objetivo del Acuerdo de Ginebra”*³⁶.
- d) La disposición del artículo IV.2 del Acuerdo de Ginebra no equivale al consentimiento que deben manifestar las partes para someterse a la jurisdicción de la CIJ. Si bien el artículo IV.2 hace referencia al artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas, resulta indispensable suscribir un acuerdo donde conste el consentimiento expreso de las partes de someter la controversia a la jurisdicción de la CIJ. Dicho acuerdo es *“indispensable para establecer el papel de la Corte, el objeto de la controversia, y las fuentes del derecho y los elementos de equidad”*³⁷ que deben ser considerados por la CIJ.

Justicia de fecha 24 de julio de 2020, traducción libre. Disponible en: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/171/171-20200724-OTH-01-00-EN.pdf>.

³³ *Ídem.*

³⁴ *Ídem.*

³⁵ *Ídem.*

³⁶ *Ídem.*

³⁷ *Ídem.*

- e) Por considerar que la CIJ carece de competencia para conocer el asunto, el gobierno venezolano ha determinado que no existe necesidad de responder a los argumentos de fondo presentados por la República Cooperativa de Guyana en la demanda de 29 de marzo de 2018.

Luego, ante el planteamiento de Venezuela sobre la competencia de la CIJ, manifestado en las cartas y el memorándum, se inició un procedimiento incidental sobre competencia de la CIJ que consistió en una audiencia celebrada públicamente y en modalidad virtual, el día martes 30 de junio de 2020, a las 2 de la tarde en el Palacio de la Paz en la Haya, presididas por el Presidente de la CIJ, Abdulqawi Ahmed Yusuf. Dicha audiencia tuvo una duración de tres horas y cuarenta minutos.

En este caso se procedió como lo ordena el artículo 36.6 del Estatuto que prevé que si existe disputa en cuanto a la competencia de la CIJ, ella misma decidirá al respecto. El artículo 36.6 establece que *“En caso de disputa en cuanto a si la Corte tiene o no jurisdicción, la Corte decidirá”*.

2.1.4.5. Sentencia sobre competencia de fecha 18 de diciembre de 2020

Mediante sentencia de fecha 18 de diciembre de 2020, la CIJ decidió la incidencia sobre competencia iniciada de conformidad con el artículo 36.6 del Estatuto y se declaró competente para conocer de la demanda incoada por la República Cooperativa de Guyana en contra de Venezuela³⁸.

- a) La CIJ fundamentó su decisión en el parágrafo 2 del artículo IV del Acuerdo de Ginebra del 17 de febrero de 1966, el cual establece:

“Si dentro de los tres meses siguientes a la recepción del Informe final el Gobierno de Venezuela y el Gobierno de Guyana no hubieren llegado a un acuerdo con respecto a la elección de uno de los medios de solución previstos en el Artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas, referirán la decisión sobre los medios de solución a un órgano internacional apropiado que ambos Gobiernos acuerden, o de no llegar a un acuerdo sobre este punto, al Secretario General de las Naciones Unidas. Si los medios así escogidos no conducen a una solución de la controversia, dicho órgano, o como puede ser el caso, el Secretario General de las Naciones Unidas, escogerán otro de los medios estipulados en el Artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas, y así sucesivamente, hasta que la controversia haya sido resuelta, o hasta que todos los

³⁸ Véase Corte Internacional de Justicia, *Judgment of 18 December 2020* sobre la jurisdicción de la corte de fecha 18 de diciembre de 2020. Disponible en: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/171/171-20201218-JUD-01-00-EN.pdf>.

medios de solución pacífica contemplados en dicho Artículo hayan sido agotados”³⁹ (Resaltado añadido).

- b) En el caso de la contención entre Venezuela y la República Cooperativa de Guyana, la decisión fue referida al Secretario General de la ONU. Según la CIJ, el Secretario General de la ONU podría escoger otro de los mecanismos establecidos en el artículo 33 de la CNU. Dicha disposición establece en su numeral 1:

*“Las partes en una controversia cuya continuación sea susceptible de poner en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales tratarán de buscarle solución, ante todo, mediante la negociación, la investigación, la mediación, la conciliación, el arbitraje, el arreglo judicial, el recurso a organismos o acuerdos regionales u otros medios pacíficos de su elección”*⁴⁰ (Resaltado añadido).

- c) La CIJ tuvo en cuenta que el artículo previamente citado menciona entre los mecanismos de solución al arreglo judicial. De manera que el artículo IV.2 faculta al Secretario General de la ONU para la elección de los medios establecidos en el artículo 33 de la CNU y, en consecuencia, le permite elegir el arreglo judicial como vía de solución.
- d) En ejercicio de dicha potestad, el Secretario General de la ONU, António Guterres, mediante una carta de fecha 30 de enero de 2018 -que hizo llegar a ambas partes- expresó que había elegido la CIJ como próxima instancia en la resolución del conflicto.
- e) Según la CIJ, el razonamiento anterior debe ser observado en atención al artículo 36 del Estatuto cuyo primer numeral permite extender su competencia a todas las contenciones que las partes sometan a ella:

*“La competencia de la Corte se extiende a todos los litigios que las partes le sometan y a todos los asuntos especialmente previstos en la Carta de las Naciones Unidas o en los tratados y convenciones vigentes”*⁴¹.

Con esa decisión unánime, la CIJ estableció la fecha crítica de la controversia que determina el alcance de su competencia en el tiempo y lo limita al momento de la firma del Acuerdo de Ginebra. Ello equivale a decir que la CIJ conocerá del

³⁹ Véase Héctor Faúndez Ledesma, *La competencia contenciosa de la Corte Internacional de Justicia y el caso Guayana vs. Venezuela*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales - Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2020, pp. 349 y ss.

⁴⁰ *Ídem*.

⁴¹ Véase Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Disponible en: <https://www.icj-cij.org/public/files/statute-of-the-court/statute-of-the-court-es.pdf>.

asunto en cuanto a los hechos ocurridos antes de 17 de febrero de 1966. Por supuesto que deberá considerar también las normas del Acuerdo de Ginebra, que es el instrumento en el que la CIJ fundamentó su competencia para conocer el caso.

Conviene enfatizar ahora la importancia del Acuerdo de Ginebra, cuya firma no sólo constituye el límite temporal de la competencia de la CIJ, sino que además es un instrumento vinculante para Venezuela, el Reino Unido y la República Cooperativa de Guyana que reconoce la histórica reclamación venezolana respecto de nulidad del Laudo Arbitral de París del 3 de octubre de 1899.

El reconocimiento de una controversia respecto de la validez del Laudo Arbitral de París mediante el Acuerdo de Ginebra sugiere que el fallo no está protegido por el principio de intangibilidad de la cosa juzgada. Incluso si no existiera el Acuerdo de Ginebra, el Laudo Arbitral de París tampoco estaría protegido por el principio de intangibilidad desde que es una decisión que adolece de vicios evidentes que acarrearán su nulidad y sólo tienen esa protección de intangibilidad los fallos que han sido debidamente dictados.

En este sentido téngase en cuenta el contenido del memorándum enviado por el Dr. Andrés Aguilar Madwsley al Dr. Rafael Caldera en abril de 1966 referido al Acuerdo de Ginebra suscrito el 17 de febrero de ese mismo año:

“No hay que descartar la posibilidad de que sobre estos puntos o sobre otros, después de prolongadas y laboriosas discusiones, se llegue a la conclusión de que no es posible llegar a un compromiso arbitral aceptable para ambas partes. En tal caso, no quedaría otro recurso que el arreglo judicial. Según la interpretación oficial, el Acuerdo implica el reconocimiento por parte del Reino Unido y eventualmente del nuevo Estado de Guayana de la competencia de la Corte Internacional de Justicia. Aun cuando hay quienes piensan que esta interpretación es discutible, porque el Acuerdo no hace expresa referencia a la Corte Internacional de Justicia, supongamos que esta cuestión no se plantea o si se suscita, la Corte se declara en definitiva competente para conocer del litigio... En este supuesto, la Corte puede adoptar el punto de vista de que su competencia se limita exclusivamente a examinar... la controversia entre Venezuela y el Reino Unido surgida como consecuencia de la contención venezolana de que el Laudo Arbitral de 1899, sobre la frontera entre Venezuela y Guayana Británica es nulo e írrito según los términos del Artículo 1 del Acuerdo. En otras palabras, la Corte puede decidir solamente sobre la validez de dicho Laudo... Hay que admitir, en cambio, que el Acuerdo enerva dicho Laudo, no porque en él se reconoce de la existencia de la controversia - como han sostenido algunos - sino porque el Reino Unido ha convenido en un procedimiento que, teóricamente al menos, podría tener por consecuencia dejarlo sin efecto. Se mejora así, sin duda, la posición jurídica de Venezuela que antes no tenía ningún medio de obligar al Reino Unido a someter la

cuestión a un tribunal arbitral o judicial. Este es sin duda el aspecto más positivo del Acuerdo de Ginebra, que sería mezquino silenciar o desconocer pero que sería imprudente exagerar. Por ello, es necesario subrayar que una interpretación objetiva del Acuerdo no permite afirmar que la cuestión va a ser resuelta necesariamente por los medios en el contemplados... Ahora bien, el Reino Unido y el nuevo Estado de Guayana pueden alegar ante la Corte Internacional de Justicia la autoridad de cosa juzgada del Laudo Arbitral de 1899 y la aquiescencia de Venezuela. En efecto, según lo dispuesto en el párrafo (1) del Artículo V del Acuerdo "...nada de lo contenido en este Acuerdo será interpretado como una renuncia o disminución por parte de Venezuela, el Reino Unido o la Guayana Británica, de cualesquiera bases de reclamación de soberanía territorial en los Territorios de Venezuela o de Guayana Británica o de cualesquiera derechos que se hubiesen hecho valer previamente, o de reclamaciones de tal soberanía territorial o como prejuzgando su posición con respecto a su reconocimiento o no reconocimiento de un derecho a reclamo o base de reclamo por cualquiera de ellos sobre tal soberanía territorial. A estas excepciones y defensas podría oponer Venezuela el argumento de que la celebración misma del Acuerdo es un reconocimiento expreso o al menos tácito de que no ha habido tal aquiescencia y de que en todo caso el Reino Unido al aceptar el procedimiento en él previsto ha renunciado tácitamente a prevalerse de estos medios de defensa. Podría así mismo alegar que las condiciones internas e internacionales imperantes en 1899 y en los años siguientes, así como el descubrimiento muchos años más tarde de documentos que confirmaron las vehementes sospechas que tenía Venezuela de que había sido víctima de un arreglo entre dos grandes potencias, no le permitieron hacer valer antes su pretensión...Aun así y esto es necesario decirlo con toda claridad para evitar malos entendidos y decepciones, la Corte podría declarar con lugar las defensas del Reino Unido sin entrar siquiera al examen del mérito de nuestros argumentos para impugnar la validez misma del Laudo (falta de motivación, exceso de poder, ultrapetita). Es necesario examinar las decisiones que ha dictado este Alto Tribunal en casos similares para convencerse de que ésta es una hipótesis que puede ocurrir"⁴².

Como lo predijo el Dr. Andrés Aguilar Madwsley, la CIJ se ha declarado competente para decidir sobre la cuestión de la nulidad o validez del Laudo Arbitral de París de 1899.

El Acuerdo de Ginebra es fundamental en la controversia y así lo ha reconocido la CIJ. En efecto, la fecha crítica establecida, que determina la competencia *ratione temporis* de la CIJ y que coincide con la firma del Acuerdo

⁴² Cit. en Luis Cova Arria, "La Academia de Ciencias Políticas y Sociales y la defensa del territorio Esequibo", *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, número 164, Caracas, 2021. pp. 80-81.

de Ginebra, tiene efectos positivos para Venezuela. La CIJ sólo podrá considerar válidos los argumentos relacionados con hechos que sean anteriores al 17 de febrero de 1966. En ese sentido, Venezuela tiene una gran ventaja, pues cuenta con títulos históricos y jurídicos que respaldan sus derechos sobre la frontera oriental. Venezuela tiene sólidas pruebas que demuestran los vicios del Laudo Arbitral de París que permitirían a la CIJ declarar su nulidad.

2.1.4.6. Votos salvados en la sentencia de la Corte Internacional de Justicia sobre competencia de fecha 18 de diciembre de 2020

La sentencia de la CIJ tuvo doce votos a favor y cuatro votos en contra. Los votos en contra fueron los de los jueces Ronny Abraham, Mohamed Bennouna, Kirill Gevorgian y Giorgio Gaja. Para ellos el espíritu del Acuerdo de Ginebra fue vulnerado por la interpretación que se dio al artículo IV.2 dado que la referencia que hace el artículo IV.2 del Acuerdo de Ginebra al artículo 33 de la ONU no es suficiente para fundamentar el consentimiento de las partes en acudir a la CIJ. A su juicio, para que las partes manifiesten su voluntad de dirimir la disputa territorial en la CIJ era necesaria la suscripción de un acuerdo especial⁴³. Además, consideraron que se debió dar una importancia especial a la cuestión del consentimiento por cuanto una de las partes -Venezuela- tomó la decisión de no acudir a la CIJ⁴⁴. El consentimiento, según la jurisprudencia de la CIJ debe ser “*cierto, inequívoco e indiscutible*”, tal como lo afirmó el magistrado Kirill Gevorgian⁴⁵.

En este punto conviene hacer una aclaratoria importante sobre cómo se acepta la jurisdicción de la CIJ. Esto cumple una doble función. La primera es aclarar cuáles son las maneras que comúnmente permiten fundar la jurisdicción de la CIJ. La segunda es que ayuda a entender el porqué de los votos disidentes de algunos magistrados. Vamos a referirnos a ellas en términos muy concretos⁴⁶:

Recordemos que la CIJ puede tener competencia *ad hoc* mediante un acuerdo especial o compromiso. También puede tener competencia *ad hoc* mediante un

⁴³ Sobre este particular véase Corte Internacional de Justicia, *Dissenting opinion of Judge Abraham*. Disponible en: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/171/171-20201218-JUD-01-02-EN.pdf>.

⁴⁴ Véase Corte Internacional de Justicia, *Dissenting opinion of Judge Bennouna*. Disponible en: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/171/171-20201218-JUD-01-03-EN.pdf>.

⁴⁵ Véase Corte Internacional de Justicia, *Dissenting opinion of Judge Gevorgian*. Disponible en: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/171/171-20201218-JUD-01-06-EN.pdf>.

⁴⁶ Véase la disertación Juan Carlos Sainz-Borgo en el evento de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales titulado “Competencia de la CIJ y determinación de la frontera terrestre entre Guyana y Venezuela” celebrado en fecha 20 de enero de 2022. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=UCFlmNhatQg>.

tratado o convención. Asimismo, la CIJ puede conocer un caso en virtud de la competencia *ante hoc* fundada en una declaración de competencia a través de una disposición facultativa. Por último, la CIJ puede declararse competente en virtud de una manifestación *post hoc*, a esto se le conoce como *forum prorogatum*⁴⁷.

Como sabemos, la crítica fundamental de los jueces disidentes es que no medió el consentimiento de ambas partes de ir a la CIJ. Las partes siempre deben manifestar mediante un acuerdo su consentimiento expreso, cosa que no ocurrió. La función del artículo IV.2 del Acuerdo de Ginebra es facultar al Secretario General de Naciones Unidas para seleccionar uno de los mecanismos allí establecidos o, subsidiariamente, alguno de los establecidos en el artículo 33 de la CNU. Precisamente esa selección no constituyó, para los magistrados disidentes, un fundamento lo suficientemente sólido para justificar la competencia de la CIJ.

Para el momento en que la CIJ dictó la sentencia, 18 de diciembre de 2020, Venezuela no había efectuado una manifestación *post hoc* que permita dar lugar a la figura del *forum prorogatum*, que funciona como una forma de sumisión tácita de un Estado que ha realizado actos de los que puede entenderse que acepta la competencia de la CIJ.

La declaración de competencia *ratione materiae* de la CIJ no sólo es un despropósito por lo motivos ya expuestos. También lo es porque, con la sentencia de la CIJ se dificulta la solución, desde que transgrede principios fundamentales del derecho internacional, entre ellos, el principio de *pacta sunt servanda* que implica el sostenimiento de los pactos que las partes han establecido, a través de sus respectivas manifestaciones de voluntad, y que deben cumplir de buena fe.

Desde el punto de vista del derecho objetivo, la decisión contraviene lo establecido en el artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas que prevé:

“Para la realización de los Propósitos consignados en el Artículo 1, la Organización y sus Miembros procederán de acuerdo con los siguientes Principios:

⁴⁷ Esto es una manifestación sobrevenida de la voluntad por parte de un Estado que permite concluir que consiente o acepta la competencia de la Corte Internacional de Justicia. Véase Max Sorensen, *ob. cit.*, p. 652 (véase nota 11). Como lo indica el autor *“La Corte, en varias ocasiones, declaró que su jurisdicción se basaba en la voluntad de las partes, en su consentimiento para someterse a su jurisdicción (Minorities Schools in Upper Silesia (1928), Sec. A. N° 15, p. 22; Interpretation of Peace Treaties (Primera Fase) (1950), ICJ Rep. 65, 71; caso Monetary Gold (1954), ICJ Rep. 19, 32). Pero la Corte también sostuvo que no otorgaría a la forma la misma importancia que se le reconoce en el derecho interno (caso Mavrommatis (1924), PCIJ Ser. A, N° 2, p. 34), y ha mantenido su jurisdicción aun cuando tal consentimiento se haya otorgado después de la iniciación del procedimiento, de una manera implícita o informada, o por una sucesión de actos...”*.

1. La Organización está basada en el principio de la igualdad soberana de todos sus Miembros.

*2. Los Miembros de la Organización, a fin de asegurarse los derechos y beneficios inherentes a su condición de tales, **cumplirán de buena fe las obligaciones contraídas por ellos de conformidad con esta Carta.***

*3. Los Miembros de la Organización arreglarán sus controversias internacionales por medios pacíficos **de tal manera que no se pongan en peligro ni la paz y la seguridad internacionales ni la justicia.***

4. Los Miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas.

5. Los Miembros de la Organización prestaron a ésta toda clase de ayuda en cualquier acción que ejerza de conformidad con esta Carta, y se abstendrán de dar ayuda a Estado alguno contra el cual la Organización estuviere ejerciendo acción preventiva o coercitiva.

6. La Organización hará que los Estados que no son Miembros de las Naciones Unidas se conduzcan de acuerdo con estos Principios en la medida que sea necesaria para mantener la paz y la seguridad internacionales.

7. Ninguna disposición de esta Carta autorizará a las Naciones Unidas a intervenir en los asuntos que son esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados, ni obligará; a los Miembros a someter dichos asuntos a procedimientos de arreglo conforme a la presente Carta; pero este principio no se opone a la aplicación de las medidas coercitivas prescritas en el Capítulo VII” (Resaltado añadido).

Del artículo citado destacan los numerales 2 y 3. El numeral 2 ratifica la exigencia del cumplimiento de obligaciones de buena fe. El numeral 3 indica que la resolución de controversias a través de medios pacíficos no debe arriesgar la paz, la seguridad internacional y la justicia.

La posición de los jueces disidentes parece razonable, no sólo porque no existe un acuerdo especial que permita concluir que Venezuela aceptó someterse a la jurisdicción de la CIJ, sino porque ni Venezuela ni la República Cooperativa de Guyana han ratificado el Estatuto de la CIJ.

a. Juez Ronny Abraham⁴⁸

El contenido del voto salvado del Magistrado Ronny Abraham indica que António Guterres -Secretario General de las Naciones Unidas- sí podía seleccionar a la CIJ como órgano encargado de dirimir la controversia territorial. De hecho, la CIJ es el principal mecanismo de resolución disputas contenido en la CNU.

El Secretario General de Naciones Unidas, a juicio del juez Ronny Abraham, no debía seguir un orden específico al determinar los medios de solución contenidos en el artículo 33. Al contrario, tenía libertad de elegir cualquiera de ellos. Esta elección no puede entenderse como una recomendación para las partes, sino una decisión con efecto vinculante para ellas en virtud del Acuerdo de Ginebra⁴⁹.

En todos los puntos anteriores estuvo de acuerdo con la sentencia. Luego explica cuáles son los aspectos en los que no coincide con el criterio de la mayoría y sus razones:

- 1. Consentimiento:** Una cosa es la validez en la selección de un medio de solución por parte del Secretario General de Naciones Unidas, que crea obligaciones para las partes, y otra muy distinta es fundamentarse en el consentimiento de las partes para acudir a la CIJ en el artículo IV.2 del Acuerdo de Ginebra⁵⁰.
- 2. Necesidad de suscribir un acuerdo especial:** Acudir a cualquier otro mecanismo del artículo 33 de la CNU, por ejemplo, el arbitraje, habría requerido un acuerdo especial y posterior en el que las partes manifestaran, de buena fe y tras una serie de negociaciones, su voluntad de someter el conocimiento de la controversia a un tercero. Esto no ocurrió y se pretende confundir la validez de la actuación del Secretario General de Naciones Unidas con el compromiso entre las partes, que nunca existió y que es el que podría fundamentar realmente la competencia de la CIJ.

⁴⁸ Sobre este particular véase Corte Internacional de Justicia, *Dissenting opinion of Judge Abraham*. Disponible en: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/171/171-20201218-JUD-01-02-EN.pdf>.

⁴⁹ Everything therefore indicates that the Secretary-General's choice of a means of settlement constitutes a decision which imposes certain obligations on the parties.

⁵⁰ "It is one thing to say that the choice of a means in this instance, judicial settlement by the Secretary-General creates obligations for the parties; it is quite another to see in Article IV, paragraph 2, of the Agreement, combined with the Secretary-General's decision, the expression of both parties' consent to the settlement of their dispute by the Court".

3. **Objeto del Acuerdo de Ginebra:** Para CIJ, la suscripción de un acuerdo especial posterior a la selección realizada por el Secretario General de Naciones Unidas, es contraria al espíritu del Acuerdo de Ginebra porque permitiría que la controversia se extendiese en el tiempo si las partes no llegan a un acuerdo. Para el magistrado Ronny Abraham, esa interpretación del Acuerdo de Ginebra es contraria a su objeto y fin verdadero. En efecto, el acuerdo no indica que el mecanismo seleccionado deba resolver definitivamente la controversia. Al contrario, señala que si un medio fracasa, podrá intentar alcanzarse una solución práctica con otro de los mecanismos contemplados.
4. **Crítica a la claridad de la decisión:** En cuanto al razonamiento del tribunal, especialmente cuando se lee el párrafo 86 de la decisión, puede notarse que se han formulado ideas de manera compleja que parecieran no haber tenido como norte la claridad de la exposición⁵¹.
5. **Posición respecto de la competencia de la CIJ:** En atención a todo el razonamiento anterior, la CIJ debió declarar que carecía de competencia para resolver este caso.

b. Juez Mohamed Bennouna⁵²

1. **Consentimiento:** El hecho de que una de las partes no compareciera ante la CIJ constituye un indicio de la especial importancia que debió darse a la cuestión del consentimiento, uno de los requisitos esenciales para acudir a este órgano.

En relación al consentimiento formula críticas del mismo orden que el magistrado Ronny Abraham cuando, observando la interpretación de la CIJ sobre el artículo IV del Acuerdo de Ginebra se pregunta: “*Pero, ¿es*

⁵¹ Párrafo 86: “El Tribunal señala que su conclusión de que las Partes consintieron la solución judicial en virtud del Artículo IV del Acuerdo de Ginebra no es cuestionada por la frase “o hasta que se hayan agotado todos los medios de solución pacífica allí contemplados” en el párrafo 2 de dicho artículo, lo que podría sugerir que las Partes habían contemplado la posibilidad de que la elección, por parte del Secretario General, de los medios previstos en el artículo 33 de la Carta, que incluyen la solución judicial, no condujera a la resolución de la controversia. Hay varias razones por las que una decisión judicial, que tiene fuerza de cosa juzgada y aclara los derechos y obligaciones de las partes, podría no conducir de hecho a la solución definitiva de una controversia. Basta con que el Tribunal de Justicia que, en este caso, una decisión judicial que declara la nulidad del Laudo de 1899 sin delimitación de la frontera entre las Partes podría no conducir a la resolución definitiva de la controversia, lo que sería contrario al objeto y fin del Acuerdo de Ginebra”. Traducción libre.

⁵² Véase Corte Internacional de Justicia, *Dissenting opinion of Judge Bennouna*. Disponible en: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/171/171-20201218-JUD-01-03-EN.pdf>.

esto suficiente para inferir, como hace alegremente el Tribunal, que las Partes han consentido su jurisdicción?”⁵³

2. **El Acuerdo de Ginebra no equivale a una delegación de la facultad de consentimiento:** La posibilidad establecida en el artículo IV.2 del Acuerdo de Ginebra de que el Secretario General de Naciones Unidas eligiera uno de los medios del artículo 33 de la ONU no equivalía a que las partes habían delegado en él la facultad de consentir en cuanto a la jurisdicción de la CIJ⁵⁴. Lo que hace el tercero, en este caso el Secretario General de Naciones Unidas, es elegir y luego las partes deciden si aceptan o no el mecanismo seleccionado.
3. **Interpretación:** El Acuerdo de Ginebra contempló la posibilidad de que se agotaran todos los medios de solución del artículo 33 de la ONU. Sin embargo, el tribunal eliminó esta posibilidad con la interpretación que dio al artículo IV.2 del acuerdo según la cual, la CIJ debe resolver definitivamente la controversia, violando la eficacia, una de las máximas de la hermenéutica de los tratados⁵⁵.
4. **Alcance de la competencia:** La CIJ no podía declararse competente para decidir sobre la delimitación de la frontera entre los Estados contendientes. La controversia es la surgida sobre la validez del Laudo Arbitral de París, que formalmente surgió en 1962. Si se declara la invalidez del laudo, las partes tendrían que llegar a un acuerdo sobre su situación fronteriza mediante el mecanismo que consideren más conveniente a tales fines.
5. **La decisión es un riesgo reputacional para la CIJ:** En un caso tan sensible como este, sólo una decisión atenta y rigurosa podría garantizar la credibilidad de la CIJ entre los países signatarios de su Estatuto.

⁵³ “...But is this sufficient to infer, as the Court blithely does, that the Parties have consented to its jurisdiction?”

⁵⁴ “...in international practice, there is no precedent in which States can be said to have delegated to a third party, such as the Secretary-General, their power to consent to the Court’s jurisdiction”.

⁵⁵ “Unfortunately, the Court itself, in interpreting Article IV, paragraph 2, has not allowed the terms of this second alternative to produce fully their effects, thereby departing from “one of the fundamental principles of interpretation of treaties, consistently upheld by international jurisprudence, namely that of effectiveness” (Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya/Chad), Judgment, I.C.J. Reports 1994, p. 25, para. 51; see also Aegean Sea Continental Shelf (Greece v. Turkey), Judgment, I.C.J. Reports 1978, p. 22, para. 52; application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2011 (I), pp. 125-126, para. 133)”.

c. Juez Kirill Gevorgian⁵⁶

- 1. Consentimiento:** La sentencia de la CIJ del 18 de diciembre de 2020 violó uno de los principios fundamentales que la CIJ ha sostenido tanto en el Estatuto como en sus decisiones, que el consentimiento de las partes a su jurisdicción debe ser *“cierto, inequívoco e indiscutible”*.⁵⁷

La disposición del artículo IV.2 del Acuerdo de Ginebra no equivale al reconocimiento de las partes de la facultad del Secretario General de Naciones Unidas para consentir por ellas. Al contrario, y como lo han afirmado los demás votos disidentes reseñados en este estudio, el magistrado Kirill Gevorgian sostiene que es el Secretario General de Naciones Unidas quien elige el medio, pero son las partes quienes consienten su aplicación.

- 2. Análisis insuficiente de la posición del gobierno venezolano:** El memorándum de Venezuela, que para el momento en que se dictó la sentencia del 18 de diciembre de 2020 había decidido no participar en el procedimiento, tenía un gran valor y, aun así, no se le consideró como debería. Aun tratándose de una disputa territorial de dimensión considerable.
- 3. Interpretación violatoria del objeto del Acuerdo de Ginebra:** De conformidad con el Acuerdo de Ginebra, podían ocurrir dos cosas (i) se resolvía la controversia entre las partes a través de alguno de los mecanismos previstos o (ii) se producía el agotamiento de los medios de solución. La interpretación de la CIJ eliminó la segunda posibilidad y violó el propósito del Acuerdo de Ginebra al establecer que sería la instancia para resolver definitivamente la controversia.
- 4. Negación de la posición históricamente sostenida por Venezuela:** Venezuela, históricamente, ha manifestado en varias oportunidades su voluntad de no permitir que terceros -como el Secretario General de Naciones Unidas- decidan sin su consentimiento expreso sobre temas tan relevantes para la nación como la integridad territorial, esto no fue tomado en cuenta por la CIJ⁵⁸.

⁵⁶ Véase Corte Internacional de Justicia, *Dissenting opinion of Judge Gevorgian*. Disponible en: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/171/171-20201218-JUD-01-06-EN.pdf>.

⁵⁷ *“...certain, unequivocal and indisputable”*.

⁵⁸ El juez Kirill Gevorgian señala: *“...que Venezuela había celebrado, en 1939, un tratado bilateral con Colombia que preveía, en general, el sometimiento de las controversias a la conciliación o a la solución judicial. Sin embargo, el artículo II de dicho tratado excluía expresamente que las controversias relativas a la integridad*

d. Juez Giorgio Gaja⁵⁹

La posición del juez Giorgio Gaja tiene una particularidad y es que, aunque es un voto salvado, nominalmente no está así en la página de la CIJ, aparece como “Declaración del juez Gaja”. La exposición del juez Giorgio Gaja, se fundamentó en la ausencia de consentimiento de las partes.

1. Está de acuerdo con que las partes pueden acudir a la CIJ para resolver la controversia, como lo prevé el párrafo segundo del artículo IV del Acuerdo de Ginebra. Sin embargo, no comparte que la decisión de Secretario General de Naciones Unidas reemplace el consentimiento que las partes deben manifestar.
2. No es necesario que las partes confirmen la decisión del Secretario General de Naciones Unidas. Sin embargo, la existencia de la obligación de las partes de cumplir con la decisión del Secretario General de Naciones Unidas no implica necesariamente que los medios por él seleccionados puedan ser utilizados sin el consentimiento de ambas partes. La implementación de cualquiera de los medios del artículo 33 de la CNU requiere un acuerdo especial⁶⁰.
3. El Acuerdo de Ginebra contempló la posibilidad de que, incluso una vez agotados los mecanismos previstos en él, la controversia no fuera resuelta en forma definitiva. La interpretación que ha dado la CIJ del artículo IV, especialmente del párrafo 2 del Acuerdo de Ginebra vulnera el propósito de la convención al establecer que la instancia judicial tiene competencia para resolver definitivamente la disputa.

territorial de las Partes se sometieran a la solución de terceros. Un tratado bilateral similar de 1940 entre Venezuela y Brasil exigía, en su artículo IV, que las Partes intentaran concluir un acuerdo especial antes de que cualquier controversia pudiera someterse a una solución...”

⁵⁹ Véase Corte Internacional de Justicia, *Declaration of Judge Gaja*. Disponible en: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/171/171-20201218-JUD-01-04-EN.pdf>.

⁶⁰ “For instance, resort to mediation implies, at the very minimum, an agreement of the parties on who is going to act as mediator. Similarly, recourse to arbitration requires an agreement of the parties on the appointment of the arbitrators and on conferring jurisdiction to the arbitral tribunal. With regard to judicial settlement, there is the possibility that jurisdiction be conferred on the Court without an agreement providing for additional specifications, for instance if the parties have made declarations under the optional clause covering the dispute”.

2.1.4.7. Procedimiento posterior a la sentencia de 18 de diciembre de 2020

Mediante sentencia de 18 de diciembre de 2020 la CIJ se declaró competente para conocer la demanda interpuesta por la República Cooperativa de Guyana. Por ello, la CIJ debía determinar el procedimiento posterior y establecer los plazos para la consignación de memoria y contramemoria sobre el fondo de la controversia.

A través de la providencia (*order*) de fecha 8 de marzo de 2021, la CIJ fijó el plazo para la presentación de la memoria y la contramemoria. La referida providencia fue dictada en cumplimiento del numeral 1 del artículo 45 del Reglamento, según el cual “*En un procedimiento incoado mediante una solicitud, los alegatos escritos consistirán, por su orden, en una memoria del demandante y en una contra memoria del demandado*”⁶¹. Según dicha providencia la República Cooperativa de Guyana debía consignar su memoria antes del 8 de marzo de 2022 -cosa que ya ocurrió- y Venezuela tenía que consignar su contramemoria antes del 8 de marzo del 2023. Sin embargo, el curso del procedimiento fijado por la CIJ cambió cuando Venezuela decidió participar en el procedimiento y opuso excepciones preliminares relativas a la admisibilidad de la demanda de la República Cooperativa de Guyana.

Debido a este proceder, el plazo para que Venezuela presente su contramemoria deberá ser nuevamente fijado una vez sea resuelta la incidencia sobre excepciones preliminares relativas a la admisibilidad de la demanda de la República Cooperativa de Guyana. A menos, que se declaren con lugar las excepciones preliminares opuestas por Venezuela, caso en el cual el proceso se extinguiría.

2.1.5. Notificaciones (Artículos 40.2 y 40.3 del Estatuto)

Las notificaciones que deban hacerse durante el proceso que se tramita ante la CIJ serán efectuadas en la persona de los agentes, consejeros o abogados de cada una de las partes. Sin embargo, el artículo 44 del Estatuto establece que para la práctica de notificaciones en personas distintas a las nombradas anteriormente, la CIJ deberá dirigirse al gobierno del Estado en el que deba diligenciarse la notificación. Ese mismo mecanismo será utilizado cuando se persiga la obtención de pruebas en el lugar de los hechos. (Artículo 44 del Estatuto).

En cuanto a la iniciación del procedimiento mediante solicitud dirigida al Secretario de la CIJ, los parágrafos segundo y tercero del artículo 40 establecen:

“2. El Secretario comunicará inmediatamente la solicitud a todos los interesados.

⁶¹ Véase Reglamento de la Corte Internacional de Justicia. Disponible en: <https://www.icj-cij.org/public/files/rules-of-court//rules-of-court-es.pdf>.

3. *El Secretario notificará también a los Miembros de las Naciones Unidas por conducto del Secretario General, así como a los otros Estados con derecho a comparecer ante la Corte”.*

2.1.6. De los escritos de las partes (Artículo 46 del Reglamento; Directiva Práctica II y Directiva Práctica III)

Por lo que se refiere a la iniciación de procedimientos contenciosos ante la CIJ a través de acuerdos especiales es necesario hacer referencia a las Directivas Prácticas de la CIJ, especialmente a la Directiva Práctica I que establece:

“La Corte Internacional de Justicia desea desaconsejar la práctica del depósito simultáneo de escritos en los asuntos presentados mediante acuerdo especial.

La Corte espera que los futuros acuerdos especiales contengan disposiciones sobre el número y el orden de los escritos, de conformidad con el artículo 46, apartado 1, del Reglamento de la Corte. Dichas disposiciones se entenderán sin perjuicio de cualquier cuestión del caso, incluida la cuestión de la carga de la prueba.

Si el acuerdo especial no contiene disposiciones sobre el número y el orden de los escritos, la Corte esperará que las partes lleguen a un acuerdo a tal efecto, de conformidad con el artículo 46, apartado 2, del Reglamento de la Corte”⁶².

2.1.7. Agentes (Artículo 42 del Estatuto; Artículo 42 del Reglamento)

La representación de los Estados partes en los procedimientos ante la CIJ es ejercida por agentes, a quienes, a su vez, podrán apoyarse en consejos o abogados. Las partes deberán designar a los agentes que representarán sus intereses ante la CIJ, tal y como lo establece el artículo 42 del Estatuto. Asimismo, el artículo 40 del Reglamento señala que *“todos los actos realizados en nombre de las partes después de haberse incoado un procedimiento serán efectuados por agentes”⁶³.*

Los agentes cumplen una importante función en los procedimientos ante la CIJ como representantes de los Estados que participan. Son los sujetos que desempeñan funciones similares a las de un abogado ante tribunales internos de un Estado con la particularidad de que actúan *“...como si estuvieran al frente de una misión diplomática especial y tendrán poderes para comprometer a un Estado soberano. Recibirá comunicaciones del Secretario respecto al caso y le enviará a su vez toda la correspondencia y los alegatos debidamente firmados o certificados.*

⁶² Véase “Practice Directions” en el portal web oficial de la Corte Internacional de Justicia. Disponible en: <https://www.icj-cij.org/en/practice-directions>.

⁶³ *Ídem.*

*En las audiencias públicas, el agente presenta los alegatos en nombre del gobierno al que representa. En general, el agente se encarga de todos los actos formales que tiene que realizar el gobierno al que representa*⁶⁴.

La forma y el momento procesal para establecer quienes serán los agentes de cada uno de los Estados litigantes en el procedimiento está regulado en el numeral 2 del artículo 40 del Reglamento: *“Cuando un procedimiento sea incoado mediante una solicitud, se indicará el nombre del agente del demandante. El demandado informará a la Corte del nombre de su agente al recibir la copia certificada conforme de la solicitud o lo antes posible después de haberla recibido*”⁶⁵.

Los agentes, como representantes de los intereses del Estado al que representan ante la CIJ no actúan solos, al contrario *“A veces recibe la asistencia de coagentes, viceagentes o subagentes, y siempre dispone de consejeros o abogados, cuyo trabajo coordina para que le ayuden en la preparación de los alegatos y de la exposición de los mismos. Dado que no existe ninguna autorización especial para que los abogados participen en los procesos ante la Corte Internacional de Justicia, los consejeros o abogados no tienen que cumplir ninguna condición para hacerlo, excepto ser nombrados a tal fin por un gobierno*”⁶⁶.

Varias disposiciones del Estatuto y del Reglamento regulan las funciones del agente en los procedimientos ante la CIJ. En primer lugar, debe tenerse en cuenta el artículo 17 del Estatuto que establece determinados aspectos que limitan la participación de los jueces de la CIJ como agentes. Dicha disposición establece:

“1. Los miembros de la Corte no podrán ejercer funciones de agente, consejero o abogado en ningún asunto.

2. No podrán tampoco participar en la decisión de ningún asunto en que hayan intervenido anteriormente como agentes, consejeros o abogados de cualquiera de las partes, o como miembros de un tribunal nacional o internacional o de una comisión investigadora, o en cualquier otra calidad.

3. En caso de duda, la Corte decidirá”.

Todos estos supuestos están fundamentados en el deber de imparcialidad y en el deber de independencia que deben cumplir los jueces de la CIJ.

Con relación a las audiencias de la CIJ el artículo 49 establece que este alto órgano jurisdiccional tiene la potestad de pedir a los agentes de los Estados partes que aclaren o consignen documentos específicos relacionados con el

⁶⁴ Corte Internacional de Justicia, “Funcionamiento de la Corte”, apartado sobre el procedimiento contencioso ante ese órgano jurisdiccional internacional. Disponible en: <https://www.un.org/es/iccj/how.shtml>.

⁶⁵ *Ídem.*

⁶⁶ *Ídem.*

asunto. Así en la referida norma se dispone: *“Aun antes de empezar una vista, la Corte puede pedir a los agentes que produzcan cualquier documento o den cualesquiera explicaciones. Si se negaren a hacerlo, se dejará constancia formal del hecho”*.

La terminación de la audiencia sólo tendrá lugar una vez haya finalizado la presentación del caso por parte de los consejeros, abogados y, principalmente, los agentes. Con ello queda claro que la función de los agentes es fundamental para la correcta defensa de los intereses del Estado al que representan. Establece el artículo 54:

“1. Cuando los agentes, consejeros y abogados, conforme a lo proveído por la Corte, hayan completado la presentación de su caso, el Presidente declarará terminada la vista.

2. La Corte se retirará a deliberar.

3. Las deliberaciones de la Corte se celebrarán en privado y permanecerán secretas”.

La sentencia dictada por la CIJ para resolver la controversia deberá ser debidamente notificada a los agentes de los Estados parte, quienes fungen como receptores de la mayoría de las notificaciones que deban practicarse durante el proceso. En efecto, indica el artículo 58 que *“El fallo será firmado por el Presidente y el Secretario, y será leído en sesión pública después de notificarse debidamente a los agentes”*. En ocasiones, la CIJ debe efectuar notificaciones en personas distintas a los agentes de los Estados partes. Esto ocurre, por ejemplo, cuando se inicia un nuevo procedimiento y el Secretario de la CIJ debe notificar a los Estados interesados y a los miembros de la ONU por conducto del Secretario General de esa organización (Artículo 40 del Estatuto); cuando se trata de la interpretación de una convención en la que sean partes Estados que no están participando en el procedimiento (Artículo 63 del Estatuto). Con relación a esta clase de notificaciones que rige lo dispuesto en el artículo 44:

“1. Para toda notificación que deba hacerse a personas que no sean los agentes, consejeros o abogados, la Corte se dirigirá directamente al gobierno del Estado en cuyo territorio deba diligenciarse.

2. Se seguirá el mismo procedimiento cuando se trate de obtener pruebas en el lugar de los hechos”.

Por otra parte, las disposiciones del Estatuto sobre los agentes deben ser analizadas junto las disposiciones del Reglamento que contienen un tratamiento más específico de esta importante figura.

La primera disposición del Reglamento que trata la figura de los agentes es el artículo 31 del Reglamento. Dicha norma establece que los agentes son los sujetos procesales llamados a dar cuenta al Presidente de la CIJ de la opinión del Estado que representan sobre cuestiones procedimentales. En efecto, la norma establece lo siguiente:

“En todo asunto sometido a la Corte el Presidente se informará de la opinión que tengan cada una de las partes sobre las cuestiones de procedimiento. Los agentes de las partes serán convocados a este efecto por el Presidente lo antes posible después de que sean designados y ulteriormente siempre y cuando sea necesario”.

El párrafo tercero del artículo 38 del Reglamento menciona también a los agentes cuando señala que en los supuestos en los que el procedimiento ante la CIJ es iniciado mediante solicitud formulada por un Estado el agente es, en principio, el sujeto que debe firmar el original ese documento. El artículo señala:

“El original de la solicitud será firmado por el agente de la parte que la dirija o por su representante diplomático en el país donde la Corte tiene su sede o por una persona debidamente autorizada. Si la solicitud lleva la firma de una persona que no sea el representante diplomático, la firma deberá ser legalizada por este último o por la autoridad competente del ministerio de asuntos exteriores del demandante”.

Los agentes tienen también el deber de firmar el original de los alegatos escritos consignados durante la fase escrita del procedimiento ante la CIJ. Todo ello a tenor del párrafo primero del artículo 52 del Reglamento:

“El original de cada alegato escrito será firmado por el agente y depositado en la Secretaría de la Corte. Deberá ir acompañado de una copia certificada conforme del alegato y de los documentos anexos al mismo, así como de las traducciones, para comunicación a la otra parte de acuerdo con el párrafo 4 del Artículo 43 del Estatuto, y del número de ejemplares adicionales requerido por la Secretaría de la Corte sin perjuicio de que más tarde puedan pedirse más ejemplares si las necesidades así lo exigiesen”.

La norma del artículo 52 del Reglamento contiene una nota a pie de página que indica, que *“se recomienda a los agentes de las partes que se informen en la Secretaría de la Corte acerca del formato corriente para los alegatos escritos y en qué condiciones puede asumir la Corte una parte del costo de la impresión”.*

Otro aspecto importante es que, durante la fase oral del procedimiento ante la CIJ, los agentes deberán formular las conclusiones finales que a bien tengan expresar ante los jueces de ese alto tribunal sin recapitular la argumentación anterior. Asimismo, firmarán la copia que será remitida a la contraparte. Ello de conformidad con el artículo 60.2 del Reglamento:

“Concluido el último alegato presentado durante el procedimiento oral por una parte, su agente dará lectura a las conclusiones finales de la parte de que se trate sin recapitular la argumentación. Se comunicará a la Corte y se transmitirá a la otra parte copia, firmada por el agente, del texto escrito de las conclusiones finales”.

Conforme a lo previsto en el artículo 61 la CIJ puede formular preguntas a los agentes de las partes, las cuales podrán ser contestadas en ese mismo momento o transcurrido el plazo que al efecto fijen los jueces. La norma en cuestión, en efecto, establece:

“1. La Corte podrá, en cualquier momento antes o durante vistas, indicar los puntos o problemas que desearía que trataran especialmente las partes o aquellos que considera que han sido suficientemente discutidos.

2. La Corte podrá, durante las vistas, hacer preguntas a los agentes, consejeros y abogados o pedirles aclaraciones.

3. Cada juez gozará de la misma facultad pero antes de ejercitarla dará a conocer su intención al Presidente, que es a quien corresponde dirigir las vistas de acuerdo con el Artículo 45 del Estatuto.

4. Los agentes, consejeros y abogados podrán contestar inmediatamente o dentro de un plazo fijado por el Presidente”.

En materia de pruebas, los agentes tienen una importante tarea pues, son ellos quienes, como regla, interrogan a los testigos y peritos. Así lo establece el artículo 65 del Reglamento:

“Los testigos y peritos serán interrogados por los agentes, consejeros o abogados de las partes bajo la autoridad del Presidente. El Presidente y los jueces podrán hacerles preguntas. Antes de deponer, los testigos permanecerán fuera de la sala de audiencia”.

También es importante la figura de los agentes en los casos de intervención de terceros Estados, quienes para participar en el proceso deberán consignar una petición de permiso para intervenir. En estos casos deberá figurar en tal solicitud el nombre del agente del Estado interviniente. Ello de conformidad con la primera parte del numeral 2 del artículo 81 que indica: *“La petición indicará el nombre del agente”.*

En cuanto a la sentencia definitiva, el artículo 95 indica que entre los elementos que debe contener el fallo pronunciado por la CIJ están los nombres de los agentes, consejeros y abogados de los Estados parte en la controversia. Así lo establece expresamente el artículo 95.1 del Reglamento que al efecto citamos:

*“1. El fallo, cuyo texto indicará si ha sido dictado por la Corte o por una Sala, contendrá: la fecha de su lectura; los nombres de los jueces que han participado en él; los nombres de las partes; **los nombres de los agentes, consejeros y abogados de las partes**; un resumen del procedimiento ; las conclusiones de las partes; las circunstancias de hecho ; los fundamentos de derecho ; la parte dispositiva del fallo; la decisión, si la hubiere, con respecto a las costas; la indicación del número y nombre de los jueces que han constituido la mayoría; la indicación del texto del fallo que hará fe”.*
(Resaltado añadido)

En cuanto al ejercicio de sus funciones, tanto los agentes como los consejeros y abogados de cada una de las partes, tendrán las prerrogativas que requieran para desempeñar su labor con plena libertad. En efecto, establece el artículo 42 del Estatuto:

“1. Las partes estarán representadas por agentes.

2. Podrán tener ante la Corte consejeros o abogados.

3. Los agentes, los consejeros y los abogados de las partes ante la Corte gozarán de los privilegios e inmunidades necesarios para el libre desempeño de sus funciones”⁶⁷.

En fecha 7 de junio de 2022 Venezuela designó un Agente y dos Co-Agentes. En la providencia emitida por la CIJ de fecha 13 de junio de 2022 se indica lo siguiente: *“Vista la carta de fecha 6 de junio de 2022, mediante la cual la Excm. Sra. Delcy Eloína Rodríguez Gómez, Vicepresidenta Ejecutiva de la República Bolivariana de Venezuela, informó a la Corte que el Gobierno venezolano había designado al Excmo. Sr. Samuel Reinaldo Moncada Acosta, Representante Permanente de la República Bolivariana de Venezuela ante las Naciones Unidas, como Agente y al Excmo. Sr. Félix Plasencia González, Ex Ministro del Poder Popular para las Relaciones Exteriores de la República Bolivariana de Venezuela, y a la Sra. Elsie Rosales García, Profesora de la Universidad Central de Venezuela, como Co-Agentes a los efectos del caso...”⁶⁸*

Nótese que, además del Agente de Venezuela, se designaron dos Co-Agentes. La referencia a “agentes” formulada en plural, así como algunos casos de la CIJ en los que se nombraron Co-Agentes permite deducir que existen varios tipos de agentes aunque no estén expresamente regulados en el Estatuto ni en el Reglamento. En el *International Court of Justice Handbook* se explica la naturaleza de los Co-Agentes, quienes cumplen la función de asistir al agente principal. En efecto, *“el agente en algunas ocasiones es asistido por un co-agente, un agente adjunto o un agente adicional, y él o ella siempre tendrá un consejero o abogados para asistirlo en la preparación de los alegatos y en la presentación de los argumentos orales”⁶⁹.*

⁶⁷ Véase Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Disponible en: <https://www.icj-cij.org/public/files/statute-of-the-court/statute-of-the-court-es.pdf>.

⁶⁸ Véase Orden de fecha 13 de junio de 2022 que fija el plazo del escrito de observaciones y alegaciones de la República Cooperativa de Guyana ante las excepciones preliminares opuestas por Venezuela el 7 de junio de 2022. Disponible en: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/171/171-202206613-ORD-01-00-EN.pdf>.

⁶⁹ Corte Internacional de Justicia, *The International Court of Justice Handbook*, recuperado de los archivos de la web oficial de la Corte Internacional de Justicia en

De manera que el gobierno venezolano ha designado el agente y los co-agentes que representarán los intereses del país ante la CIJ, tal y como lo establece el artículo 42 del Estatuto. De acuerdo con el artículo 40 del Reglamento “*todos los actos realizados en nombre de las partes después de haberse incoado un procedimiento serán efectuados por agentes*”⁷⁰.

Por su parte la República Cooperativa de Guyana designó agente al señor Carl B. Greenidge⁷¹, segundo vicepresidente y Ministro de Asuntos Exteriores de ese país, quien desde la demanda de 29 de marzo de 2018 ha firmado en tal carácter todos los documentos enviados por su país a la CIJ. Asimismo, la República Cooperativa de Guyana designó Co-Agentes a Sir Shridath Ramphal y Audrey Waddell.

2.1.8. Jueces *ad hoc*

La representación de los Estados partes en un conflicto determinado elevado a la consideración de la CIJ se garantiza a través de la designación de un juez *ad hoc* por cada una de las partes. En efecto, el párrafo tercero del artículo 31 del Estatuto establece:

“Si la Corte no incluyere entre los magistrados del conocimiento ningún magistrado de la nacionalidad de las partes, cada una de éstas podrá designar uno de acuerdo con el párrafo 2 de este Artículo”.

De forma que las partes podrán designar a una persona para que tome asiento en la CIJ en calidad de magistrado, elegida, preferiblemente, del grupo de individuos que fueron previamente candidatos a la magistratura. En efecto:

Cuando una de las partes decida ejercer su derecho a designar un juez *ad hoc* deberá, de conformidad con el párrafo primero del artículo 35 del Reglamento, notificar “*su intención a la Corte lo antes posible*”. En ese mismo momento deberá incluir datos relevantes del juez designado, como su nombre y nacionalidad, pero si no proporciona esta información, la parte que designa al juez *ad hoc* deberá, con arreglo al párrafo primero del artículo 35 del Reglamento:

el apartado de publicaciones. p. 18. Disponible en: <https://www.icj-cij.org/public/files/publications/handbook-of-the-court-en.pdf>.

⁷⁰ *Ídem*.

⁷¹ Se trata de un economista que fue Ministro de Finanzas de la República Cooperativa de Guyana de 1983 a 1992 y que ha ocupado cargos importantes, entre ellos, Secretario General del Grupo de Estados de África, el Caribe y el Pacífico, y en el 10º Parlamento es el portavoz de la oposición en materia de finanzas y cooperación económica internacional. Véase el portal web oficial del Parlamento de la República Cooperativa de Guyana. Traducción libre para este trabajo de investigación. Disponible en: <https://parliament.gov.gy/about-parliament/parliamentarian/carl-greenidge/>.

“...no más tarde de dos meses antes de la fecha fijada para la presentación de la contramemoria, dar a conocer a la Corte el nombre y la nacionalidad de la persona designada y facilitar una breve nota biográfica de la misma”.

La última parte del primer párrafo del artículo 35 del Reglamento indica que *“el juez ad hoc puede ser de nacionalidad distinta de la Parte que lo designe”*.

También existe la posibilidad de que ambas partes convengan en no designar juez *ad hoc* aun teniendo el derecho a hacerlo. En efecto, el párrafo segundo del artículo 35 del Reglamento señala:

“Cuando una parte esté dispuesta a abstenerse de designar un juez ad hoc a condición de que la otra parte haga lo mismo, lo notificará a la Corte y ésta informará a la otra parte. Si la otra parte manifiesta su intención de designar un juez ad hoc o lo designa, el Presidente podrá prorrogar el plazo concedido a la parte que anteriormente se había abstenido de hacer una designación”.

Si una parte designa a juez *ad hoc*, la otra parte tiene derecho a ser notificada por el Secretario de la CIJ. Asimismo, dentro de un plazo determinado por el Presidente de la CIJ podrá formular las observaciones que considere pertinentes. Si no hay ninguna clase de objeción respecto de la designación de un juez *ad hoc* y la CIJ tampoco tiene alguna, se informará igualmente a las partes (Párrafo tercero del artículo 35 del Reglamento).

Al examinar la regulación de los jueces *ad hoc* debe tenerse muy en cuenta la Directiva Práctica VII que establece limitaciones a las personas que pueden ser designadas como jueces *ad hoc*. No es conveniente que sea juez *ad hoc*, por ejemplo, una persona que en los tres años previos a su designación ha servido como agente, abogado o consejero en otro caso de la CIJ. En efecto dispone la Directiva Práctica VII:

“La Corte Internacional de Justicia considera que no redundaría en interés de la buena administración de la justicia que una persona actúe como juez ad hoc en un asunto y que también actúe o haya actuado recientemente como agente, abogado o consejero en otro asunto sometido a la Corte Internacional de Justicia. En consecuencia, las partes, al elegir un juez ad hoc de conformidad con el artículo 31 del Estatuto y el artículo 35 del Reglamento de la Corte, deben abstenerse de designar a personas que estén actuando como agente, consejero o abogado en otro caso ante la Corte o que hayan actuado en esa calidad en los tres años anteriores a la fecha de la designación.

*Asimismo, las partes deberán abstenerse de designar como agente, consejero o abogado en un caso ante la Corte a una persona que actúe como juez ad hoc en otro caso ante la Corte*⁷².

En el caso en que exista oposición formulada por la otra parte o dudas de la CIJ respecto de la designación de un juez *ad hoc*, será la propia CIJ la que decida la cuestión “una vez oídas las partes si fuese necesario” (Parágrafo cuarto del artículo 35 del Reglamento).

La República Cooperativa de Guyana, inicialmente, designó juez *ad hoc* a la Dra. Hilary Charlesworth⁷³. Sin embargo, en noviembre del 2021, la Dra. Hilary Charlesworth fue electa juez de la CIJ con ocasión del fallecimiento del juez James Richard Crawford ocurrido en La Haya el 31 de mayo de 2021⁷⁴. Le corresponde ahora a la Dra. Hilary Charlesworth culminar el período de nueve años del Dr. James Crawford, de manera que tendrá dos años en el ejercicio del cargo y obviamente, ha dejado de ser juez *ad hoc* en el caso relativo a la controversia entre la República Cooperativa de Guyana y Venezuela.

La República Cooperativa de Guyana ha designado entonces para ejercer el cargo de juez *ad hoc* al Dr. Rüdiger Wolfrum⁷⁵. Cabe destacar que la Dra. Hilary

⁷² Véase Directivas Prácticas de la Corte Internacional de Justicia. Disponible en: <https://www.icj-cij.org/en/practice-directions>.

⁷³ Hilary Charlesworth es australiana, catedrática de Derecho Harrison Moore, profesora galardonada en la Facultad de Derecho de Melbourne y ha sido profesora visitante varias universidades prestigiosas del mundo. Es investigadora en materia de derecho internacional. Ha sido miembro del Consejo Ejecutivo de la Sociedad Asiática de Derecho Internacional y de la Sociedad Americana de Derecho Internacional, así como Presidenta de la Sociedad Australiana y Neozelandesa de Derecho Internacional. En 2016, fue nombrada Doctora Honoris Causa por la Universidad Católica de Lovaina (Bélgica). Impartió el Curso General de Derecho Internacional Público en la Academia de La Haya en 2019. Es miembro del Institut de Droit International y fue Juez ad hoc en la Corte Internacional de Justicia en el caso de la Caza de Ballenas en el Antártico (Australia contra Japón) (2011-2014). Para una información más detallada véase la fuente original en la página web oficial de la Universidad de Melbourne. Disponible en: <https://law.unimelb.edu.au/about/staff/hilary-charlesworth>.

⁷⁴ United Nations News, “Veteran Australian judge Hilary Charlesworth elected to the International Court of Justice”, publicado el 5 de noviembre de 2021. Disponible en: <https://news.un.org/en/story/2021/11/1105002>.

⁷⁵ Rüdiger Wolfrum estudió derecho en las universidades de Tübingen y Bonn en 1964-1969. Es Doctor en Derecho Internacional desde 1973. Fue Vicepresidente de la Fundación Alemana de Investigación en el lapso de tiempo comprendido entre 1996-2002 y también fue Vicepresidente de la Sociedad Max Planck en 2002-2006. En 1996 fue designado juez de la Corte Internacional del Derecho del Mar; de 2005 a 2008, fue su presidente. Fue Presidente de la Asociación Alemana de Derecho

Charlesworth, ahora magistrada de la CIJ, decidió no intervenir en la controversia entre la República Cooperativa de Guyana y Venezuela en obsequio del deber de imparcialidad e independencia que deben cumplir los jueces de la CIJ.

Venezuela, por su parte, designó al jurista belga Philippe Couvreur como juez *ad hoc* ante la CIJ, de conformidad con el artículo 31 del Estatuto de la CIJ y el artículo 35 del Reglamento. El Dr. Couvreur es especialista en derecho internacional y fue secretario de la CIJ en La Haya (2000-2019), cargo del que se jubiló el 1 de julio de 2019.

Los jueces *ad hoc* de ambas partes fueron juramentados el 17 de noviembre de 2022 con fundamento en el artículo 20 del Estatuto, el cual establece que: “*Antes de asumir las obligaciones del cargo, cada miembro de la Corte declarará solemnemente, en sesión pública, que ejercerá sus atribuciones con toda imparcialidad y conciencia*”. Esta disposición aplica también a los jueces *ad hoc* con fundamento en el párrafo sexto del artículo 31 del Estatuto que indica lo siguiente: “*Los magistrados designados según se dispone en los párrafos 2, 3 y 4 del presente Artículo, deberán tener las condiciones requeridas por los Artículos 2, 17 (párrafo 2), 20 y 24 del presente Estatuto, y participarán en las decisiones de la Corte en términos de absoluta igualdad con sus colegas*”.

2.1.9. Orden del procedimiento mediante providencias de la CIJ (Artículo 44 del Reglamento)

La CIJ tiene la facultad de dictar providencias (*orders*) con el fin de ordenar el procedimiento con fundamento en el artículo 48 del Estatuto que establece lo siguiente: “*La Corte dictará las providencias necesarias para el curso del proceso, decidirá la forma y términos a que cada parte debe ajustar sus alegatos, y adoptará las medidas necesarias para la práctica de pruebas*”.

La CIJ dicta providencias, por ejemplo, para determinar los lapsos dentro de los cuales las partes pueden presentar su memoria y contramemoria. Así lo hizo en el caso de la controversia entre la República Cooperativa de Guyana y Venezuela, cuando el 19 de junio de 2018 dictó una providencia fijando los lapsos

Internacional y miembro de muchos consejos y academias nacionales e internacionales, como la Comisión de las Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación Racial y el Instituto de Derecho Internacional. Ha brindado información a jueces superiores en Afganistán y Sudán y actuó como mediador de las Naciones Unidas en el conflicto de Darfur. Tiene un doctorado honorario de la Academia Rusa de Ciencias, la Facultad de Derecho de Mongolia Shikhotug, la Universidad de Hamburgo y la Universidad de Pretoria. En 2008, recibió el Gran Certificado al Mérito de la República Federal de Alemania. Desde enero de 2013 es uno de los directores de la Fundación Max Planck para la Paz Internacional y el Estado de Derecho. Véase también la web oficial de la Corte Internacional de Justicia en la sección de “Current judges ad hoc”. Disponible en: <https://www.icj-cij.org/en/current-judges-ad-hoc>.

para la presentación de la memoria y contramemoria relativas al procedimiento incidental sobre su jurisdicción. Mediante esa orden determinó que la República Cooperativa de Guyana tenía hasta el 18 de noviembre de 2018 para presentar su memoria y Venezuela tendría hasta el 19 de abril de 2019 para la presentación de la contramemoria.

En el caso de la controversia entre la República Cooperativa de Guyana y Venezuela se han dictado dos providencias más. Una el 8 de marzo de 2021, mediante la cual la CIJ determinó los lapsos para la presentación de la memoria de la República Cooperativa de Guyana y la contramemoria de Venezuela, esta vez sobre el fondo de la controversia. De conformidad con esa providencia la CIJ determinó que la República Cooperativa de Guyana tendría hasta el 8 de marzo de 2022 para presentar su memoria y Venezuela tendría hasta el 8 de marzo de 2023 para la presentación de su contramemoria.

Una tercera providencia fue dictada el 13 de junio de 2022, luego de que Venezuela iniciara un procedimiento incidental mediante la oposición de excepciones preliminares relativas a la admisibilidad de la demanda de la República Cooperativa de Guyana. La CIJ dictó esta tercera providencia a objeto de fijar el 7 de octubre de 2022 como último día del lapso dentro del cual la República Cooperativa de Guyana podría presentar su escrito de observaciones y alegaciones a las excepciones preliminares opuestas por Venezuela.

2.1.10. Idiomas oficiales de la CIJ

El artículo 39 del Estatuto establece los idiomas oficiales de la CIJ que rigen también el procedimiento ante ese órgano jurisdiccional, estos son, el francés y el inglés. El idioma seleccionado por las partes determina el que utilizará la CIJ en la sentencia.

El mismo artículo 39 dispone que si no hay consenso entre las partes respecto del idioma que utilizarán, éstas podrán presentar sus argumentos en el idioma de su preferencia. En este supuesto, la CIJ dictará igualmente una sentencia en alguno de sus dos idiomas oficiales, es decir, francés o inglés.

Asimismo, si una de las partes solicita a la CIJ que le permita utilizar otro idioma distinto a los oficiales, ésta deberá autorizarlo. No encontramos razón para que el español no haya sido establecido también como idioma oficial y esperamos que en cualquier momento esta absurda omisión sea subsanada.

En cuanto a las traducciones que puedan solicitar las partes respecto de los escritos presentados por ellas mismas o por su contraparte al otro idioma oficial de la CIJ deberá tenerse en cuenta lo previsto en la Directiva Práctica IV que indica:

“Cuando una de las partes disponga de una traducción íntegra o parcial de sus propios escritos o de los de la otra parte en la otra lengua oficial de la Corte, estas traducciones deberán transmitirse de oficio a la Secretaría de la Corte. Lo mismo ocurre con los anexos.

*Estas traducciones serán examinadas por la Secretaría y comunicadas a la otra parte. Esta última también será informada de la forma en que fueron preparadas*⁷⁶.

A petición de Venezuela, según lo informó la presidenta de la CIJ al inicio de la audiencia oral celebrada el 17 de noviembre, la CIJ acordó la traducción desde y hacia al español además de los idiomas oficiales de la CIJ.

2.2. Sustanciación del proceso

La sustanciación del proceso ante la CIJ está dividida en dos fases, una escrita y otra oral. En estas fases los Estados parte en el proceso presentan sus argumentos de fondo sobre la controversia existente entre ellos.

En los procedimientos ante la CIJ la sustanciación inicia con la fase escrita en la cual el demandante presenta una Memoria en la que expresa su alegatos y pretensiones y, en respuesta, el demandado presenta una Contramemoria que contiene su defensa ante las pretensiones del demandante.

También es posible que las partes inicien procedimientos incidentales que suspenden el curso normal del proceso y abren un iter procesal distinto para dirimir exclusivamente el punto incidental que se ha sometido a la consideración de la CIJ. Entre los procedimientos incidentales, respetando el orden en que son presentados en el Reglamento, están las solicitudes de medidas provisionales, excepciones preliminares, reconvencción e intervención de terceros en el proceso.

2.2.1. Alegatos y defensas

2.2.1.1. Memoria (Artículo 43 del Estatuto; Artículos 45 y 49 del Reglamento)

La memoria es el primer acto procesal de la fase escrita que contiene las pretensiones del Estado demandante. Es el primer escrito en el que el demandante desarrolla con detalle cada uno de sus argumentos. Es el segundo acto procesal del demandante en los casos de iniciación del procedimiento ante la CIJ mediante solicitud (*Application of instituting proceedings*).

Los argumentos del demandante expresados en la memoria deben contener la exposición de hechos jurídicamente relevantes y el razonamiento jurídico que justifica sus pretensiones. La norma fundamental que regula este acto procesal es el párrafo segundo del artículo 43 del Estatuto que indica lo siguiente:

“El procedimiento escrito comprenderá la comunicación, a la Corte y a las partes, de memorias, contramemorias y, si necesario fuere, de réplicas, así como de toda pieza o documento en apoyo de las mismas”.

⁷⁶ Véase Directivas Prácticas de la Corte Internacional de Justicia. Disponible en: <https://www.icj-cij.org/en/practice-directions>.

El Reglamento, en el párrafo primero del artículo 45, se refiere a la memoria y contramemoria en los procedimientos iniciados mediante solicitud de la siguiente manera: *“En un procedimiento incoado mediante una solicitud, los alegatos escritos consistirán, por su orden, en una memoria del demandante y en una contra memoria del demandado”*⁷⁷.

En cuanto al contenido de la memoria, el párrafo primero del artículo 49 del Reglamento indica que: *“1. La memoria contendrá una exposición de los hechos en que se basa la demanda, los fundamentos de derecho y las conclusiones”*⁷⁸.

a. Argumentos de la República Cooperativa de Guyana

La República Cooperativa de Guyana fundamentó su pretensión en que:

- i. El Laudo Arbitral de París es válido y vinculante para las partes por cuanto el Tratado de Washington estableció en el artículo XIII que la decisión del tribunal arbitral sería *“un arreglo pleno, perfecto y definitivo”* y que así debían considerarlo las altas partes contratantes.
- ii. La validez del laudo fue ratificada por la ejecución de la decisión que se materializó entre noviembre de 1900 y junio de 1904 con las labores de la comisión mixta de demarcación. Todo lo anterior fue recogido el 10 de enero de 1905 por los comisionados que suscribieron el Acuerdo de 1905.
- iii. Venezuela manifestó en todo momento su conformidad con el Laudo Arbitral de París y con el Acuerdo de 1905.
- iv. Venezuela recibió con júbilo el Laudo Arbitral de París porque le había otorgado las Bocas del Orinoco, el territorio más valioso en la disputa. Los representantes de Guyana en la CIJ citan las palabras de José Andrade, Ministro Venezolano en Londres:

*“En verdad, la justicia brilló cuando, a pesar de todo, en la determinación de la frontera el dominio exclusivo del Orinoco nos fue otorgado, que es el objetivo principal que nos propusimos obtener a través del arbitraje. Lo considero bien, gasté los humildes esfuerzos que dediqué personalmente a este fin durante los últimos seis años de mi vida pública”*⁷⁹.

⁷⁷ Véase Reglamento de la Corte Internacional de Justicia. Disponible en: <https://www.icj-cij.org/public/files/rules-of-court/rules-of-court-es.pdf>.

⁷⁸ *Ídem.*

⁷⁹ *Ídem.*

- v. El memorándum póstumo de Severo Mallet-Prevost no fue invocado sino hasta el año 1962. Este documento no contenía ninguna reclamación ni evidencia conocimiento directo de la supuesta componenda.
- vi. Venezuela, había aceptado el Laudo Arbitral de París y luego cambió de posición al respecto. Para Guyana ese cambio de parecer ocurrió, convenientemente, mientras se desarrollaba la independencia de la República Cooperativa de Guyana.
- vii. Luego de la apertura de los archivos del Reino Unido y los Estados Unidos de América se examinó la información recabada. La República Cooperativa de Guyana afirma que no hubo ninguna evidencia que respaldara la posición venezolana sobre que el Laudo Arbitral de París es nulo e írrito.
- viii. La República Cooperativa de Guyana alega la violación de su soberanía e integridad territorial en múltiples ocasiones por parte de Venezuela. Señala que desde la independencia de Guyana han tenido lugar ocupaciones militares en el territorio que les pertenece según el Laudo Arbitral de París del 3 de octubre de 1899.
- ix. La República Cooperativa de Guyana indica una serie de hechos que, a su juicio, han impedido el desarrollo económico de dicha nación obstruyendo las actividades de inversionistas en territorios que les pertenecen de conformidad con el Laudo Arbitral de París.

b. Réplica a los argumentos de la República Cooperativa de Guyana

Conviene ahora formular algunas consideraciones a estos argumentos expuestos por la República Cooperativa de Guyana.

El argumento (i) se refiere al carácter pleno, perfecto y definitivo que, según ellos tiene el Tratado de Washington de 1897, pero que, como veremos en verdad nunca tuvo.

Los argumentos (ii), (iii), (iv), (v) y (vi) están referidos a la supuesta aquiescencia de Venezuela respecto del Laudo Arbitral de París. Estos argumentos serán tratados en un mismo punto debido a su cercana conexión entre sí.

El argumento (vii) es utilizado por la República Cooperativa de Guyana para insistir en que Venezuela no recabó pruebas que sirvieran para demostrar que el Laudo Arbitral de París es nulo durante las investigaciones efectuadas en los archivos británicos y estadounidenses luego de su apertura.

El argumento (viii) guarda relación con la supuesta conducta de Venezuela de violar la soberanía de la República Cooperativa de Guayana.

Por último, el argumento (ix) indica que la República Cooperativa de Guyana se ha visto limitada en cuanto su desarrollo económico mediante la obstrucción de las actividades de inversionistas en los territorios que le adjudicó el Laudo Arbitral de París.

- (i) **Réplica al argumento de Guyana según el cual el Laudo Arbitral de París es válido y vinculante para las partes por cuanto el Tratado de Washington estableció en el artículo XIII que la decisión del tribunal arbitral sería “un arreglo pleno, perfecto y definitivo” y que así debían considerarlo las altas partes contratantes**

La realidad es totalmente contraria a lo sostenido por Guyana, por cuanto el Laudo de París del 3 de octubre de 1899 es nulo de forma absoluta y por tal razón no tiene carácter definitivo ni es obligatorio, no produce los efectos de la cosa juzgada y se considera un acto jurídicamente inexistente, desde que fue dictado en violación a las normas del tratado de arbitraje que le dio origen, en contra del derecho internacional vigente para el momento en que se dictó, en violación del debido proceso e incurriendo en el vicio de exceso de poder y de *ultra petita*; además fue totalmente inmotivado y violó el deber de imparcialidad de los árbitros. Nos referiremos a cada uno de estos vicios.

- **El Laudo Arbitral de París es nulo por violación al debido proceso y por ello no produce efectos, no es definitivo, no produce cosa juzgada y no es un arreglo pleno, perfecto y definitivo**

De acuerdo con lo establecido en los artículos III y IV del Tratado de Washington la controversia entre Venezuela y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda debía ser resuelta mediante arbitraje de derecho. Esto implicaba necesariamente que los árbitros debían respetar la letra y espíritu del Tratado de Washington. Los árbitros sólo podían cumplir ese deber si estudiaban, investigaban y se cercioraban de los títulos jurídicos de las partes involucradas en la disputa, siempre tomando en cuenta el derecho internacional vigente para la época.

No obstante, el Tribunal Arbitral de París no investigó, ni se cercioró de la legitimidad y legalidad de los títulos de Venezuela, antes y por el contrario, los desechó en contravención con el artículo III del tratado de arbitraje que estableció *“El Tribunal investigará y se cerciorará de la extensión de los territorios respectivamente, o que pudieran ser legalmente reclamados por aquellas o éste, al tiempo de la adquisición de la Colonia de la Guayana Británica por la Gran Bretaña, y determinará la línea divisoria entre los Estados Unidos de Venezuela y la Colonia de la Guayana Británica”*⁸⁰. (Resaltado añadido).

⁸⁰ Héctor Faúndez Ledesma, *La competencia contenciosa...*, ob. cit., p. 337 (véase nota 39).

La obligación de *investigar y cerciorarse*, establecida expresamente en el Tratado de Washington, suponía que los árbitros debían atender a los títulos de derecho de cada una de las partes y corroborar que efectivamente eran susceptibles de ser considerados como pruebas de sus pretensiones.

Esta obligación también está presente en el artículo V del Tratado de Washington, conforme al cual los árbitros debían *examinar y decidir imparcial y cuidadosamente las cuestiones que se les hayan sometido*. En efecto, el artículo V del Tratado de Washington estableció que: “*Los Árbitros se reunirán en París dentro de los sesenta días después de la entrega de los argumentos impresos mencionados en el artículo VIII, y procederán a examinar y decidir imparcial y cuidadosamente las cuestiones que se les hayan sometido o se les presentaren, según aquí se estipula, por parte de los Gobiernos de los Estados Unidos de Venezuela y de Su Majestad Británica respectiva*”⁸¹. (Resaltado añadido).

De los artículos citados se desprende que los árbitros debían examinar las cuestiones que le fueron sometidas a consideración y, en segundo lugar, decidir sobre ellas, de manera imparcial y cuidadosa. Sin embargo, no fue así. Los árbitros decidieron con total arbitrariedad pues lo hicieron sin tomar en cuenta ninguno de los títulos válidos de Venezuela.

La expresión *legalmente reclamados* suponía que los árbitros debían considerar sólo los títulos que las partes pudieran demostrar en derecho a la luz de los principios de derecho internacional vigentes para el momento.

De otra parte, debe tenerse en cuenta también la regla “c” del artículo IV, que precisa también la aplicación del derecho internacional, en los siguientes términos:

*“Los Árbitros podrán reconocer y hacer efectivos derechos y reivindicaciones que se apoyen en cualquier otro fundamento válido conforme al derecho internacional y en cualesquiera principios de derecho internacional que los Árbitros estimen aplicables al caso...”*⁸².

Contrariamente a lo expuesto, los árbitros decidieron con total arbitrariedad, sin tomar en cuenta los títulos válidos de Venezuela y en abierta violación al debido proceso y al derecho aplicable para el momento, no obstante que Venezuela posee títulos de derecho que fundamentan su legítima titularidad sobre el territorio Esequibo.

Además, consta en diferentes fuentes históricas que España -en los tiempos de la colonia- ejerció verdaderos actos de soberanía sobre el territorio en disputa.

⁸¹ *Ibíd.*, p. 338.

⁸² *Ídem.*

Como señala Guerra Iñiguez “*la ocupación está íntimamente vinculada con el descubrimiento*”⁸³, es fácil comprender que España adquirió estos territorios a través de este medio.

En el derecho internacional público la ocupación es uno de los medios originarios de adquisición de territorios. De allí que la ocupación de territorios mediante asentamientos humanos y las muestras de ejercicio de poder en ellos tiene una enorme relevancia jurídica por cuanto es uno de los medios originarios de adquisición del territorio, indiscutiblemente reconocido por la doctrina del derecho internacional⁸⁴.

Los actos de ocupación, a pesar de no tener el mismo valor que un título de derecho, son pruebas contundentes de que los territorios al oeste del río Esequibo habían sido ocupados y administrados por España. Luego, Venezuela ejerció soberanía bajo el principio de *uti possidetis iuris* y posteriormente sus derechos sobre el territorio fueron reconocidos mediante el Tratado de Paz y Reconocimiento a través del cual España, luego de la independencia, renunció a todos los derechos que tenía sobre el territorio venezolano.

Los títulos de Venezuela se encuentran claramente contenidos no sólo en documentos históricos, sino también en cuerpos normativos de derecho interno y de derecho internacional y ninguno de ellos fue tomado en cuenta por el tribunal arbitral, quien no investigó ni se cercioró de la legitimidad y legalidad de los títulos de Venezuela.

La obligación de *investigar y cerciorarse* suponía que los árbitros debían atender a los títulos de derecho de cada una de las partes y corroborar si efectivamente eran susceptibles de ser considerados como pruebas de sus pretensiones, antes y por el contrario los árbitros decidieron con absoluta arbitrariedad y sin tomar en cuenta ninguno de los títulos válidos de Venezuela.

Si los árbitros hubieran cumplido con sus deberes de averiguar y asegurarse de la validez de los títulos jurídicos de las partes conforme al derecho internacional entonces vigente, habría sido imposible que otorgara tan amplio territorio al Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda.

⁸³ Daniel Guerra Iñiguez, *Derecho internacional público*, Edipublica, Caracas, 1982, p. 179.

⁸⁴ Véase la ponencia de Luís García Corrochano en el evento sobre Las reglas del Tratado de Washington de 1897 realizado en el marco del Ciclo de Conferencias sobre la Controversia del Esequibo organizado por la Academia de Ciencias Políticas y Sociales en fecha 15 de julio de 2021. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=j0EhW5TrA0I>.

- **El Laudo de París es nulo por haber incurrido en el vicio de exceso de poder y por ello no produce efectos, no es definitivo, no produce cosa juzgada y no es un arreglo pleno, perfecto y definitivo**

El Laudo Arbitral de París es nulo por haber incurrido en el vicio de exceso de poder desde que aplicó erróneamente el artículo IV del Tratado de Washington de 1897, cuya primera parte indicaba “*al decidir los asuntos sometidos a los árbitros, éstos se cerciorarán de todos los hechos que estimen necesarios para la decisión de la controversia*” (Resaltado añadido).

El tribunal arbitral de París no consideró necesario cerciorarse de los hechos que favorecían los intereses de Venezuela. Tampoco estimó conveniente valorar en forma correcta los numerosos títulos jurídicos e históricos que tenía Venezuela sobre el territorio en disputa. Todo lo anterior a pesar de que se trataba de un arbitraje de derecho.

El tribunal arbitral de París ignoró esa primera parte del artículo IV del Tratado de Washington y aplicó directamente la regla “a” de esa misma norma, que contenía una cláusula de prescripción que estableció que: “*Una posesión adversa o prescripción por el término de cincuenta años constituirá un buen título. Los árbitros podrán estimar que la dominación política exclusiva de un Distrito, así como la efectiva colonización de él son suficientes para constituir una posesión adversa o crear títulos de prescripción*”⁸⁵.

Lo anterior no significaba en modo alguno que los árbitros tuvieran competencia para desechar, sin análisis alguno, las pruebas documentales que respaldaban el derecho de Venezuela sobre el territorio en reclamación. Sin embargo, la interpretación que el tribunal dio a la regla “a” fue absolutamente favorable al Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda, en evidente violación del artículo IV del Tratado de Washington.

La regla “a” contenida en el Tratado de Washington, conocida como la cláusula de la prescripción, indujo al error interpretativo a la parte venezolana, haciendo que se impusiera el principio del *uti possidetis facti* sobre el *uti possidetis iuris*⁸⁶.

Esto se hizo bajo el argumento de que el *uti possidetis iuris*, por ser un principio de derecho internacional americano, sólo era aplicable entre los Estados de la región bajo conquista. De manera que el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda, al no ser parte de los estados bajo dominio colonial, sostuvo que este principio no tenía ninguna aplicación en el caso y el tribunal arbitral respaldó esa injusta afirmación.

⁸⁵ Héctor Faúndez Ledesma, *La competencia contenciosa...*, *ob. cit.*, p. 337.

⁸⁶ Véase Isidro Morales Paúl, “Análisis crítico del problema fronterizo «Venezuela-Gran Bretaña»”, *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, número 91, Caracas, p. 192.

La correcta interpretación y aplicación del artículo IV del Tratado de Washington suponía aplicar el principio *uti possidetis iuris*, el cual habría conducido a un pronunciamiento favorable a Venezuela debido a que fue por vía del derecho que Venezuela adquirió todos los territorios que pertenecían a la Capitanía General de Venezuela desde 1777.

Surgió entonces la necesidad de establecer la fecha crítica, entendida como el momento concreto a partir del cual el tribunal debía aplicar la regla de la prescripción. Para determinar la fecha crítica de la controversia, el tribunal arbitral debió considerar las manifestaciones de voluntad de funcionarios debidamente autorizados expresada mediante un canje de notas diplomáticas, que constituyó el Tratado de Status Quo de 1850 que *“tuvo por objeto esencial, el acabar con el estado tensión y hostilidad existentes en ese momento entre Venezuela y Gran Bretaña y al propio tiempo lograr una certeza jurídica al congelar el apetito usurpador de la Gran Bretaña Imperial”*⁸⁷.

El tribunal no consideró la fecha crítica establecida mediante Tratado de Status Quo de 18 de noviembre de 1850. La fecha crítica que tomó en cuenta el tribunal fue el 13 de agosto de 1814, momento en el que Holanda cedió al Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda sus dominios al este del río Esequibo mediante el Tratado de Londres.

A Venezuela se le hizo creer, por medio de sus representantes, que el tribunal aplicaría la regla de la prescripción a un período anterior al 13 de agosto de 1814 y que, además, solo sería sobre una pequeña porción de territorio. Lo que hizo finalmente el tribunal de París fue muy diferente. En lugar de aplicar la regla de la prescripción al período anterior al 13 de agosto de 1814, decidió aplicarla al período posterior a esa fecha. Eso mismo lo sostuvo ante el tribunal -sorprendentemente- el Expresidente de los Estados Unidos, Benjamín Harrison, que actuaba en representación de Venezuela cuando, refiriéndose a la correspondencia secreta entre el Secretario de Estado, Richard Olney y el Embajador de Reino Unido en Washington, Julián Pauncefote, afirmó que: *“Sería una candidez de mi parte si no dijese que ellas, claramente, parecen indicar que el Sr. Olney y Sr. Julián Pauncefote entendieron que el período de prescripción se aplica a los años posteriores a 1814”*⁸⁸.

En otras palabras, se tomaron las cartas confidenciales de dos individuos que no tenían autorización para obligar a la República de Venezuela en una manifestación de voluntad completamente contraria a sus propios intereses en la controversia. Esta fue, muy lamentablemente, la interpretación de la regla de la prescripción.

⁸⁷ *Ibíd.*, p. 359.

⁸⁸ *Ibíd.*, p. 374.

De manera que con el consentimiento de uno de los abogados de Venezuela se tomó la correspondencia de dos sujetos que no tenían carácter de representantes, como una declaración interpretativa que sólo perjudicaba a Venezuela y beneficiaba al Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda. Como se ha señalado en una investigación relativa a este asunto “*aquí no se trata de un representante debidamente acreditado, sino del representante de un tercer Estado que celebra un acuerdo secreto, sin autoridad alguna para comprometer a nadie, acuerdo que asombrosamente es admitido en el proceso, incorporado a la evidencia y, en consecuencia, produce plenos efectos procesales. No se puede encontrar en la historia judicial de las naciones, mayor atropello, en desmérito y a espaldas del país cuyos intereses estaban debatiéndose*”⁸⁹.

Aunque también es necesario insistir que incluso la regla de prescripción interpretada de esa forma incorrecta no habría permitido otorgar la gran porción de territorio que se adjudicó al Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda. En efecto, está demostrado en el mapa incluido en el informe de los jesuitas Hermann González y Pablo Ojer que el territorio que podía adquirir el Reino Unido mediante la regla de prescripción era mucho menor al que el laudo le adjudicó finalmente⁹⁰.

- **El Laudo de París es nulo por haber incurrido en el vicio de *ultra petita* y por ello no produce efectos, no es definitivo, no produce cosa juzgada y no es un arreglo pleno, perfecto y definitivo**

El artículo I del Tratado de Washington estableció que el objetivo del tribunal arbitral era “*determinar la línea divisoria entre los Estados Unidos de Venezuela y la Colonia de la Guayana Británica*”.⁹¹ Por otra parte, el artículo III estableció que el tribunal debía *investigar y cerciorarse* de la extensión de los territorios respectivamente, o que pudieran ser legalmente reclamados y debía determinar la línea divisoria entre los Estados Unidos de Venezuela y la Colonia de la Guayana Británica.

De manera que la decisión incurrió en el vicio de *ultra petita* debido a que decidió sobre el régimen de navegación en los ríos Barima y Amacuro y desde que la decisión involucró y afectó a Estados que no suscribieron el tratado de arbitraje, pronunciándose sobre cuestiones limítrofes que incluso eran discutidas en ese momento, como la frontera entre Guayana Británica y Brasil. Por lo que, al incurrir en el vicio de exceso de poder y, concretamente, en el vicio de *ultra petita*, el laudo arbitral es un acto nulo y jurídicamente inexistente.

⁸⁹ *Ibid.*, pp. 376-378.

⁹⁰ Hermann González Oropeza y Pablo Ojer Celigueta, Informe que los expertos venezolanos para la cuestión de límites con Guayana Británica presentan al gobierno nacional, Ministerio de Relaciones Exteriores, Caracas, 1967. p. 15.

⁹¹ Héctor Faúndez Ledesma, *La competencia contenciosa...*, *ob. cit.*, p. 336.

- **El Laudo de París es nulo por haber incurrido en el vicio de inmotivación y por ello no produce efectos, no es definitivo, no produce cosa juzgada y no es un arreglo pleno, perfecto y definitivo**

Para que el Laudo Arbitral de París fuera válido el Tratado de Washington de 1897 y los principios generales del derecho internacional exigían que éste fuera dictado con arreglo a derecho. Esto suponía incluir en la decisión la necesaria y suficiente motivación que permitiera conocer a las partes la valoración de los árbitros respecto de cada uno de los títulos jurídicos presentados y la explicación razonada de por qué decidieron de la forma como lo hicieron.

El deber de motivación se estableció en el artículo III del Tratado de Washington que indica que el Tribunal investigará y se cerciorará de la extensión de los territorios respectivamente, o que pudieran ser legalmente reclamados por las partes.⁹² Si el tribunal tenía la obligación de atender a los fundamentos legales de los títulos de cada una de las partes, entonces debía explicar detalladamente cómo lo había hecho y como apreciaba y valoraba dichas pruebas.

Para el momento en que se dictó la decisión era ya un principio de derecho internacional que en los arbitrajes de derecho los laudos debían ser motivados. El laudo es nulo por no atender al derecho aplicable que se desprendía de los principios generales del derecho internacional. Estos principios eran vinculantes para las partes y generaban la obligación de los árbitros de resolver la controversia con arreglo a derecho y no en forma discrecional. Los árbitros ignoraron el deber de motivación y dictaron un laudo insuficiente en el que se establece el límite entre dos Estados sin ninguna motivación.

- **El Laudo de París es nulo por haber faltado gravemente al deber de imparcialidad y por ello no produce no es definitivo, no produce cosa juzgada y no es un arreglo pleno, perfecto y definitivo**

El Laudo arbitral de París es nulo, además, porque violó principios de derecho internacional al haber faltado los árbitros al deber de neutralidad e imparcialidad. El incumplimiento de este deber se observa claramente al examinar la actuación del Presidente del tribunal arbitral Fiódor Fiódorovich Martens. En efecto, existen pruebas que determinan que Fiódor Fiódorovich Martens manipuló y coaccionó a los demás árbitros para obtener una decisión unánime a favor del Reino Unido, convirtiendo un laudo de derecho en un arreglo político.

La violación del deber de imparcialidad por parte de Fiódor Fiódorovich Martens está respaldada por las investigaciones de los jesuitas Hermann González Oropeza y Pablo Ojer concretada en el *Informe que los expertos venezolanos para la cuestión de límites con Guayana Británica presentan al gobierno nacional* publicado en 1967.

⁹² *Ibíd.*, p. 337.

De ese informe se deduce que Venezuela posee documentos, comunicaciones y notas de presa que demuestran que se trató de una componenda y no de una decisión dictada conforme al derecho vigente para la época.

Además, las sospechas de que el presidente del tribunal arbitral, Fiódor Fiódorovich Martens, había violado gravemente el deber de imparcialidad, quedaron plenamente comprobadas cuando se publicó el memorándum que había dejado Severo Mallet-Prevost, uno de los abogados que representaba a Venezuela, fallecido el 10 de diciembre de 1948 en Nueva York.

En el memorándum, Severo Mallet-Prevost reconoció que él y el Presidente Benjamín Harrison tuvieron conocimiento de la confabulación que existió entre el Presidente del tribunal arbitral Fiódor Fiódorovich Martens y los árbitros ingleses Lord Russell y Lord Collins. Incluso, *The Times*, un periódico londinense, publicó una declaración de la agencia de noticias Reuters que contenía las declaraciones del presidente Benjamin Harrison y Severo Mallet-Prevost donde expresaron que “*nada había en la historia de la controversia que explicase adecuadamente la línea fronteriza establecida en el Laudo*”.

El Memorándum de Severo Mallet-Prevost no es el único documento que puso de manifiesto los vicios del Laudo Arbitral de París. Hubo muchas reacciones de prensa que lo confirman. Entre ellas la carta de César Zumeta publicada en el diario caraqueño *El Tiempo*, el 17 de octubre de 1899, y referida por los jesuitas Hermann González y Pablo Ojer en su informe, que dejó claro el efecto negativo que tuvo el Laudo Arbitral de París en el foro arbitral internacional, creando una suerte de aversión al mecanismo. Lo mismo ocurrió el 18 de octubre de 1899 en una publicación del *Idaho Daily Statesman*, un diario de los Estados Unidos, en la que se criticó fuertemente el arbitraje de París.

Recordemos la comunicación del propio Severo Mallet-Prevost de fecha 26 de octubre de 1899, trece días después de dictado el laudo, dirigida al profesor George L. Burr donde afirmó que los árbitros no actuaron conforme a derecho e insistió en que se trató de un arreglo político y no de un verdadero laudo arbitral⁹³.

De manera que no fue sólo el memorándum de Severo Mallet-Prevost, sino que muchos otros documentos sirven perfectamente para probar que los árbitros y principalmente el presidente del tribunal arbitral, Fiódor Fiódorovich Martens, violaron gravemente el deber de neutralidad e imparcialidad y convirtieron el laudo de derecho en un arreglo político, lo que acarrea su nulidad por violar las normas del compromiso arbitral.

– Consecuencias de la nulidad del Laudo Arbitral de París

El Laudo Arbitral de París es nulo de nulidad absoluta porque fue dictado en violación a las normas del tratado de arbitraje que le dio origen; en contra del derecho internacional vigente para el momento que se dictó; en violación del

⁹³ *Ídem.*

debido proceso e incurriendo en el vicio de exceso de poder y de *ultra petita*; además fue totalmente inmotivado y violó el deber de imparcialidad de los árbitros.

Los vicios del Laudo Arbitral de París generan la pérdida de su carácter definitivo, porque no es posible resolver una controversia sobre la base de la violación de los derechos de una de las partes y el irrespeto a los principios del derecho internacional.

El efecto vinculante solo opera cuando un laudo ha sido debidamente dictado. El efecto de cosa juzgada y el principio de intangibilidad del laudo nunca han protegido al Laudo Arbitral de París. La *res iudicata* es la condición que se atribuye a una sentencia que supone que la decisión ha quedado definitivamente firme y no existe contra ella recurso alguno. Debe tratarse de una sentencia en todo el sentido de la palabra, es decir, del producto del ejercicio de la función jurisdiccional con imparcialidad y con cumplimiento de las reglas formales y sustanciales que la rigen.

El Laudo Arbitral de París no tiene la condición de *res iudicata* porque no cumple con los requisitos mínimos de validez de un laudo arbitral. No hubo en su producción ejercicio de función jurisdiccional, fue el producto de un acuerdo político, no hubo juzgamiento de derecho y de allí sus múltiples vicios, por lo cual es un acto absolutamente nulo que debe reputarse como inexistente y eso quedó reconocido tácitamente con la suscripción del Acuerdo de Ginebra. Si el asunto hubiera estado dilucidado de forma definitiva por una decisión arbitral considerada válida por las partes no se habría convenido en suscribirlo.

La controversia en vía jurisdiccional sólo puede y tiene, si a esta vía recurren las partes, que ser dilucidada por una autoridad que cumpla las garantías del debido proceso; que se someta al derecho internacional vigente; que no incurra en el vicio de exceso de poder; que no decida más allá del objeto de la controversia delimitado por las partes; que explique las razones de hecho y de derecho que orientaron su decisión y que respete los deberes de imparcialidad e independencia de quienes deciden.

El Laudo Arbitral de París que, de conformidad con el Tratado de Washington del 2 de febrero de 1897, debía ser un arreglo pleno, perfecto y definitivo nunca tuvo ninguna de estas tres características, lo cual está absolutamente confirmado con la firma del Acuerdo de Ginebra por Venezuela, el Reino Unido y la Colonia de la Guayana Británica -hoy República Cooperativa de Guyana- el 17 de febrero de 1966, mediante el cual se reconoce la existencia de una contención según la cual el Laudo Arbitral de París es nulo e írrito y se insiste en la necesidad de alcanzar soluciones prácticas y mutuamente satisfactorias. El Acuerdo de Ginebra confirma que Venezuela siempre ha cuestionado el Laudo Arbitral de París y ratifica que el Laudo Arbitral de París no fue un arreglo pleno, perfecto y definitivo; y que la parte demandante ha reconocido su nulidad e ineficacia, de allí el reconocimiento a la necesidad de buscar nuevas soluciones.

Además, es evidencia incontestable que el Laudo Arbitral de París es un acto nulo desde el momento en que se dictó, lo que equivale a su inexistencia jurídica, porque, como afirma el Dr. Héctor Faúndez Ledesma: “*Si es tan obvio que el laudo es válido, ¿por qué Guyana ha recurrido a la Corte Internacional de Justicia para que confirme su validez y no ha pedido, simplemente, que se ordene su ejecución?*”⁹⁴

El Laudo Arbitral de París es un acto jurídicamente inexistente y la República Cooperativa de Guyana pretende que la CIJ le dote de la validez jurídica que nunca tuvo.

(ii) Réplica a los argumentos (ii); (iii); (iv); (v) y (vi) de la República Cooperativa de Guyana, referidos a la supuesta aquiescencia de Venezuela respecto del Laudo Arbitral de París

El Laudo Arbitral de París no puede entenderse legítimamente ejecutado porque Venezuela siempre se opuso, habida cuenta de la ilegitimidad misma del fallo arbitral. Los actos de ejecución realizados fueron bajo la indebida coacción británica y por tal motivo trató de posponer la demarcación de los límites. Sin embargo, el Reino Unido exigió la ejecución del laudo y amenazó con ejecutarlo unilateralmente si Venezuela se negaba a participar. Siendo ello así el 22 de octubre de 1899, el Ministerio de Relaciones Exteriores de Venezuela, dirigiéndose a Felipe de Aguerrevere, comisionado en la demarcación, expresó respecto de la línea establecida por el tribunal arbitral que: “*Se trata de una línea establecida de hecho, sin ningún apoyo ni fundamento histórico, geográfico, ni político. En consecuencia, y porque el laudo había sido abiertamente injusto con Venezuela, instruyó a los comisionados venezolanos que refirieran todo al más severo procedimiento*”⁹⁵.

Luego en el mes de julio de 1900 la delegación inglesa en Caracas intimó al gobierno venezolano a que enviara en su representación una comisión demarcadora a Punta Playa y, de resistirse a este requerimiento, el Reino Unido procedería a la demarcación unilateral. La presión ejercida por el Reino Unido amenazaba con causar mayores males que los ya había generado el Laudo Arbitral de París.

El término para que Venezuela participara en la demarcación fue notificado por el representante británico en Caracas a finales de julio. Se fijó el 3 de octubre de 1900 para que Venezuela participara en la demarcación, con la amenaza de proceder a una demarcación unilateral de la frontera si ello no fuere así⁹⁶.

⁹⁴ Héctor Faúndez Ledesma, “La nulidad del Laudo de París, del 3 de octubre de 1899”, *ob. cit.*, p. 688.

⁹⁵ Hermann González Oropeza y Pablo Ojer Celigueta, *ob. cit.*, p. 22.

⁹⁶ *Ibíd.*, p. 21.

El 8 de octubre de 1900 el representante británico envió otra notificación, esta vez informó que el gobernador de la Guayana Británica había recibido instrucciones de proceder a la demarcación y el 19 de octubre de 1900 ya se había levantado el primer hito fronterizo en Punta Playa⁹⁷. En esas condiciones se constituyeron las comisiones de demarcación, que funcionaron entre 1900 y 1905.

A Venezuela no le quedó otra opción que aceptar la ejecución del laudo⁹⁸. En efecto: *“Es cierto que Venezuela ejecutó el Laudo. Lo ejecutó por presión de Gran Bretaña, porque el Cónsul Inglés en Caracas expresó en nota inquisitiva, que iba a iniciar la demarcación del terreno y que la harían unilateralmente si Venezuela no participaba. De inmediato iniciaron la demarcación por Punta de Barima. A Venezuela no le quedó más recurso que concurrir a esa demarcación”*⁹⁹. Según el informe elaborado por los jesuitas Hermann González y Pablo Ojer *“la participación de Venezuela en la demarcación de la frontera revistió un carácter puramente técnico. A ello fue forzado el país por circunstancias para él insuperables”*¹⁰⁰.

La evidencia de esta ejecución bajo coacción se presenta aún más patente cuando en 1902, mientras las comisiones de demarcación procedían a la ejecución del laudo, Venezuela sufría el bloqueo de sus costas y las amenazas de invasión por parte de Alemania, Italia y del Imperio Británico. Además, a la exigencia de pago de la deuda externa se unieron *“...las reclamaciones que hacían los súbditos de esos países por los daños que habían sufrido sus propiedades durante los frecuentes combates y escaramuzas entre las montoneras, producto de la inestabilidad política de la época en el país”*¹⁰¹.

Para la República Cooperativa Guyana, el hecho de que en 1905 se celebrara un acuerdo para la determinación de la frontera, de conformidad con lo establecido por el Laudo Arbitral de París, demuestra que se trató de una solución final. Afirman que el Reino Unido había considerado la decisión como un arreglo definitivo, desde que el tribunal dictó el Laudo Arbitral de París hasta la independencia de la República Cooperativa de Guyana en 1966.

⁹⁷ *Ídem.*

⁹⁸ Manuel Donís Ríos, “La reclamación del territorio Esequibo: 1899-1966”, en *Boletín de la Academia Nacional de la Historia*, número 397, Caracas, 2016, p. 5.

⁹⁹ Isidro Morales Paúl, “Análisis crítico del problema fronterizo «Venezuela-Gran Bretaña»”, *ob. cit.*, p. 189.

¹⁰⁰ *Ibíd.*, p. 28.

¹⁰¹ Alexis Palencia Hernández, “Escuadra venezolana en tiempos de Castro”, en *Tiempo y espacio*, número 64, Universidad Pedagógica Experimental Libertador, Caracas, 2015, p. 486. Disponible en: <http://ve.scielo.org/pdf/te/v25n64/art22.pdf>.

Según lo expuesto en la demanda interpuesta por la República Cooperativa Guyana, entre 1899 y 1962 Venezuela expresó incondicionalmente su conformidad con el Laudo Arbitral de París. Para la República Cooperativa Guyana no fue sino hasta 1962 cuando Venezuela cambió su posición, en medio del proceso de independización de la Colonia de la Guayana Británica.

La República Cooperativa de Guyana afirma que Venezuela intentó no reconocerla como nuevo Estado independiente. Eso es totalmente falso desde que el Embajador Carlos Sosa Rodríguez ante la 130ª reunión del XVI Período Anual de Sesiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas en fecha 22 de febrero de 1962, ratificó la posición sostenida por el Ministerio de Relaciones Exteriores de Venezuela según la cual un cambio de status de la colonia de la Guayana Británica no cambiaría la legítima aspiración venezolana de obtener justicia¹⁰², cuestión que hizo en los siguientes términos: “...*reviste particular importancia para Venezuela el proceso de evolución política, mediante el cual, pacíficamente, habrá de adquirir su independencia el pueblo de la Guayana Británica, que comparte fronteras con el nuestro y cuyo destino de nación soberana, incorporada en el plan de igualdad al concierto de los demás Estados del continente, propiciamos con genuino sentimiento americano. En esta oportunidad, en que apoyamos plenamente el conocimiento de los derechos que corresponden a la población de la Guayana Británica, no podríamos, sin embargo, sin traicionar a nuestro propio pueblo venezolano, olvidarnos de sus derechos, de sus reivindicaciones de fronteras, y silenciar en este foro mundial su legítimo reclamo de que se rectifique una injusticia histórica*”¹⁰³.

Igualmente, el Ministro de Relaciones Exteriores de Venezuela, Marcos Falcón Briceño, ante la 348ª Sesión del Comité Político Especial de la XVII Asamblea de las Naciones Unidas en fecha 12 de noviembre de 1962, ratificó el apoyo a la independencia de la Guyana, ratificó asimismo la posición del Embajador Carlos Sosa Rodríguez respecto de la reclamación e invocó la histórica postura venezolana de que el Laudo Arbitral de París es nulo¹⁰⁴.

En efecto indicó el Ministro de Relaciones Exteriores de Venezuela Dr. Marcos Falcón Briceño que: “*También quiere ratificar Venezuela su franco apoyo a la independencia de la Guayana Británica, y por ese motivo espera que en las conversaciones que desea tener con el Reino Unido para buscar el mejor camino de una solución pacífica de esa controversia, tengan plena participación también los representantes del gobierno de Guayana Británica*”¹⁰⁵.

Como señala el académico e historiador venezolano Manuel Donís Ríos: “*Venezuela, víctima del atropello e injusticia del Laudo de 1899, mantuvo su*

¹⁰² Hermann González Oropeza y Pablo Ojer Celigueta, *ob. cit.*, p. 25.

¹⁰³ Efraín Schacht Aristigueta, *ob. cit.*, p. 33 (véase nota 5).

¹⁰⁴ Hermann González Oropeza y Pablo Ojer Celigueta, *ob. cit.*, p. 25.

¹⁰⁵ Efraín Schacht Aristigueta, *ob. cit.*, p. 33.

*consecuente e ininterrumpida posición anticolonialista, apresurándose a reconocer el nuevo Estado de Guyana mediante Nota de fecha 26 de mayo de 1966*¹⁰⁶.

De manera que es incontestable que Venezuela nunca demostró aquiescencia respecto al Laudo Arbitral de París, pues desde muy temprano, habida cuenta de los atropellos que tuvieron lugar desde la negociación del Tratado de Washington, ésta siempre ha considerado que el Laudo Arbitral de París es una decisión injusta y con vicios que acarrearán su inexistencia jurídica. La controversia territorial nunca ha sido resuelta.

Venezuela se opuso a la ejecución del Laudo Arbitral de París desde el mismo 4 de octubre de 1899, tan sólo un día después de conocerse la decisión, por Jesús María Rojas, único abogado venezolano que formó parte del equipo de defensa de Venezuela en el arbitraje de París y fueron de rechazo al laudo también las instrucciones dadas a Felipe de Aguerrevere, miembro de la comisión de demarcación limítrofe, según las cuales la línea fijada por el Laudo Arbitral de París fue una delimitación de hecho sin fundamentos históricos y tampoco jurídicos.

La representación de la República Cooperativa de Guyana ante la CIJ considera una “prueba contundente” de aquiescencia por parte de Venezuela, el hecho de que haya participado en la comisión de demarcación de los límites entre ambos países en 1905.

Ya mencionamos el contexto económico, político, social y jurídico en el que se dictó el Laudo Arbitral de París. Es cierto, Venezuela participó en la demarcación, pero no porque aceptara el Laudo Arbitral de París, sino porque no tuvo alternativa. La amenaza del Reino Unido en el sentido de que si Venezuela no participaba ejecutarían el laudo unilateralmente, obligaba, cuando menos, a estar presente para evitar o reclamar ante nuevas arbitrariedades. Además, Venezuela luego de la Revolución Liberal Restauradora se encontraba convulsionada y débil. ¿Cómo negarse a la ejecución del laudo que le condenaba ante una potencia como lo era el Reino Unido en aquel momento?

Insistimos en que para el momento en que se produjo la ejecución coactiva del Laudo Arbitral de París, las costas venezolanas habían sido bloqueadas por buques de guerra extranjeros. Estas acciones buscaban obligar a Venezuela al pago de la deuda pública que había acumulado desde principios del siglo XIX con los hechos de la independencia, además de la caída de los precios del café, un rubro muy importante para la economía nacional desde 1811.

Existían varios factores que amenazaban al país, que se habían concertado en buena medida para obtener ventajas de la debilidad de Venezuela en aquel

¹⁰⁶ Manuel Donís Ríos, “La reclamación del territorio Esequibo: 1899-1966”, *ob. cit.*, p. 11.

momento. Varias potencias se alinearon en este cometido. A lo anterior se une el hecho de que los Estados Unidos de América mejoraron sus relaciones con el Reino Unido y retiraron su apoyo a la causa venezolana.

Teniendo en cuenta esas condiciones, no es posible afirmar que Venezuela aceptó el Laudo Arbitral de París. El mismo fue ejecutado bajo coacción, y Venezuela protestó en todo momento y nunca aceptó estos resultados. Por ello, la supuesta aquiescencia alegada por la República Cooperativa de Guyana ante la CIJ no es un argumento válido.

Hay que tener presente que la carga de la prueba de la aquiescencia recae en el Estado que la alega. La prueba de la aquiescencia supone demostrar que la parte aceptó la decisión -lo cual no ocurrió- o, en todo caso, que el silencio de un Estado -que no lo hubo en el caso de Venezuela- es base suficiente para interpretar una voluntad concreta de su parte.

Durante el gobierno del General Juan Vicente Gómez hubo muchos intentos por parte del Reino Unido de ocupar territorios más allá de lo que el Laudo Arbitral de París había establecido, con particular interés en las Bocas del Orinoco. Ante estos hechos, nuevamente la respuesta del gobierno venezolano fue un rechazo contundente.

El Acuerdo de demarcación de 1905 nunca ha sido válido ni vinculante para Venezuela. Aún más, ese documento no es realmente un acuerdo, es sólo un acta que refleja la forma de ejecución del laudo; un documento puramente técnico elaborado como consecuencia de la imposición unilateral de un laudo arbitral nulo desde su origen.

De conformidad con lo anterior, resulta incongruente invocar, como lo ha hecho la República de Cooperativa Guyana, ciertos precedentes jurisprudenciales de la CIJ, tales como los del caso del Templo *Preah Vihear* (Camboya c. Tailandia) resuelto mediante sentencia de 15 de junio de 1962¹⁰⁷. La decisión se basó en que Camboya promovió ante la CIJ un mapa del cual se deducía que el templo estaba en su territorio, aunque Tailandia indicó que nunca lo había aceptado. Este es un claro caso en el que el concepto de aquiescencia es clave para determinar quién será vencedor y quien resultará vencido en el proceso.

El mapa invocado por Camboya nunca fue cuestionado por Tailandia y, aunque los mapas no tienen el valor de títulos, constituyen prueba de las aspiraciones de las partes por lo que la aceptación tácita del gobierno tailandés en el momento en que Camboya reveló ese mapa fue suficiente para determinar que hubo aquiescencia. Por esta razón, la CIJ determinó que el templo estaba ubicado en el territorio perteneciente a Camboya y no en el de Tailandia.

¹⁰⁷ Véase Corte Internacional de Justicia, Judgement of 15 June 1962. Disponible en: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/45/045-19620615-JUD-01-00-EN.pdf>.

Nuestro caso es totalmente opuesto al caso del Templo *Preah Vihear*, pues hay expresas manifestaciones de la no aquiescencia. No es admisible el argumento de que Venezuela sólo empezó a reclamar la nulidad del Laudo Arbitral de París desde 1966, cuando en realidad la primera denuncia se formuló tempranamente, a escasas veinticuatro horas luego de dictarse el Laudo Arbitral de París.

Recordemos los varios pronunciamientos venezolanos durante el siglo XX, que llevaron a la firma del Acuerdo de Ginebra:

1. El 14 de octubre de 1938 el Dr. Carlos Álamo Ybarra, en su trabajo de incorporación a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales titulado “Fronteras de Venezuela con la Guayana Inglesa”, estudió por primera vez en forma sistemática y con rigor científico la controversia del Esequibo y especialmente sus antecedentes. En su denso estudio, el Dr. Carlos Álamo Ybarra refiere con a los títulos históricos y jurídicos que asisten a Venezuela en la reclamación desde la llegada de los españoles al continente americano; además aborda el autor el triste resultado de las deliberaciones del tribunal arbitral de París plasmado en el Laudo Arbitral de París del 3 de octubre de 1899. El arbitraje no fue en aquella ocasión un medio pacífico para obtener justicia conforme a las reglas de derecho, al contrario, como indicó el mismo Dr. Álamo Ybarra “*el arbitraje preconizado como medio plausible de arreglar las desavenencias internacionales, fue la forma de ceder por las buenas lo que por la fuerza se nos quería arrebatar*”¹⁰⁸.
2. En 1944, el Embajador de Venezuela en Washington, Diógenes Escalante, “invocando el nuevo espíritu de equidad entre las naciones, exigió en 1944 la reparación amistosa de la injusticia cometida por el laudo”¹⁰⁹.
3. El 30 de junio de 1944, durante la sesión de la Cámara de Diputados del Congreso de Venezuela el diputado José A. Marturet “ratificó la tradicional posición de Venezuela ante el laudo, exigiendo **la revisión de sus fronteras con la Guayana inglesa**”¹¹⁰ (Resaltado añadido).
4. El 17 de julio de 1944, el presidente del Congreso de Venezuela, Manuel Egaña durante la sesión de clausura de ese órgano legislativo se pronunció en respaldo de la posición del ejecutivo y dijo: “*Y aquí quiero recoger y confirmar el anhelo de revisión, planteado ante el mundo y en presencia del ciudadano Presidente de la República por el Embajador Escalante y ante este Congreso, categóricamente, por el Diputado Marturet; quiero*

¹⁰⁸ Carlos Álamo Ybarra, *Fronteras de Venezuela con la Guayana Británica*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales - Editorial Élite, Caracas, 1938, p. 87.

¹⁰⁹ Hermann González Oropeza y Pablo Ojer Celigueta, *ob. cit.*, p. 23.

¹¹⁰ *Ídem.*

*recoger y confirmar, repito, el anhelo de revisión de la sentencia por la cual el imperialismo inglés nos despojó de una gran parte de nuestra Guayana*¹¹¹.

5. El 18 de julio de 1944, las declaraciones de prensa de los miembros de las Comisiones Permanentes de Relaciones Exteriores de las Cámaras Legislativas, *“quienes representaban a diferentes partidos políticos, se manifestaron también sobre la necesidad de revisar el laudo de 1899”*¹¹².
5. El 30 de marzo de 1948 Rómulo Betancourt, quien encabezó la delegación de Venezuela que asistió a la IX Conferencia Internacional Americana, expresó que *“Al propugnar el principio de autodeterminación de los pueblos coloniales para decidir acerca de su propio destino no negamos en forma alguna el derecho de ciertas naciones de América a obtener determinadas porciones de territorio hemisférico que en justicia les pueda corresponder, ni renunciamos a lo que los venezolanos, llegado el caso de una serena y cordial revalorización histórica y geográfica de lo americano, pudieran hacer valer en pro de sus aspiraciones territoriales sobre zonas hoy en tutelaje colonial y que antes estuvieron dentro de nuestro propio ámbito”*¹¹³.
7. En 1949 se publicó el Memorándum de Severo Mallet-Prevost *“que reveló las intimidades de la farsa de París”*¹¹⁴. Lo que ocasionó que los historiadores venezolanos, bajo las instrucciones del Ministerio de Relaciones Exteriores de Venezuela, *“se apresaron a buscar en los archivos británicos nuevos documentos que irían aclarando aún más los detalles de aquella farsa. Se había cumplido 50 años y por primera vez se podían estudiar esos documentos en los archivos públicos de Gran Bretaña”*¹¹⁵.
8. En 1951, durante el gobierno del Presidente Interino Germán Suárez Flamerich, el Ministro de Relaciones Exteriores de Venezuela, Luís Gómez Ruíz, durante la IV Reunión de Consulta de los Ministros de Relaciones Exteriores de los Países Americanos, exigió *“la rectificación equitativa de la injusticia cometida por el Tribunal de Arbitraje”*¹¹⁶. Por otra parte, y durante ese mismo momento, el Encargado de la Cancillería, Rafael Gallegos Medina, declaró ante la prensa caraqueña que:

¹¹¹ *Ídem.*

¹¹² *Ídem.*

¹¹³ *Ibíd.*, pp. 23-24.

¹¹⁴ *Ibíd.*, p. 24.

¹¹⁵ *Ídem.*

¹¹⁶ *Ídem.*

- “La Cancillería nunca ha renunciado a esa justa aspiración de los venezolanos”*¹¹⁷.
9. En marzo de 1954 durante la X Conferencia Interamericana reunida en Caracas, el consultor jurídico del Ministerio de Relaciones Exteriores, Ramón Carmona, expresó lo siguiente *“De conformidad con lo que antecede, ninguna decisión que en materia de colonias se adopte en la presente Conferencia podrá menoscabar los derechos que a Venezuela corresponden por este respecto ni ser interpretada, en ningún caso, como una renuncia de los mismos”*¹¹⁸.
10. En febrero de 1956 el Ministro de Relaciones Exteriores de Venezuela, José Loreto Arismendi, *“ratificó la tradicional posición venezolana acerca de los límites con aquella colonia, en el sentido de que no sería afectada por ningún cambio de status que en ese territorio limítrofe se produjera”*¹¹⁹.
11. En marzo de 1960 el diplomático y diputado Rigoberto Henríquez Vera, en el seno la Cámara de Diputados del Congreso de la República y delante de una delegación parlamentaria del Reino Unido, señaló que: *“Un cambio de status en la Guayana Inglesa no podrá invalidar las justas aspiraciones de nuestro pueblo de que se reparen de manera equitativa, y mediante cordial entendimiento, los grandes perjuicios que sufrió la nación en virtud del injusto fallo de 1899, en el cual privaron peculiares circunstancias ocasionando a nuestro país la pérdida de más de sesenta mil millas cuadradas de su territorio”*¹²⁰.
12. En febrero de 1962 el Embajador de Venezuela ante la ONU, Dr. Carlos Sosa Rodríguez, ratificó ante la Comisión de Administración Fiduciaria y Territorios no Autónomos de la ONU la posición sostenida por el Ministerio de Relaciones Exteriores de Venezuela según la cual un cambio de status de la colonia de la Guayana Británica no cambiaría la legítima aspiración venezolana de obtener justicia¹²¹.
13. Durante las sesiones de fecha 28 de marzo y 4 de abril de 1962 de la Cámara de Diputados del Congreso de Venezuela *“después de oír las intervenciones de los representantes de todos los partidos políticos en apoyo de la posición de la Cancillería venezolana sobre el laudo, aprobó el siguiente acuerdo: “Respaldar la política de Venezuela sobre el diferendo limítrofe entre la posesión inglesa y nuestro país en cuanto se*

¹¹⁷ *Ídem.*

¹¹⁸ *Ídem.*

¹¹⁹ *Ibíd.*, p. 25.

¹²⁰ *Ídem.*

¹²¹ *Ídem.*

*refiere al territorio del cual fuimos despojados por el colonialismo; y, por otra parte, apoyar sin reservas la total independencia de la Guayana Inglesa y su incorporación al sistema democrático de vida*¹²².

14. El 12 de noviembre de 1962 Marcos Falcón Briceño, Ministro de Relaciones Exteriores de Venezuela, ratificó ante la 348ª Sesión del Comité Político Especial de la XVII Asamblea de las Naciones Unidas la posición del Embajador Carlos Sosa Rodríguez respecto de la reclamación e invocó la histórica postura venezolana de que el Laudo Arbitral de París es nulo¹²³.
15. Luego, durante el gobierno de Rómulo Betancourt, la reclamación venezolana tomó una fuerza aún mayor, hasta que finalmente llegamos al Acuerdo de Ginebra de 17 de febrero de 1966 mediante el cual se reconoció la existencia de la contención venezolana según la cual el Laudo Arbitral de París es nulo e írrito.

b.1. Cuando sí hay aquiescencia: Caso del Laudo Arbitral dictado por el Rey de España Alfonso XIII de fecha 23 de diciembre de 1906

El Laudo Arbitral dictado por el Rey de España, Alfonso XIII, el 23 de diciembre de 1906 que resolvió la controversia limítrofe entre Honduras y Nicaragua fue denunciado por el Ministro de Relaciones Exteriores de Nicaragua mediante una nota fechada de 19 de marzo de 1912. A partir de ese momento se reabrió la discusión entre ambas partes que, tras varios intentos de solución infructuosos, acordaron someter la cuestión a la CIJ el 21 de julio de 1957 en la ciudad de Washington.

Uno de los argumentos principales de Honduras fue la aquiescencia demostrada por Nicaragua. Recordemos que la aceptación tácita o implícita de la decisión por parte de funcionarios con autoridad suficiente para comprometer al Estado otorga fuerza vinculante a las decisiones arbitrales. Este caso sirve para ilustrar cuando sí hay aquiescencia de conformidad con el criterio de la CIJ.

Lo sostenido por Honduras para demostrar la aceptación de Nicaragua puede resumirse en lo siguiente:

1. El 25 de diciembre de 1906, el presidente de Nicaragua envió una comunicación al presidente de Honduras donde manifestó su satisfacción por haberse solucionado adecuadamente la controversia, extendiéndole además una felicitación por la victoria.
2. La nulidad del laudo fue denunciada seis años luego de pronunciada la decisión. El 19 de marzo de 1912 fue cuando el Ministro de Relaciones Exteriores

¹²² *Ibid.*, p. 25.

¹²³ *Ídem.*

de Nicaragua señaló que el laudo no era “claro, realmente válido, eficaz y obligatorio”. En esta ocasión, la CIJ ratificó la validez del laudo por considerar que hubo aquiescencia por parte de Nicaragua. En este sentido la CIJ señaló lo siguiente:

“A juicio de la Corte, Nicaragua, mediante una declaración expresa y por su conducta, reconoció el Laudo como válido y ya no le es posible a Nicaragua retroceder en ese reconocimiento e impugnar la validez del Laudo. El hecho de que Nicaragua no haya planteado ninguna cuestión con respecto a la validez del Laudo durante varios años después de que conociera los términos completos del Laudo confirma aún más la conclusión a la que ha llegado el Tribunal. La actitud de las autoridades nicaragüenses durante ese período fue conforme al artículo VII del Tratado Gámez-Bonilla, que establecía que la decisión arbitral, cualquiera que fuera, y esto, en opinión del Tribunal, incluye la decisión del Rey de España como árbitro “se considerará como un Tratado perfecto, vinculante y perpetuo entre las Altas Partes Contratantes, y será inapelable”¹²⁴.

El caso de Venezuela en relación al Laudo Arbitral de París de 1899 es completamente diferente, desde que Venezuela nunca manifestó su conformidad con el mismo. La ejecución del Laudo Arbitral de París fue realizada bajo coacción del Reino Unido y otras potencias, y Venezuela siempre expresó su disconformidad con lo decidido y es en base a estas protestas y desconocimiento realizado por Venezuela de forma reiterada y expresa que las partes aceptan que la controversia no ha concluido y suscriben por ello el Acuerdo de Ginebra.

Ciertamente el caso del Laudo del Rey de España es muy distinto porque Nicaragua pidió la nulidad seis años después de que fue dictado, luego de haberlo aceptado expresamente y de no haberlo denunciado. En el caso del Laudo Arbitral de París del 3 de octubre de 1899, las críticas fueron consignadas a partir del 4 de octubre de 1899, un día después de dictarse la decisión.

El Laudo Arbitral de París fue criticado y rechazado por la prensa internacional -incluyendo diarios ingleses- y durante el siglo XX la posición venezolana con relación a la nulidad de la decisión siempre fue constante. Todo esto se deduce de los hechos que hemos relatado antes en la réplica al argumento de la República Cooperativa de Guyana según el cual Venezuela habría mostrado su aquiescencia respecto del Laudo Arbitral de París, argumento que no es cierto.

En razón de lo anterior deben rechazarse las alegaciones de la República Cooperativa de Guyana según las cuales hubo una actitud pasiva de parte de Venezuela hasta 1962, antes y por el contrario fue precisamente la insistencia de Venezuela al denunciar el Laudo Arbitral de París lo que llevó a la firma del

¹²⁴ Case concerning the Arbitral Award made by the King of Spain on 23 December 1906, Judgment of 18 November 1960: I.C.J. Reports 1960, p. 192. Disponible: en <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/39/039-19601118-JUD-01-00-EN.pdf>.

Acuerdo de Ginebra, por medio del cual se reconoce la existencia de la contención venezolana y su posición en el sentido de que el Laudo Arbitral de París es nulo e írrito.

b.2. El argumento del mayor beneficio para Venezuela

La República Cooperativa de Guyana ha sostenido que la disputa se resolvió definitivamente mediante el Laudo Arbitral de París con el que -según ellos- Venezuela obtuvo un mayor beneficio que el Reino Unido al otorgar a Venezuela toda la desembocadura del río Orinoco y las tierras a ambos lados. Mientras que al Reino Unido mediante sólo obtuvo el territorio al este que se extendía hasta el río Esequibo, que entonces se consideraba menos valioso que el otorgado a Venezuela.

La República Cooperativa de Guyana argumentó en su demanda ante la CIJ que Venezuela consideró la obtención de las bocas del Orinoco como un éxito y para respaldar su afirmación citó las palabras de José Andrade, Ministro Plenipotenciario en Londres por Venezuela, del 7 de octubre de 1899, quien señaló: *“Grande en verdad fue el resplandor de la justicia cuando, a pesar de todo, en la determinación de la frontera se nos concedió el dominio exclusivo del Orinoco, que es el principal objetivo que nos propusimos obtener mediante el arbitraje. Considero bien empleados los humildes esfuerzos que a este fin dediqué personalmente durante los últimos seis años de mi vida pública”*¹²⁵.

Sin embargo, lo señalado por el Ministro José Andrade no significó en modo alguno celebración o alegría por parte de Venezuela. Cuando el Ministro Plenipotenciario utilizó la expresión *“a pesar de todo”* dejó claro que el arbitraje tuvo irregularidades. El Laudo Arbitral de París no fue una victoria para Venezuela, antes y por el contrario fue una grave violación a su integridad territorial. Conservar la bocas del Orinoco no fue producto de un beneficio otorgado por los árbitros. Más bien, quedó demostrado que, aunque los árbitros estuvieron parcializados y no hubo representación venezolana dentro del tribunal, el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda no podía arrebatar a Venezuela las bocas del Orinoco.

Debemos tener presente que Venezuela sólo conservó las bocas del Orinoco porque los árbitros Josiah Brewer y Weston Fuller aceptaron la componenda del presidente del tribunal arbitral, Fiódor Fiódorovich Martens, quien les amenazó indicando que, si no aceptaban tomar una decisión unánime, también perderían

¹²⁵ Véase las páginas 15 y 16 de la demanda de la República Cooperativa de Guyana de fecha 29 de marzo de 2018. Disponible en: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/171/171-20180329-APP-01-00-EN.pdf>.

esa porción del territorio en disputa¹²⁶. Todo esto consta en el memorándum de Severo Mallet-Prevost¹²⁷.

Aunque, como veremos más adelante al analizar las pruebas referidas a la infracción de los deberes de imparcialidad e independencia de los árbitros, el memorándum Severo Mallet-Prevost no fue el único documento que relató estos hechos. También lo hizo L. de la Chanonie en el tomo III de la *Revue d'Europe* cuando escribió que:

“...el Sr. De Martens propuso entonces a los árbitros americanos, conceder a Venezuela, en compensación por los territorios de la línea Schomburgk, la posesión absoluta del Orinoco, retirando la frontera inglesa a unas veinte leguas del río; añadió que si los árbitros de Venezuela no aceptaban este arreglo, votaría con los árbitros ingleses para acabar de una vez, lo que aseguraría a Inglaterra la posesión de uno de los lados del delta del Orinoco.”¹²⁸ (Transcripción parcial de la cita)

Poco importaba el valor del territorio otorgado pues el tribunal arbitral de París no fue constituido para cumplir funciones de mediación ni conciliación. El procedimiento que tuvo lugar en París tampoco era una transacción. Antes y por el contrario, se trataba de un arbitraje de derecho en el que los árbitros debían investigar y cerciorarse de los títulos jurídicos de cada una de las partes, cosa que no ocurrió.

(i) Réplica al argumento (vii) de la República Cooperativa de Guyana según el cual Venezuela no recabó pruebas que sirvieran para demostrar que el Laudo Arbitral de París es nulo durante las investigaciones efectuadas en los archivos británicos y estadounidenses luego de su apertura

Es falso que Venezuela no haya recabado pruebas que confirmaran los vicios que acarrearán la nulidad del Laudo Arbitral de París del 3 de octubre de 1899. En efecto, cuando la ONU aprobó la revisión de los archivos del Reino Unido, los padres jesuitas Pablo Ojer Celigueta y Hermann González Oropeza se dedicaron a investigar esos documentos.

¹²⁶ Carlos Sosa Rodríguez, “El acta de Washington y el laudo de París”, *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, número 91, Caracas, 1983.

¹²⁷ Otto Schoenrich, “Materia de excepcional importancia para la historia diplomática de Venezuela. La disputa de límites entre Venezuela y La Guayana Británica”, en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, Vol. 14, No. 1-2-3-4, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 1949.

¹²⁸ Hermann González Oropeza y Pablo Ojer Celigueta, *ob. cit.*, pp. 50-51 (véase nota 90).

Las investigaciones de Pablo Ojer y Hermann González fueron efectuadas en dos momentos. La primera etapa fue entre 1951 y 1956. Luego en febrero de 1963 viajaron a Londres para continuar la investigación sobre la reclamación del territorio Esequibo en los archivos británicos. A los pocos días de llegar a Londres fueron nombrados representantes venezolanos en calidad de expertos “*para las discusiones que habrían de celebrarse con los representantes de Gran Bretaña y la entonces colonia de Guayana Británica, sobre la documentación que demuestra la nulidad del laudo de 1899*”¹²⁹.

Toda la información recabada por Ojer y González fue reunida en el *Informe que los expertos venezolanos para la cuestión de límites con Guayana Británica presentan al gobierno nacional*, publicado el 18 de marzo de 1965¹³⁰. Sin embargo, dada la importancia del referido informe como réplica al argumento (vii) de la República Cooperativa de Guyana, dedicaremos las siguientes líneas a destacar sus aspectos más relevantes.

El informe presentado por Ojer y González se refiere a los títulos de Venezuela sobre el territorio Esequibo; los detalles de la controversia entre Venezuela y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda durante el siglo XIX; la falta de participación de Venezuela en la formulación del Tratado de Washington de 1897 y las razones por las cuales el Laudo Arbitral de París es nulo. Además, el informe incluye declaraciones de personajes que participaron en el arbitraje de París, las reacciones de la prensa internacional y varios mapas que demuestran que el procedimiento fue abiertamente violatorio de los legítimos derechos de Venezuela.

En cuanto a los títulos de Venezuela sobre el territorio Esequibo el informe señala cómo España fue el Estado que descubrió y colonizó el territorio guyanés, labor que fue reconocida por las demás potencias entre los siglos XV y XVI. Para el momento en que se firmó el Tratado de Münster o Paz de Münster de Westfallia no existía ningún puesto holandés ubicado al oeste del río Esequibo. Asimismo, los expertos jesuitas, Ojer y González, relatan que los holandeses tuvieron sólo puestos insignificantes que duraron muy poco tiempo y que constituían violaciones al Tratado de Münster.

Sostienen que cuando se firmó el Tratado de Londres en 1814 el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda obtuvo el territorio de la Guayana Británica. Sin embargo, el límite con Venezuela siempre estuvo situado en el río Esequibo. Esto consta en el Mapa de Cruz Cano, publicado por Francisco de Miranda en 1799 con el beneplácito del gobierno británico.

¹²⁹ *Ídem.*

¹³⁰ Hermann González Oropeza y Pablo Ojer Celigueta, *ob. cit.*

Ojer y González indican en el informe que incluso cuando Venezuela formaba parte de la República de Colombia, siempre se dio a conocer al Reino Unido que la frontera con la Colonia de la Guayana Británica era la línea del río Esequibo. Estas afirmaciones se encuentran respaldadas por las declaraciones diplomáticas de Francisco Antonio Zea en 1821; José Rafael Revenga en 1823; José Manuel Hurtado en 1824 y Pedro Gual en 1825. Además, como indican los padres jesuitas en su informe, *“España, al firmar en Madrid el 30 de marzo de 1845 el Tratado de reconocimiento de la soberanía de nuestro país sobre el territorio conocido bajo el antiguo nombre de la Capitanía General de Venezuela, incluyó en ella la Provincia de Guayana, que limitaba al Este por el río Esequibo”*¹³¹.

El informe contiene un estudio sobre la controversia anglo-venezolana donde se expone el progresivo aumento de las pretensiones británicas luego de la publicación de la primera línea Schomburgk en 1835 y el inicio formal de la controversia en 1840 con la denominada pseudo-línea Schomburgk.

Según la información recabada por los expertos de los archivos confidenciales británicos *“tanto el Foreign Office como el Colonial Office rechazaron los argumentos de Schomburgk en favor de su pseudo-línea de 1840.*

*Aquellos dos Ministerios llegaron a la conclusión de que el naturalista prusiano había mal interpretado los documentos históricos y los había utilizado con parcialidad y sectarismo”*¹³².

Además, el informe relata que cuando Schomburgk fue comisionado nuevamente para realizar labores de exploración de la frontera entre Venezuela y la Colonia de Guayana Británica -con base en la línea de 1840- excedió las instrucciones que el gobierno le había dado y *“levantó postes, marcó arboles e hizo actos de posesión que dieron origen a formales protestas por parte de Venezuela”*¹³³. Aún más, como indican Ojer y González, *“las minutas de lord Aberdeen en 1841 califican las acciones Schomburgk de prematuras y afirman que siendo su comisión de survey (exploración) no tenía por qué tomar posesión”*¹³⁴.

En todo caso, de la revisión de los archivos británicos por parte de los expertos jesuitas se deduce que *“la documentación interna del Foreign Office, del Colonial Office y del Gobierno de Demerara revela que la publicación de los mapas que llevaban aquella pseudo-línea Schomburgk de 1840 tenía un carácter oficial y representaba la máxima reclamación británica frente a Venezuela. Así conocemos hoy que fue bajo la dirección del Gobierno*

¹³¹ *Ibíd.*, p. 8.

¹³² *Ídem.*

¹³³ *Ibíd.*, p. 10.

¹³⁴ *Ídem.*

británico y del Gobierno de Demerara como se prepararon los siguientes mapas: (a) El Mapa del Memorándum del Foreign Office de 1857 acerca de la controversia con Guayana; (b) El mapa del Memorándum, de C. Chalmers, Crown Surveyor of the Colony (1867); (c) El mapa Schomburgk-Walker de 1872; (d) El mapa de Brown de 1875; (e) El mapa de Stanford de 1875”¹³⁵. Todos estos mapas permiten apreciar con meridiana claridad que el Reino Unido reconoció desde 1840 hasta 1886 “como territorios venezolanos sin disputa todo el alto Barima y todo el Cuyuní desde sus fuentes hasta la desembocadura del Otomong”¹³⁶.

La presión de los intereses de la industria minera del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda hizo que las aspiraciones británicas crecieran rápidamente. El Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda “*avanzó aún más sus ambiciones colonialistas hasta cerca de Upata, a pocos kilómetros del Orinoco, con la llamada línea de la máxima reclamación británica*”¹³⁷.

Las investigaciones de Ojer y González confirmaron que “*Gran Bretaña rechazó las constantes propuestas venezolanas para someter la cuestión a arbitraje porque su gobierno consideraba que carecía de argumentos y que una decisión plenamente judicial había de serle desfavorable*”¹³⁸ y por ello rechazó siempre resolver la disputa territorial con Venezuela mediante un arbitraje.

Los investigadores Ojer y González explican los motivos por los cuales el Reino Unido cambió constantemente de posición con relación a la frontera de la Colonia de la Guayana Británica con Venezuela. Expresan que estos cambios se debieron a que el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda nunca confió en sus títulos sobre el territorio en disputa¹³⁹. Por eso es que “*las líneas Aberdeen (1844), Granville (1881), Rosebery (1886) etc., responden a los intereses que en cada época tenían los colonos de Guayana Británica*”¹⁴⁰.

Cuando el Reino Unido de Gran Bretaña e Inglaterra por fin aceptó resolver la controversia con Venezuela mediante arbitraje luego de la intervención de los Estados Unidos de América, comenzaron las negociaciones del Tratado Arbitral de Washington. Con relación a este tratado Ojer y González indican respecto de Venezuela que “*la actual investigación comprueba que durante el curso de las negociaciones se le mantuvo marginada, particularmente en la fase final y más importante. Consultada sobre la cláusula de la prescripción, se prosiguieron*

¹³⁵ *Ídem.*

¹³⁶ *Ídem.*

¹³⁷ *Ibíd.*, p. 11.

¹³⁸ *Ídem.*

¹³⁹ *Ídem.*

¹⁴⁰ *Ídem.*

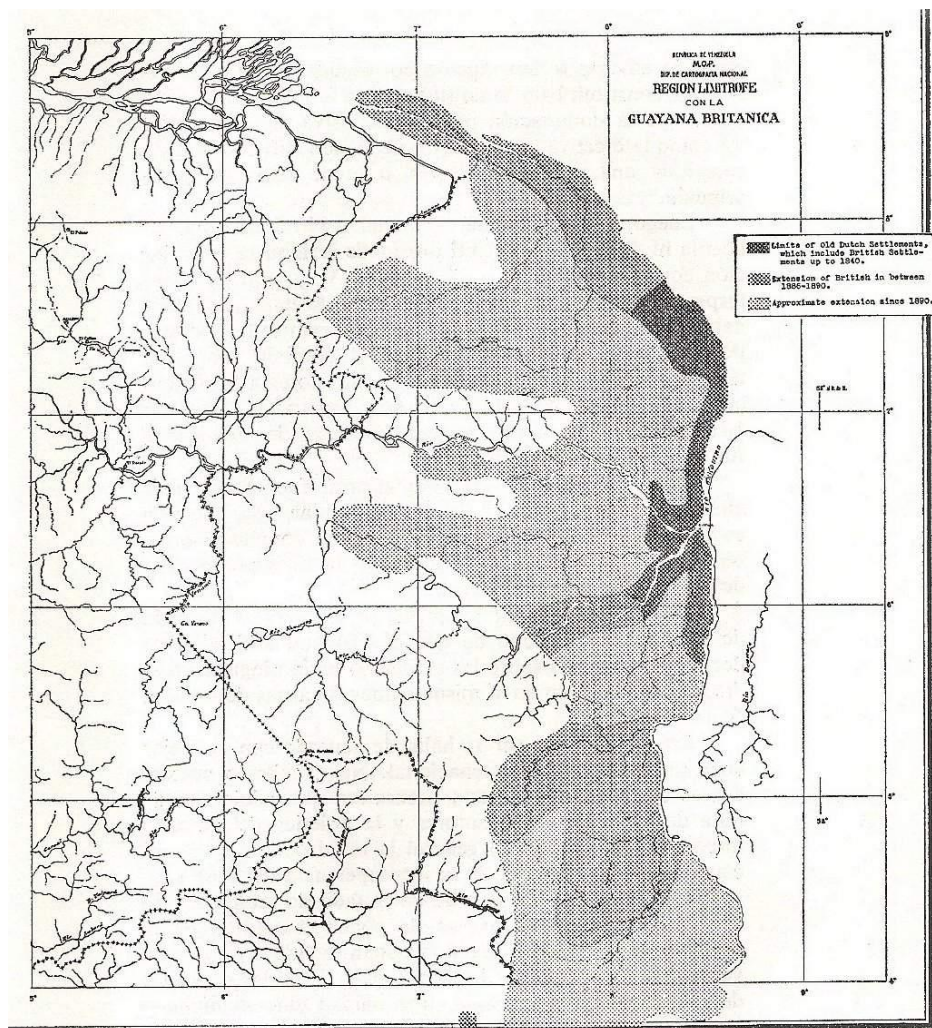
las negociaciones a pesar y en contra de las objeciones de la Cancillería venezolana. Más aún, Richard Olney acordó con Gran Bretaña la exclusión de Venezuela del Tribunal Arbitral"¹⁴¹.

Por lo que se refiere a la regla de la prescripción, incluida del artículo IV del Tratado de Washington, el referido informe permite concluir que aun asumiendo la regla de la prescripción de la forma incorrecta como fue interpretada por los ingleses, de ella no se deduce la posibilidad de otorgar el enorme territorio que se adjudicó al Reino Unido.

En efecto, está demostrado en el mapa incluido en el informe que el territorio que podía adquirir el Reino Unido mediante la regla de prescripción era mucho menor al que el laudo le adjudicó finalmente. En el mapa se observa con claridad cuáles fueron los territorios ocupados por los ingleses en 1840; después, entre 1886 y 1890 y, luego con posterioridad a 1890. De forma que la cláusula de prescripción no era aplicable a un territorio tan vasto como el que finalmente se adjudicó al Reino Unido, al contrario, la regla de prescripción sólo podía aplicarse sobre una porción territorial considerablemente más pequeña¹⁴².

¹⁴¹ *Ídem.*

¹⁴² *Ibíd.*, p. 15.



Negro: Territorios ocupados por Gran Bretaña hasta 1840.

Gris oscuro: Territorios ocupados por Gran Bretaña entre 1886 y 1890.

Gris pálido: Territorios ocupados por Gran Bretaña después de 1890.

N. B. Se ha preparado este mapa sobre la base de mapas y otros documentos confidenciales británicos. Se aprecia que aún el principio de Prescripción de 50 años sólo se habría aplicado a una pequeña parte de la Guayana Esequiba.

Sin duda, el territorio reflejado en el mapa es notablemente inferior al que se le adjudicó al Reino Unido en el Laudo arbitral de París, pues, incluso en la peor de las interpretaciones, eran estos los territorios a los que podía aplicarse la regla de la prescripción. Por ello el Laudo arbitral de París aplicó erróneamente la regla de prescripción en favor del Reino Unido, con lo que violó el artículo IV del tratado de arbitraje y, en consecuencia, incurrió en el vicio de exceso de poder.

Otra violación grave de las obligaciones que el tratado imponía a los árbitros está relacionada con la denominada primera línea Schomburgk de 1835, que no fue tomada en cuenta por los jueces. Esta primera línea de Schomburgk “*sólo se aparta de dicho río como a unas 45 millas aproximadamente de la costa, en la confluencia de los Ríos Mazaruni y Cuyuní con el Esequibo y desde ese punto forma una especie de bolsa, al oeste del Río Esequibo, hasta el punto de la costa donde desemboca el Río Moroco*”¹⁴³. Antes y por el contrario, el tribunal arbitral tomó en cuenta la línea expandida del mapa de Hebert de 1842, una línea sobre la cual existen importantes indicios de falsificación y alteración, a saber:

“*Venezuela tiene pruebas de que el Foreign Office británico no conoció esa línea hasta junio de 1886. Ya esto es más que un grave indicio de que se trataba de una reciente corrupción del mapa original que reposaba desde 1842 en el Colonial Office*”¹⁴⁴.

En cuanto a los vicios del Laudo Arbitral de París, el informe indica que “*el primer vicio del Laudo de 1899 consiste en que pretendió atribuir valor jurídico a una línea adulterada por Gran Bretaña: la llamada línea expandida del mapa de Hebert de 1842*”¹⁴⁵.

La falta de motivación también fue denunciada en el informe como uno de los vicios del Laudo Arbitral de París. Al respecto indicaron lo siguiente: “*Estamos en capacidad de afirmar que el Tribunal arbitral que dictó la sentencia en el conflicto fronterizo británico-venezolano no cumplió su deber y, por lo tanto, al presentar una decisión sin la parte motiva correspondiente, no procedió de acuerdo con las normas del derecho internacional. La decisión del Tribunal Arbitral carece, en consecuencia, de validez en el derecho internacional, al menos a partir de la fecha en la cual la invalidez es invocada*”¹⁴⁶.

Ojer y González señalaron en su informe que el Laudo Arbitral de París incurrió también en el vicio de exceso de poder. En primer lugar hay que tener presente, tal y como apuntan los expertos cuyo informe comentamos que “*el compromiso arbitral, tal y como fue establecido en 1897, había previsto que la*

¹⁴³ Véase Hermann González Oropeza y Pablo Ojer Celigueta, *ob. cit.* Véase también Carlos Sosa Rodríguez, *ob. cit.*, p. 122 (véase nota 126).

¹⁴⁴ Hermann González Oropeza y Pablo Ojer Celigueta, *ob. cit.*, p. 13.

¹⁴⁵ *Ídem.*

¹⁴⁶ *Ibíd.*, p. 14.

*decisión debería basarse sobre los principios de derecho y en particular sobre el principio del uti possidetis juris de 1810*¹⁴⁷.

A pesar de los términos establecidos en el Tratado de Washington y como lo confirmó el informe “*la decisión del Tribunal arbitral no tuvo en cuenta ni el principio del uti possidetis juris ni la estipulación contenida en la regla a) del Art. IV, y, aun en la interpretación más favorable para la Gran Bretaña, el Tribunal se excedió en sus poderes, ya que no expuso las razones por las cuales atribuyó a ese país el dominio sobre ese territorio durante los cincuenta años anteriores a la sentencia, siendo lo único cierto que esos territorios, antes de 1810, pertenecían a la Capitanía General de Venezuela, futuro Estado independiente*”¹⁴⁸.

Además, el Laudo Arbitral de París incurrió en el vicio de ultra petita desde que “*el Tribunal arbitral fue mucho más allá de sus facultades al decidir y regular una cuestión cuyo examen no había sido previsto en el compromiso arbitral; es decir, decidió y reglamentó la libre navegación de los ríos Barima y Amacuro*”¹⁴⁹.

Ojer y González ratificaron en su investigación que el Laudo Arbitral de París tuvo otro vicio que “*consiste en no haber sido una decisión de derecho, conforme a lo pactado sino un compromiso*”¹⁵⁰. Así lo reconocen la prensa americana y europea; los miembros del tribunal arbitral de París y los abogados de las partes¹⁵¹.

Los documentos revisados por Ojer y González en los archivos británicos indicaron que “*el laudo fue un compromiso obtenido por extorsión*”,¹⁵² con la naturaleza de un negocio político. Varias declaraciones coinciden en esta conclusión, entre ellas, las de Severo Mallet-Prevost; George Buchanan; Perry Allen; Sir Richard Webster; Lord Russell; José María Rojas; José Andrade; L. de la Chanonie; Georges A. Pariset; Caroline Harrison; Charles Alexander Harris; A. L. Mason y R.J. Block¹⁵³.

Ojer y González coincidieron con la opinión de varios expertos en materia de arbitraje internacional entre Estados en que: “*los autores y la práctica del derecho internacional admiten en general la nulidad de las sentencias en dos casos: en la de la incompetencia del juez (ausencia de un compromiso o de un tratado de arbitraje válido), o en el caso del exceso de poder (extensión de la decisión sobre materias que no estaban incluidas en la convención arbitral o judicial, o*

¹⁴⁷ *Ídem.*

¹⁴⁸ *Ibid.*, p. 16.

¹⁴⁹ *Ídem.*

¹⁵⁰ *Ibid.*, p. 17.

¹⁵¹ *Ídem.*

¹⁵² *Ídem.*

¹⁵³ *Ídem.*

*aplicación de reglas como las de la equidad, por ejemplo, que habían sido explícita o implícitamente excluidas por las partes)*¹⁵⁴.

En cuanto a la ejecución del Laudo Arbitral de París, Ojer y González insistieron en que *“si Venezuela concurrió con Gran Bretaña en la demarcación de la llamada frontera del laudo, fue por la tremenda presión de las circunstancias, por evitarse mayores males”*¹⁵⁵. Además, señalaron que la participación de la comisión venezolana en la demarcación era de carácter estrictamente técnico y *“no implicaban el asentimiento a la supuesta sentencia del Tribunal de Arbitraje”*¹⁵⁶.

Venezuela protestó el Laudo Arbitral de París desde que fue dictado. Los expertos afirman en su informe que la primera reclamación oficial ante el Laudo Arbitral de París la formuló José María Rojas quien fue el único abogado venezolano que formó parte del equipo de defensa del país durante el arbitraje de París. El 4 de octubre de 1899, una vez dictado el Laudo Arbitral de París, criticó severamente la decisión señalando que se trataba de una decisión irrisoria y una manifiesta injusticia¹⁵⁷. El Presidente Ignacio Andrade también criticó el Laudo Arbitral de París e indicó que la decisión *“solo había restituido a Venezuela una parte de su territorio usurpado”*¹⁵⁸.

La prensa venezolana reaccionó inmediatamente criticando el Laudo Arbitral de París. En efecto, los expertos Ojer y González reportaron en su informe que el 17 de octubre de 1899 el diario El Tiempo denunció la decisión arbitral¹⁵⁹.

En una nota del 4 de diciembre de 1899, el Ministro Británico en Caracas para ese momento, *“expuso su criterio acerca de la justicia del llamado laudo”*¹⁶⁰. Ante esta situación, el Ministro de Relaciones Exteriores de Venezuela respondió algunos días después e indicó que podía refutar los argumentos del Ministro Británico en Caracas¹⁶¹. En atención a ello, el Ministerio de Relaciones Exteriores *“llegó a la conclusión de que la decisión arbitral contenía tales vicios que le autorizaban a invocar su invalidez. Decidió no denunciarla por no poder enfrentarse a la formidable potencia de su adversario, pues ya no contaba con el apoyo de los Estados Unidos, que habían venido a una entente con el Reino Unido”*¹⁶².

¹⁵⁴ *Ibid.*, p. 16.

¹⁵⁵ *Ibid.*, p. 22.

¹⁵⁶ *Ídem.*

¹⁵⁷ *Ibid.*, p. 21.

¹⁵⁸ *Ídem.*

¹⁵⁹ *Ídem.*

¹⁶⁰ *Ídem.*

¹⁶¹ *Ídem.*

¹⁶² *Ídem.*

El acercamiento entre los Estados Unidos de América y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda durante el arbitraje de París se hizo más evidente con las palabras de la prensa inglesa un día después de dictarse el Laudo Arbitral de París que decían lo siguiente: “*No dudamos que los Estados Unidos obliguen a Venezuela a aceptar el veredicto y que actuarán adecuadamente en caso de que se presenten problemas con respecto al cumplimiento de la decisión*”¹⁶³.

La reclamación venezolana por el territorio Esequibo en algunos momentos de nuestra historia no pudo ser planteada con toda la fuerza que merecía, pero esto tuvo sus razones. En efecto, señala el informe, “*la situación interna e internacional de Venezuela en la primera mitad del siglo XX la forzaron a posponer la denuncia del laudo. Pero la prensa, los autores venezolanos, los maestros venezolanos, ininterrumpidamente enseñaron a las sucesivas generaciones que la frontera del laudo no correspondía a los legítimos derechos de Venezuela*”¹⁶⁴.

El 5 de diciembre de 1899 el Ministro Británico en Caracas envió una nota al gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda donde indicó que Venezuela tenía intenciones de postergar la demarcación de la frontera establecida en el Laudo Arbitral de París¹⁶⁵.

Según Ojer y González “*en julio de 1900 el Ministro británico notificó al Gobierno de Venezuela que si antes del 3 de octubre no enviaba la Comisión, procedería Gran Bretaña sola a iniciar la demarcación. El 8 de octubre el mismo Ministro notificaba a la Cancillería venezolana que el Gobernador de Guayana Británica había sido instruido para que comenzara los trabajos de demarcación. El día 19 ya habían levantado los Comisarios británicos el hito de Punta Playa. Venezuela, ante esta presión manifiesta, no tuvo otra alternativa que la de proceder al envío de la Comisión demarcadora*”¹⁶⁶.

Según relata el informe, Venezuela desde 1915 hasta 1917 “*insistió en vano ante la Gran Bretaña para rehacer la demarcación de algunos sectores de la frontera, el Gobierno británico se resistió a ello apoyándose en las dolorosas circunstancias bélicas por las que atravesaba su país*”¹⁶⁷.

Venezuela tuvo que aguardar por mejores condiciones para reclamar con toda la fuerza que exigía una injusticia de aquella magnitud, pero la posición de rechazo hacia el Laudo Arbitral de París había sido fijada desde el 4 de octubre de 1899.

¹⁶³ *Ídem.*

¹⁶⁴ *Ibíd.*, p. 22.

¹⁶⁵ *Ibíd.*, p. 21

¹⁶⁶ *Ídem.*

¹⁶⁷ *Ibíd.*, p. 22.

Durante el siglo XX en múltiples ocasiones se insistió en la necesidad de reparar la grave injusticia sufrida por Venezuela como consecuencia del Laudo Arbitral de París. Entre ellas, Ojer y González señalan las siguientes:

- i. En 1944, el Embajador de Venezuela en Washington, Diógenes Escalante, *“invocando el nuevo espíritu de equidad entre las naciones, exigió en 1944 la reparación amistosa de la injusticia cometida por el laudo”*¹⁶⁸.
- ii. El 30 de junio de 1944, durante la sesión de la Cámara de Diputados del Congreso de Venezuela el diputado José A. Marturet *“ratificó la tradicional posición de Venezuela ante el laudo, exigiendo la revisión de sus fronteras con la Guayana inglesa”*¹⁶⁹ (Resaltado añadido).
- iii. El 17 de julio de 1944, el presidente del Congreso de Venezuela, Manuel Egaña, durante la sesión de clausura de ese órgano legislativo, se pronunció en respaldo de la posición del ejecutivo y dijo: *“Y aquí quiero recoger y confirmar el anhelo de revisión, planteado ante el mundo y en presencia del ciudadano Presidente de la República por el Embajador Escalante y ante este Congreso, categóricamente, por el Diputado Marturet; quiero recoger y confirmar, repito, el anhelo de revisión de la sentencia por la cual el imperialismo inglés nos despojó de una gran parte de nuestra Guayana”*¹⁷⁰.
- iv. El 18 de julio de 1944, las declaraciones de prensa de los miembros de las Comisiones Permanentes de Relaciones Exteriores de las Cámaras Legislativas, *“quienes representaban a diferentes partidos políticos, se manifestaron también sobre la necesidad de revisar el laudo de 1899”*¹⁷¹.
- v. El 30 de marzo de 1948 Rómulo Betancourt, quien encabezó la delegación de Venezuela que asistió a la IX Conferencia Internacional Americana, expresó que *“Al propugnar el principio de auto-determinación de los pueblos coloniales para decidir acerca de su propio destino no negamos en forma alguna el derecho de ciertas naciones de América a obtener determinadas porciones de territorio hemisférico que en justicia les pueda corresponder, ni renunciamos a lo que los venezolanos, llegado el caso de una serena y cordial revalorización histórica y geográfica de lo americano, pudieran hacer valer en pro de sus aspiraciones territoriales sobre zonas hoy en tutelaje colonial y que antes estuvieron dentro de nuestro propio ámbito”*¹⁷².

¹⁶⁸ *Ídem.*

¹⁶⁹ *Ídem.*

¹⁷⁰ *Ídem.*

¹⁷¹ *Ídem.*

¹⁷² *Ibíd.*, pp. 23-24.

- vi. En 1949 se publicó el Memorándum de Severo Mallet-Prevost “*que reveló las intimidades de la farsa de París*”¹⁷³. Lo que ocasionó que los historiadores venezolanos, bajo las instrucciones del Ministerio de Relaciones Exteriores de Venezuela, “*se apresuraron a buscar en los archivos británicos nuevos documentos que irían aclarando aún más los detalles de aquella farsa. Se había cumplido 50 años y por primera vez se podían estudiar esos documentos en los archivos públicos de Gran Bretaña*”¹⁷⁴.
- vii. En 1951, durante el gobierno del Presidente Interino Germán Suárez Flamerich, el Ministro de Relaciones Exteriores de Venezuela, Luís Gómez Ruíz, durante la IV Reunión de Consulta de los Ministros de Relaciones Exteriores de los Países Americanos, exigió “*la rectificación equitativa de la injusticia cometida por el Tribunal de Arbitraje*”¹⁷⁵. Por otra parte y durante ese mismo momento, el Encargado de la Cancillería, Rafael Gallegos Medina, declaró ante la prensa caraqueña que: “*La Cancillería nunca ha renunciado a esa justa aspiración de los venezolanos*”¹⁷⁶.
- viii. En marzo de 1954 durante la X Conferencia Interamericana reunida en Caracas, el consultor jurídico del Ministerio de Relaciones Exteriores, Ramón Carmona, expresó lo siguiente “*De conformidad con lo que antecede, ninguna decisión que en materia de colonias se adopte en la presente Conferencia podrá menoscabar los derechos que a Venezuela corresponden por este respecto ni ser interpretada, en ningún caso, como una renuncia de los mismos*”¹⁷⁷.
- ix. En febrero de 1956 el Ministro de Relaciones Exteriores de Venezuela, José Loreto Arismendi, “*ratificó la tradicional posición venezolana acerca de los límites con aquella colonia, en el sentido de que no sería afectada por ningún cambio de status que en ese territorio limítrofe se produjera*”¹⁷⁸.
- x. En marzo de 1960 el diplomático y diputado Rigoberto Henríquez Vera, en el seno la Cámara de Diputados del Congreso de la República y delante de una delegación parlamentaria del Reino Unido, señaló que: “*Un cambio de status en la Guayana Inglesa no podrá invalidar las justas aspiraciones de nuestro pueblo de que se reparen de manera*

¹⁷³ *Ibíd.*, p. 24.

¹⁷⁴ *Ídem.*

¹⁷⁵ *Ídem.*

¹⁷⁶ *Ídem.*

¹⁷⁷ *Ídem.*

¹⁷⁸ *Ibíd.*, p. 25.

*equitativa, y mediante cordial entendimiento, los grandes perjuicios que sufrió la nación en virtud del injusto fallo de 1899, en el cual privaron peculiares circunstancias ocasionando a nuestro país la pérdida de más de sesenta mil millas cuadradas de su territorio*¹⁷⁹.

- xii. En febrero de 1962 el Embajador de Venezuela ante la ONU, Dr. Carlos Sosa Rodríguez, ratificó ante la Comisión de Administración Fiduciaria y Territorios no Autónomos de la ONU la posición sostenida por el Ministerio de Relaciones Exteriores de Venezuela según la cual un cambio de status de la colonia de la Guayana Británica no cambiaría la legítima aspiración venezolana de obtener justicia¹⁸⁰.
- xiii. Durante las sesiones de fecha 28 de marzo y 4 de abril de 1962 de la Cámara de Diputados del Congreso de Venezuela “*después de oír las intervenciones de los representantes de todos los partidos políticos en apoyo de la posición de la Cancillería venezolana sobre el laudo, aprobó el siguiente acuerdo: “Respaldar la política de Venezuela sobre el diferendo limítrofe entre la posesión inglesa y nuestro país en cuanto se refiere al territorio del cual fuimos despojados por el colonialismo; y, por otra parte, apoyar sin reservas la total independencia de la Guayana Inglesa y su incorporación al sistema democrático de vida*”¹⁸¹.
- xiv. El 12 de noviembre de 1962 Marcos Falcón Briceño, Ministro de Relaciones Exteriores de Venezuela, ratificó ante la 348ª Sesión del Comité Político Especial de la XVII Asamblea de las Naciones Unidas la posición del Embajador Carlos Sosa Rodríguez respecto de la reclamación e invocó la histórica postura venezolana de que el Laudo Arbitral de París es nulo¹⁸².

Según en el informe, luego de las conversaciones entre los representantes del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda y Venezuela “*se produjo un acuerdo entre aquellos dos países, con la concurrencia del Gobierno de Guayana Británica, en el sentido de que los tres Gobiernos examinarían los documentos relativos a esta cuestión, y que informarían a las Naciones Unidas sobre los resultados de las conversaciones. Así lo declaró, con autorización de las partes interesadas, el Presidente del Comité Político Especial, señor Leopoldo Benítez (representante del Ecuador) el 16 de noviembre de 1962*”¹⁸³.

¹⁷⁹ *Ídem.*

¹⁸⁰ *Ídem.*

¹⁸¹ *Ibíd.*, p. 25.

¹⁸² *Ídem.*

¹⁸³ *Ibíd.*, p. 26.

El mes de noviembre de 1963, después de que se llegara a algunos acuerdos mediante la vía diplomática “*se reunieron en Londres los Ministros de Relaciones Exteriores de Venezuela y del Reino Unido, Dr. Marcos Falcón Briceño y el honorable R. A. Butler, respectivamente*”¹⁸⁴.

El 5 de noviembre de 1963 el Ministro de Relaciones Exteriores de Venezuela, Marcos Falcón Briceño, “*presentó al Secretario de Asuntos Exteriores de Su Majestad Británica una Aide-Memoire sobre los puntos de vista de Venezuela sobre el litigio*”¹⁸⁵. La conclusión de ese aide-memoire fue que: “*La verdad histórica y la justicia exigen que Venezuela reclame la total devolución del territorio del cual se ha visto desposeída*”¹⁸⁶. En esa misma reunión, Ojer participó como exponente de la vertiente histórica de la reclamación venezolana sobre el territorio Esequibo, para el caso de que fuera necesario ampliar las explicaciones del Ministro de Relaciones Exteriores Marcos Falcón Briceño¹⁸⁷.

El informe tiene un valor adicional y es que, tal como indica la primera página: “*Cada una de las afirmaciones contenidas en este Informe están respaldadas por sus respectivos documentos, los cuales fueron presentados a Gran Bretaña en las conversaciones entre expertos, durante las 15 sesiones que tuvieron lugar en Londres entre los meses de febrero y mayo del año 1964*”¹⁸⁸.

El informe de Ojer y González es uno de los más contundentes elementos con los que cuenta Venezuela para demostrar la nulidad del Laudo Arbitral de París. Al referirse a este informe el Dr. Óscar García-Velutini recuerda que “*la primera conclusión que se formula en aquél es la de que Venezuela tuvo que aceptar el Tratado de Arbitraje de 1897 bajo presión indebida y engaño por parte de los Estados Unidos y de Gran Bretaña, los cuales negociaron las bases del compromiso con exclusión del gobierno venezolano en la última y decisiva fase de la negociación; y Venezuela, continúa el Informe, fue de tal manera preterida, que Estados Unidos de Norte América y Gran Bretaña acordaron desde el comienzo de la negociación que ningún jurista venezolano habría de formar parte del tribunal de arbitraje*”¹⁸⁹.

De manera que insistimos en nuestro rechazo contundente respecto del argumento (vii) de la República Cooperativa de Guyana según el cual Venezuela no recabó pruebas de los archivos que fueron abiertos a mediados del siglo XX.

¹⁸⁴ *Ídem.*

¹⁸⁵ *Ídem.*

¹⁸⁶ *Ídem.*

¹⁸⁷ Pablo Ojer Celigueta, *Los documentos de la casa amarilla*, Editorial Arte, Caracas, 1982. p. 44.

¹⁸⁸ Hermann González Oropeza y Pablo Ojer Celigueta, *ob. cit.*, p. 1 (véase nota 90).

¹⁸⁹ Oscar García-Velutini, *Facultad, acción y efecto de arbitrar*, Editorial Arte, Caracas, 1960. p. 17.

(iv) Réplica argumento (viii) de la República Cooperativa de Guyana en relación con la supuesta conducta de Venezuela de violar la soberanía de la República Cooperativa de Guayana y al argumento (ix) según el cual ese país se ha visto limitado en cuanto a su desarrollo económico mediante la obstrucción de las actividades de inversionistas en los territorios que le adjudicó el Laudo Arbitral de París

Estas pretensiones de la República Cooperativa de Guyana relativas a la violación de su soberanía deben ser categóricamente rechazadas. Debemos recordar que, contrariamente a lo que ha indicado la República Cooperativa de Guyana, Venezuela ha apoyado consistentemente las iniciativas de Guyana desde que comenzaron las gestiones para obtener la independencia.

En ningún momento Venezuela ha violado la soberanía de la República Cooperativa de Guyana. Antes y por el contrario, la República Cooperativa de Guyana ha insistido en otorgar concesiones y efectuar labores de exploración en territorios que corresponden a la zona en reclamación e incluso en espacios que pertenecen indiscutiblemente a Venezuela.

Conviene recordar que el 22 de octubre de 2013 el Patrullero Oceánico de Vigilancia Armada Bolivariana, de nombre “Yekuana” interceptó al buque panameño Teknik Perdana contratado por el gobierno de la República Cooperativa de Guyana y la empresa petrolera Anadarko Petroleum Corporation, que se encontraba realizando labores de exploración sísmica en aguas venezolanas. La empresa petrolera Anadarko Petroleum Corporation “*confirmó que el buque había estado examinando el fondo del mar, en preparación para una posible exploración de petróleo*”¹⁹⁰.

El buque Teknik Perdana se encontraba navegando “*en espacio marítimo que corresponde a la Zona Económica Exclusiva de Venezuela por encima del acimut 70° (al RV 259°, a una velocidad de 7 nudos, en posición geográfica, latitud: 10°20'30"N y longitud: 057°30'07"W)*”¹⁹¹. Este hecho fue objeto de un pronunciamiento de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de fecha 22 de octubre de 2013, el cual, entre otros aspectos, manifestó que: “*el Gobierno de Venezuela no puede contentarse con el acto aislado y plausible de la interceptación del buque Teknik Perdana, sino que además está obligado,*

¹⁹⁰ Daniel Pardo, “El barco que revive el reclamo venezolano sobre la Guayana Esequiba”, *BBC News*, 14 de octubre de 2013. Disponible en: https://www.bbc.com/mundo/noticias/2013/10/131014_venezuela_guyana_barco_disputa_dp.

¹⁹¹ Carlos Ayala Corao, “Palabras del Académico Carlos Ayala Corao, en la apertura del décimo encuentro sobre la plataforma continental y la frontera marítima entre Guyana y Venezuela”, en Héctor Faúndez Ledesma y Rafael Badell Madrid (coords.), *La controversia del Esequibo*, Serie Eventos 34, Academia de Ciencias Políticas y Sociales - Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2022, p. 562.

constitucionalmente, a conminar al Gobierno de Guyana a revocar las concesiones otorgadas en zonas de la exclusiva soberanía de Venezuela, y a expresarle formalmente que Venezuela desconocerá cualquier acto jurídico y toda situación de hecho de cualquier país, que contradiga su soberanía sobre los espacios marítimos”.

De manera que el buque Teknik Perdana no se encontraba efectuando labores de exploración en territorio guyanés como quiso hacerlo ver el gobierno de la República Cooperativa de Guyana; tampoco se trataba de espacios pertenecientes a la conocida zona en reclamación, sino que eran territorios exclusiva e indiscutiblemente pertenecientes a Venezuela. Como afirmó en su momento el Exembajador de Venezuela ante la ONU, Emilio Figueredo, “*la marina de guerra venezolana vio el barco en el delta del río Orinoco, en la plataforma continental venezolana, donde Venezuela tiene derechos soberanos sobre los recursos*”¹⁹².

Debemos aclarar además que el incidente ocurrido con el buque panameño Teknik Perdana no ha sido el único atentado contra la soberanía de Venezuela. En el año 2018, el Patrullero Oceánico Kariña (O-14) de la Armada Nacional de Venezuela interceptó, de nuevo, dos buques contratados por la transnacional petrolera Exxon Mobil que efectuaban labores de exploración sísmica en espacios marinos pertenecientes a Venezuela.

Los buques interceptados por la Armada Nacional Bolivariana fueron identificados como el buque Ramform Tethys, abanderado de Bahamas, y el buque Delta Monarch, abanderado de Trinidad y Tobago. Ambos buques fueron interceptados en la proyección marítima del Delta del Orinoco, específicamente “*el Ramford Tethys se encontraba en las coordenadas Latitud 09° 17' 4"N y Longitud 058°15' 7" W, y el Delta Monarch en las coordenadas Latitud 09° 15' 0" y Longitud 058° 17' 3"W*”¹⁹³.

La empresa petrolera Exxon Mobil explicó en ese momento que contaba con el permiso de la República Cooperativa de Guyana para efectuar las labores de exploración sísmica. Sin embargo, esto no cambia en forma alguna el hecho de que se trataba de espacios correspondientes a la proyección marítima del Delta del Orinoco, territorio que es indudablemente venezolano.

El gobierno de Venezuela protestó estos hechos ante el Secretario General de Naciones Unidas y ante el gobierno de la República Cooperativa de Guyana e indicó que “*ante esta inaceptable violación a la soberanía nacional que, mucho*

¹⁹² Daniel Pardo, “El barco que revive el reclamo venezolano sobre la Guayana Esequiba”, *ob. cit.*

¹⁹³ Victoria Korn, “Venezuela intercepta dos buques de la Exxon y acusa a Guyana de violar su soberanía”, publicado en *Rebelión*, 26 de diciembre de 2018. Disponible en: <https://rebellion.org/venezuela-intercepta-dos-buques-de-la-exxon-y-acusa-a-guyana-de-violar-su-soberania/>.

más allá de la controversia territorial sobre la Guayana Esequiba, ha traspasado con esta inédita incursión todos los límites, al pretender disponer de espacios marítimos de la proyección del Delta Amacuro, de indudable soberanía venezolana”¹⁹⁴.

Luego, en enero de 2021, la Armada Nacional de Venezuela detuvo a los buques Nady Nayera y Sea Wolf que se encontraban en aguas pertenecientes a la proyección marítima de Venezuela y consumaron el delito de pesca ilegal, motivo por el cual resultaron aprehendidos sus tripulantes.

La detención de los tripulantes de los buques Nady Nayera y Sea Wolf dio lugar a un comunicado del Ministerio de Relaciones Exteriores de Venezuela de fecha 26 de enero de 2021. El referido comunicado expresó lo siguiente:

“El Ministro del Poder Popular para Relaciones Exteriores desea informar que, el 25 de enero, el Ministro del Poder Popular para Relaciones Exteriores, Jorge Arreaza, sostuvo una videoconferencia con su homólogo, el Ministro de Relaciones Exteriores de la República Cooperativa de Guyana, Hugh Todd. En la reunión se abordó lo relativo a la legítima actividad de custodia por parte de la Armada Nacional Bolivariana.

En esta videoconferencia, el Ministro del Poder Popular para Relaciones Exteriores le transmitió al Ministro guyanés las preocupaciones de Venezuela en torno al manejo que el Ministerio de Relaciones Exteriores y Cooperación Internacional de Guyana ha hecho sobre el caso, mostrándole incluso las pruebas y coordenadas de localización que demuestran que las embarcaciones desarrollaban actividades de pesca ilegal en aguas jurisdiccionales de la República Bolivariana de Venezuela.

En el mismo espíritu, el Ministro Jorge Arreaza hizo entrega el día de hoy de una Nota de Protesta al Encargado de Negocios de la República Cooperativa de Guyana, Robert McKenzie, en rechazo a las difamaciones y acusaciones guyanesas tras la incursión no autorizada de estos barcos.

La República Bolivariana de Venezuela ratifica su repudio a las falsas acusaciones y tergiversaciones proferidas por el Ministerio de Relaciones Exteriores y Cooperación Internacional de Guyana, al considerar que no parten de la buena fe, al tiempo que califica como inadmisibles la pretensión de Guyana de denominar dicho territorio como su “Zona Económica Exclusiva y plataforma continental”. Venezuela continuará custodiando sus aguas jurisdiccionales en resguardo de su soberanía e integridad territorial.

Venezuela, apegada a los principios del Derecho Internacional, reafirma su disposición al diálogo sincero para atender de forma conjunta cualquier

¹⁹⁴ Ídem.

*situación susceptible de afectar la paz y estabilidad regionales. En este sentido, reitera su interés en mantener relaciones de respeto, comunicación y cooperación con la República Cooperativa de Guyana*¹⁹⁵.

2.2.1.2. Contramemoria (Artículo 43 del Estatuto; Artículos 45 y 49 del Reglamento)

La contramemoria es, en el curso ordinario de un procedimiento ante la CIJ, el segundo acto procesal de la fase escrita, que contiene las defensas del Estado demandado ante las alegaciones del Estado demandante expresadas en su memoria.

Los alegatos de defensa del demandante, expresados en la contramemoria, contienen la exposición de hechos jurídicamente relevantes y el razonamiento jurídico mediante el cual el Estado demandado se resiste a la pretensión del Estado demandante. La norma fundamental que regula este acto procesal es el párrafo segundo del artículo 43 del Estatuto que indica lo siguiente:

“El procedimiento escrito comprenderá la comunicación, a la Corte y a las partes, de memorias, contramemorias y, si necesario fuere, de réplicas, así como de toda pieza o documento en apoyo de las mismas”.

El Reglamento, en el párrafo primero del artículo 45, se refiere a la memoria y contramemoria en los procedimientos iniciados mediante solicitud de la siguiente manera: *“En un procedimiento incoado mediante una solicitud, los alegatos escritos consistirán, por su orden, en una memoria del demandante y en una contra memoria del demandado”*¹⁹⁶.

En cuanto al contenido de la contramemoria, el párrafo segundo del artículo 49 del Reglamento indica que: *“2. La contra memoria contendrá: el reconocimiento o la negación de los hechos expuestos en la memoria; una exposición adicional de hechos, si procede; observaciones relativas a los fundamentos de derecho expuestos en la memoria; una exposición de fundamentos de derecho en respuesta; y las conclusiones”*¹⁹⁷.

2.2.2. Procedimientos incidentales

2.2.2.1. Medidas provisionales (Artículos 73 al 78 del Reglamento)

Las medidas provisionales tienen una especial importancia en el ámbito del derecho internacional. En efecto, *“la aparición y el desarrollo de sistemas*

¹⁹⁵ MPPRE sostiene reunión telemática con Canciller de Guyana y entrega Nota de Protesta a Encargado de Negocios. Disponible en: http://www.presidencia.gob.ve/Site/Web/Principal/paginas/classMostrarEvento3.php?id_evento=17468.

¹⁹⁶ Véase Reglamento de la Corte Internacional de Justicia. Disponible en: <https://www.icj-cij.org/public/files/rules-of-court//rules-of-court-es.pdf>.

¹⁹⁷ *Ídem*.

*jurisdiccionales internacionales y comunitarios ha significado la recepción en estos sistemas del instituto de las medidas cautelares*¹⁹⁸. Las medidas provisionales se definen como “un incidente procesal por el cual la CIJ indica unas medidas de carácter preventivo que encuentran fundamento en el artículo 41.1 del Estatuto de la CIJ y cuyo objeto es la salvaguarda de los derechos sobre los que la corte deberá decidir en el procedimiento en causa. Por ello, han de dictarlas los tribunales que conocen del fondo de un asunto cuando a su juicio son objetivamente necesarias”¹⁹⁹.

Otra definición que caracteriza perfectamente las medidas provisionales que puede adoptar la CIJ y que deja claros sus fines y el alcance la protección derivada de ellas es que son “*aquellas acciones o abstenciones dispuestas por los jueces (y árbitros) internacionales prima facie competentes en un asunto, en caso de urgencia, con el fin de preservar los derechos de las partes contendientes o los bienes en litigio, así como la eficacia del propio proceso, incluyendo la protección de los medios de prueba y las personas a él vinculadas, o de impedir que se agrave o extienda la controversia, mientras esté pendiente la sentencia final o el proceso principal*”²⁰⁰.

Las medidas provisionales tienen tres características fundamentales, estas son: la provisionalidad, su finalidad preventiva y su obligatoriedad.

La primera característica de las medidas provisionales es, precisamente, la provisionalidad o temporalidad, a saber, tienen a una duración concreta en el tiempo. La segunda es su finalidad preventiva o cautelar que busca la prevención de daños y la disminución de los peligros que pueden afectar negativamente los derechos de las partes. En los procedimientos ante la CIJ la finalidad preventiva de las medidas provisionales puede consistir en evitar que la controversia se extienda más allá de los límites en que ha sido planteada originalmente.

El carácter cautelar de las medidas provisionales ayuda a prevenir que la controversia se extienda más allá de sus límites originales y cobra mucho sentido cuando se valora el hecho de que la República Cooperativa de Guyana, mediante

¹⁹⁸ Véase Héctor Gros Espiell, “Las medidas cautelares (provisionales) en los tribunales internacionales. El caso de la Corte Internacional de Justicia y el medio ambiente”, *Anuario Hispano-Luso-Americano de derecho internacional*, número 18, Imprenta Hispano-arábiga, Granada, 2007. p. 949.

¹⁹⁹ Soledad García-Lozano, “La indicación de medidas cautelares por la Corte Internacional de Justicia: el asunto Breard. (Paraguay c. Estados Unidos)”, *Themis*, número 40, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2000. p. 281.

²⁰⁰ Véase la conferencia dictada por Silvina González Napolitano, “Marco teórico y normativo de las medidas cautelares en la CIJ” en el evento *El caso Guyana con Venezuela y una eventual solicitud de medidas provisionales ante la CIJ* organizado por la Academia de Ciencias Políticas y Sociales en el marco del Ciclo de Coloquios sobre la controversia del Esequibo, celebrado en fecha 18 de noviembre de 2021. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=dR58ycmkb50>.

la explotación de recursos naturales, ha perturbado los derechos de Venezuela en territorios que no son objeto de disputa. En efecto: *“De no dictarse medidas provisionales, el conflicto se agravará, extendiéndose a las consecuencias derivadas de la explotación de recursos naturales por la parte actora en este procedimiento judicial, y extendiéndose a espacios que originalmente no estaban en disputa, como es el caso de parte de la zona marítima correspondiente al estado Delta Amacuro”*²⁰¹.

Finalmente, la tercera característica de las medidas provisionales es la obligatoriedad. Es decir, que las medidas provisionales tienen efecto vinculante y el mismo efecto para las partes de una sentencia. Este carácter, desarrollado y sostenido por la jurisprudencia, será analizado luego revisar las normas del Estatuto y del Reglamento.

Dentro del Estatuto la primera norma de interés en esta materia es la del artículo 41. Esa disposición faculta a la CIJ para indicar medidas provisionales cuando el caso esté revestido de circunstancias que le lleven a considerar que existe una necesidad de brindar protección a los derechos de las partes en el proceso. Mientras no se dicte sentencia, la CIJ tiene la obligación de notificar inmediatamente a las partes y al Consejo de Seguridad de la ONU de las medidas provisionales que produzca.

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 41 del Estatuto y 73 del Reglamento, Venezuela podría solicitar a la CIJ medidas provisionales. En efecto, el numeral 1 del artículo 41 del Estatuto establece que:

*“La Corte tendrá facultad para indicar, si considera que las circunstancias así lo exigen, las medidas provisionales que deban tomarse para resguardar los derechos de cada una de las partes”*²⁰².

Por otra parte, el Reglamento desarrolla lo relativo a las medidas provisionales en el artículo 73 y siguientes, contenidos en la *“Sección D: Procedimientos incidentales”*, concretamente en la *“Subsección 1: Medidas provisionales”*.

El artículo 73 establece que en cualquier momento del procedimiento las partes pueden solicitar a la CIJ la indicación de medidas provisionales mediante un escrito. En efecto el artículo 73.1 establece la forma para solicitar la indicación de medidas provisionales, a cuyos efectos dispone lo siguiente:

²⁰¹ Véase Héctor Faúndez Ledesma, “Medidas cautelares en el caso Guyana c. Venezuela”, *El Nacional*, 19 de noviembre de 2021. Disponible en: <https://www.elnacional.com/opinion/medidas-cautelares-en-el-caso-guyana-c-venezuela/>.

²⁰² Véase Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Disponible en: <https://www.icj-cij.org/public/files/statute-of-the-court/statute-of-the-court-es.pdf>.

*“1. Una demanda escrita solicitando que se indiquen medidas provisionales de resguardo puede ser presentada por una de las partes en cualquier momento en el curso del procedimiento concerniente al asunto con relación al cual se formula tal demanda”*²⁰³.

El párrafo segundo del artículo 73 establece que la solicitud de indicación de medidas provisionales deberá contener las razones de hecho y de derecho que la fundamentan, las posibles consecuencias negativas ante el rechazo de la CIJ de indicarla y, por último, cuáles son las medidas provisionales solicitadas. La norma establece:

*“2. La demanda indicará los motivos en que se funda, las posibles consecuencias en caso de que se rechace y las medidas que se solicitan. El Secretario transmitirá inmediatamente a la otra parte copia certificada conforme de la demanda”*²⁰⁴.

Ahora vamos a referirnos al criterio dominante en la jurisprudencia de la CIJ respecto de la obligatoriedad de las medidas provisionales indicadas por la CIJ. El carácter obligatorio de las medidas provisionales es producto del criterio jurisprudencial sostenido por la CIJ desde el año 2001 con el Caso *La Grand*, un litigio entre Alemania y Estados Unidos²⁰⁵.

²⁰³ Véase Reglamento de la Corte Internacional de Justicia de fecha 14 de abril de 1978. Disponible en: <https://www.icj-cij.org/public/files/rules-of-court/rules-of-court-es.pdf>.

²⁰⁴ *Ídem*.

²⁰⁵ Corte Internacional de Justicia, *La Grand Case (Germany v. United States of America)* de fecha de 27 de junio de 2001. Disponible en: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/104/104-20010627-JUD-01-00-EN.pdf>. El Caso *La Grand* fue una controversia surgida tras una demanda de Alemania y Estados Unidos por la detención, juicio y ejecución de pena de muerte de dos alemanes en detenidos por las autoridades del Estado de Arizona, violando el derecho de los detenidos a ser informados sobre sus derechos e ignorando la notificación diplomática y, en consecuencia, la protección diplomática prevista en el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de fecha 24 de abril de 1963. Disponible en: <https://www.oas.org/legal/spanish/documentos/convvienaconsulares.htm>. Artículo 36: *“Con el fin de facilitar el ejercicio de las funciones consulares relacionadas con los nacionales del Estado que envía: a) los funcionarios consulares podrán comunicarse libremente con los nacionales del Estado que envía y visitarlos. Los nacionales del Estado que envía deberán tener la misma libertad de comunicarse con los funcionarios consulares de ese Estado y de visitarlos; b) si el interesado lo solicita, las autoridades competentes del Estado receptor deberán informar sin retraso alguno a la oficina consular competente en ese Estado cuando, en su circunscripción, un nacional del Estado que envía sea arrestado de cualquier forma, detenido o puesto en prisión preventiva. Cualquier comunicación dirigida a la oficina consular por la persona arrestada, detenida o puesta en prisión preventiva, le será asimismo transmitida sin demora por dichas autoridades, las cuales habrán*

En el Caso *La Grand* con las medidas provisionales se intentaron proteger - tristemente sin lograrlo- los derechos fundamentales de dos ciudadanos alemanes, entre ellos el derecho a la vida. En el caso venezolano -como veremos adelante- se trata de los derechos de pueblos históricos, derechos ambientales y el sensible asunto de la soberanía e integridad territorial del Estado²⁰⁶.

Con la sentencia que resolvió el Caso *La Grand*, la CIJ sostuvo por primera vez el criterio según el cual las medidas provisionales indicadas por ella “*tendrían el mismo carácter obligatorio, definitivo e inapelable de las sentencias*”²⁰⁷ de conformidad con el artículo 94 de la CNU²⁰⁸, en concordancia con los artículos 59 y de 60 del Estatuto²⁰⁹.

En supuestos de urgencia, como lo fue el Caso *La Grand* y como lo es, actualmente, la controversia territorial entre Venezuela y la República Cooperativa

de informar sin dilación a la persona interesada acerca de los derechos que se le reconocen en este apartado; c) los funcionarios consulares tendrán derecho a visitar al nacional del Estado que envía que se halle arrestado, detenido o en prisión preventiva, a conversar con él y a organizar su defensa ante los tribunales. Asimismo, tendrán derecho a visitar a todo nacional del Estado que envía que, en su circunscripción, se halle arrestado, detenido o preso en cumplimiento de una sentencia. Sin embargo, los funcionarios consulares se abstendrán de intervenir en favor del nacional detenido, cuando éste se oponga expresamente a ello. 2. Las prerrogativas a las que se refiere el párrafo 1 de este artículo se ejercerán con arreglo a las leyes y reglamentos del Estado receptor, debiendo entenderse, sin embargo, que dichas leyes y reglamentos no impedirán que tengan pleno efecto los derechos reconocidos por este artículo”.

²⁰⁶ Sobre la importancia de la adopción de medidas provisionales por la Corte Internacional de Justicia véase Soledad García Lozano, “La sentencia de la Corte Internacional de Justicia del 27 de junio de 2001 en el caso *La Grand*”, *Boletín mexicano de derecho comparado*, número 109, Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad de México, 2004. pp. 240-241.

²⁰⁷ Héctor Gros Espiell, “Las medidas cautelares (provisionales)...”, *ob. cit.*, p. 952.

²⁰⁸ Véase Carta de las Naciones Unidas, firmada en fecha de 26 de junio de 1945 en San Francisco. Disponible en: https://www.oas.org/36ag/espanol/doc_referencia/carta_nu.pdf. Artículo 94: “1. Cada Miembro de las Naciones Unidas compromete a cumplir la decisión de la Corte Internacional de Justicia en todo litigio en que sea parte. 2. Si una de las partes en un litigio dejare de cumplir las obligaciones que le imponga un fallo de la Corte, la otra parte podrá recurrir al Consejo de Seguridad, el cual podrá, si lo cree necesario, hacer recomendaciones o dictar medidas con el objeto de que se lleve a efecto la ejecución del fallo”.

²⁰⁹ Véase Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Disponible en: <https://www.icj-cij.org/public/files/statute-of-the-court/statute-of-the-court-es.pdf>. Artículo 59: “La decisión de la Corte no es obligatoria sino para las partes en litigio y respecto del caso que ha sido decidido”; Artículo 60: “El fallo será definitivo e inapelable. En caso de desacuerdo sobre el sentido o el alcance del fallo, la Corte lo interpretará a solicitud de cualquiera de las partes”.

de Guyana, la indicación de medidas provisionales a favor de Venezuela podría hacer una enorme diferencia. Las medidas provisionales, en atención a la finalidad cautelar que hemos explicado antes, tienden a la protección de los derechos de las partes para evitar que la futura sentencia definitiva se vuelva ilusoria. Sin la indicación de medidas provisionales difícilmente podría la CIJ cumplir su importante misión de justicia internacional.

Ahora bien, para que la CIJ dicte medidas provisionales deben concurrir tres requisitos esenciales. El primero de esos requisitos es probar la relación que existe entre la medida provisional concreta que se solicite y los derechos afectados que deben ser objeto de litigio; el siguiente requisito es la necesidad urgente de que se evite un riesgo que podría ser fatal e irreparable para los derechos de alguna de las partes y, el tercer y último requisito, es que se haya verificado la competencia del órgano jurisdiccional, al menos *prima facie*.

Además, debe tenerse en cuenta que las medidas provisionales de carácter general no pueden ser indicadas individualmente, sino en conjunto con medidas provisionales de carácter específico. Esta ha sido la posición sostenida por la jurisprudencia de la CIJ.

Un ejemplo es el caso *Aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial* (Qatar c. Emiratos Árabes Unidos)²¹⁰.

En ese procedimiento, las medidas cautelares tercera y cuarta solicitadas por los Emiratos Árabes Unidos tenían la finalidad de impedir el agravamiento de la controversia con una medida provisional de carácter general.

Como dijimos, las medidas provisionales de carácter general no pueden ser indicadas individualmente, sino que deben ser acompañadas con medidas provisionales de carácter específico o particular. En el caso de Qatar c. Emiratos Árabes Unidos, las medidas provisionales de carácter específico solicitadas fueron declaradas sin lugar y, en consecuencia, también lo fueron las medidas provisionales de carácter general.

Venezuela podría solicitar a la CIJ que dicte medidas provisionales de carácter específico con la finalidad de paralizar las concesiones de la República Cooperativa de Guyana en el territorio disputado a fin de evitar los perjuicios causados en el territorio por la explotación de recursos naturales.

²¹⁰ Corte Internacional de Justicia, “Orden de fecha 14 de junio de 2019 en el caso contencioso relativo a la Aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (Qatar c. Emiratos Árabes Unidos) relativa a la solicitud de indicación de medidas provisionales de parte de los Emiratos Árabes Unidos”. Disponible en: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/172/172-20190614-ORD-01-00-EN.pdf>.

Ciertamente, la explotación petrolera realizada por empresas trasnacionales mediante concesiones otorgadas por la República Cooperativa de Guyana ha causado, y sigue generando, graves daños al medio ambiente. De manera que:

“Las medidas requeridas no tienen el propósito de evitar un riesgo inminente, sino evitar un daño muy concreto que se está produciendo en este momento, y que se viene causando por lo menos desde 1965, cuando Gran Bretaña le otorgó concesiones a una empresa canadiense para explotar un campo petrolero en el distrito de Rupununi; luego, en 2009, se otorgó concesiones a Shell y Exxon para la explotación en el denominado bloque Stabroek, en el que -más allá de líneas ideológicas- también tiene participación la china Cnooc”²¹¹.

Las medidas provisionales pueden servir para garantizar la protección de derechos humanos que están siendo vulnerados como consecuencia de la conducta de una de las partes en litigio. Es el caso de los pueblos indígenas que han resultado gravemente afectados por la explotación petrolera. Lo más grave es que algunas de las actividades de explotación desarrolladas por la República Cooperativa de Guyana no cuentan con la aprobación de la Agencia de Protección Ambiental de la República Cooperativa de Guyana.

Debe tenerse en cuenta la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas aprobada en sesión plenaria de la Asamblea General de la ONU en fecha 13 de septiembre de 2007. En especial, conviene citar lo dispuesto por el artículo 29:

“1. Los pueblos indígenas tienen derecho a la conservación y protección del medio ambiente y de la capacidad productiva de sus tierras o territorios y recursos. Los Estados deberán establecer y ejecutar programas de asistencia a los pueblos indígenas para asegurar esa conservación y protección, sin discriminación.

2. Los Estados adoptarán medidas eficaces para asegurar que no se almacenen ni eliminen materiales peligrosos en las tierras o territorios de los pueblos indígenas sin su consentimiento libre, previo e informado.

3. Los Estados también adoptarán medidas eficaces para asegurar, según sea necesario, que se apliquen debidamente programas de control, mantenimiento y restablecimiento de la salud de los pueblos indígenas afectados por esos materiales, programas que serán elaborados y ejecutados por esos pueblos”²¹².

²¹¹ Véase Héctor Faúndez Ledesma, “Medidas cautelares en el caso Guyana c. Venezuela”, *ob. cit.*

²¹² Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas aprobada en sesión plenaria de la Asamblea General de las Naciones Unidas en fecha

Téngase en cuenta también que el Consejo de Derechos Humanos de la ONU en fecha de 8 de octubre de 2021 decidió que el “*medio ambiente limpio, saludable y sostenible es un derecho humano y exhortó a todos los Estados a trabajar juntos, en conjunto con otros actores, para implementarlo*”²¹³. Esta resolución fue aprobada por un total de 43 votos a favor y 4 abstenciones²¹⁴. Igualmente se dijo que la Asamblea General de la ONU discutiría pronto el tema para analizar la posibilidad de dictar una decisión semejante.

El derecho ambiental es particularmente relevante en este caso. Es fundamental la incidencia de la protección del medio ambiente a través de mecanismos de derecho internacional. Conviene recordar que en materia de derecho ambiental rige el principio precautorio. En este sentido, Blanco-Uribe Quintero afirma, refiriéndose al derecho ambiental, que “*como toda rama del Derecho, ella actúa curativamente, pero su gran especialidad radica en su carácter primordialmente preventivo, dada la condición muchas veces irreversible de los daños ambientales y la índole extracomercial de muchos de los bienes ambientales*”²¹⁵.

Ya se han causado daños severos en el territorio controvertido que califican de irreparables. Queda en manos de la CIJ, bajo su buen criterio, determinar la necesidad de que, en aras del cumplimiento de los derechos ambientales, se evite la profundización de las innegables consecuencias negativas de la actividad de la República Cooperativa de Guyana.

Estos elementos, de relevancia central en el caso de la controversia limítrofe entre Venezuela y la República Cooperativa de Guyana deben ser considerados por la CIJ que, si dicta medidas provisionales para salvaguardar los derechos de Venezuela, estaría -por vía de consecuencia- protegiendo bienes jurídicos esenciales para la humanidad como el medio ambiente y los pueblos indígenas que “*están ubicados en el más bajo estrato social dentro de Guyana en el que apenas son considerados seres humanos*”²¹⁶.

13 de septiembre de 2007. Disponible en: https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_es.pdf.

²¹³ Organización de Naciones Unidas, “El Consejo de Derechos Humanos declara que tener un medio ambiente limpio y saludable es un derecho humano” “apartado de Noticias ONU, publicado el 8 de octubre de 2021. Disponible en: <https://news.un.org/es/story/2021/10/1498132>.

²¹⁴ *Ídem*. Las abstenciones fueron de Rusia, China, India y Japón.

²¹⁵ Alberto Blanco-Uribe Quintero, *La protección del ambiente y el contencioso administrativo*, Editorial Sherwood, colección cuadernos, Caracas, 1998, p. 17.

²¹⁶ Claudio Briceño Monzón, José Alberto Olivar y Luis Alberto Buttó (coords.), *La cuestión Esequibo. Memoria y soberanía.*, Universidad Metropolitana, Caracas, 2016, p. 266.

No sería la primera vez que la CIJ, mediante la indicación de medidas provisionales, proteja los derechos e intereses de las partes en conflicto. La puesta en peligro de derechos fundamentales como el derecho a la vida ha servido de sustento para que este órgano jurisdiccional indique medidas provisionales²¹⁷.

Con las actividades de explotación de recursos naturales y las serias afectaciones que implican se está perjudicando el derecho de Venezuela sobre el territorio controvertido, desmejorando su condición, produciendo daños irreparables y, además, dificultando el eventual ejercicio de soberanía de nuestra República en aquellos dominios de resultar vencedores en el litigio.

Todos estos elementos desfavorables y perjudiciales a los derechos de Venezuela sobre el territorio reclamado se agravan aún más por la falta de control de las autoridades guyanesas en los 159.500 km² objeto de la controversia.

Estos problemas de gobernabilidad se traducen en la proliferación de actividades como minería ilegal, trata de personas, tráfico de drogas, contrabando y crimen organizado²¹⁸.

En esas actividades ilícitas han participado activamente personas provenientes de Brasil, involucrándose progresivamente en la región y aprovechando la falta de dominio militar derivada de la escasa cantidad de funcionarios militares de la República Cooperativa de Guyana. Ello ha sido así, al menos con más fuerza, “*desde la inauguración en septiembre de 2009 del puente sobre el río Tacutú ubicado al suroeste del Territorio Esequibo en la frontera con Brasil*”²¹⁹.

Brasil se ha involucrado en el dominio del territorio en reclamación porque observa en él una zona con gran potencial económico y político debido a su ubicación estratégica. Venezuela debe tomar las acciones que conduzcan al

²¹⁷ Véase al respecto Corte Internacional de Justicia, “Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar)”. Disponible en: <https://www.icj-cij.org/en/case/178>. El caso Gambia c. Myanmar inició el 11 de noviembre del año 2019 mediante la demanda de la República de Gambia en contra de la República de la Unión de Myanmar tras el acontecimiento de actos genocidas en contra un grupo protegido –los rohinyá- con lo que se violó la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio. En fecha 23 de enero del año 2020 la Corte Internacional de Justicia indicó -por unanimidad- medidas provisionales con el objeto de proteger los derechos de los rohinyá. Para determinar la necesidad de indicar medidas provisionales, la Corte Internacional de Justicia verificó que se cumplieran dos requisitos esenciales: (i) relación o vínculo entre los derechos reclamados y las medidas solicitadas y (ii) el peligro de que se produzca un daño irreparable (riesgo real e inminente).

²¹⁸ Véase Claudio Briceño Monzón, José Alberto Olivar y Luis Alberto Buttó (coords.), *ob. cit.*, p. 266.

²¹⁹ *Ídem.*

incremento de su influencia en la zona reclamada. En efecto, Brasil “*busca dominar nuestro Territorio Esequibo e incluso a Guyana al expandir su mercado tanto hacia esas zonas como a todo el Caribe, facilitando al mismo tiempo sus exportaciones a través del Océano Atlántico estando todo esto contemplado en el «Plan Calha Norte» formulado hace más de treinta años*”²²⁰.

Debe recordarse que la República Cooperativa de Guyana, en contra de los derechos de Venezuela, ha estado ejerciendo su soberanía en territorios que no le pertenecen y que, además, no son objeto de litigio. Ese es un elemento clave que la CIJ debe considerar a la hora de indicar medidas provisionales, bien sea a solicitud de parte o de oficio (*motu proprio*).

2.2.2.2. Excepciones preliminares

2.2.2.2.1. Consideraciones generales (Artículos 79, 79bis y 79ter del Reglamento)

Las excepciones preliminares son un mecanismo procesal de defensa que se otorga a los Estados partes en el marco de los procedimientos contenciosos ante la CIJ. Las excepciones preliminares se encuentran reguladas en el Reglamento, específicamente, en la subsección 2, incluida en la sección D relativa a los procedimientos incidentales. En el artículo 79 se establece la regulación de la excepción preliminar. Dicho artículo fue enmendado y una nueva redacción entró en vigor a partir del 1 de febrero de 2001. Luego, otra enmienda dio lugar a la creación de los artículos 79bis y 79ter que entraron en vigor el 21 de octubre de 2019.

El artículo 79 del Reglamento está compuesto de dos párrafos y establece que luego de la presentación de la demanda y tras las reuniones que el Presidente de la CIJ debe sostener con cada una de las partes, es posible que la CIJ decida que los asuntos relacionados con su propia competencia y con la admisibilidad de la demanda sean resueltos separadamente. Todo lo anterior, siempre que existan circunstancias que lo justifiquen (párrafo primero).

En caso de que la CIJ decida dar inicio a este procedimiento incidental, las partes deberán ceñirse a los lapsos establecidos por ese alto órgano jurisdiccional a tal efecto. Los escritos de las partes deberán contener sus observaciones y alegatos. Deberán incluirse en esos escritos las pruebas que fundamentan su posición, anexando los documentos que la sustenten (párrafo segundo). El artículo 79 del Reglamento dispone:

“1. Tras la presentación de la demanda y después de que el Presidente se haya reunido y consultado con las partes, el Tribunal podrá decidir, si las circunstancias lo justifican, que las cuestiones relativas a su competencia o a la admisibilidad de la demanda se resuelvan por separado.

²²⁰ *Ídem.*

2. Cuando el Tribunal de Justicia así lo decida, las partes presentarán los escritos relativos a la competencia o a la admisibilidad en los plazos y en el orden fijados por el Tribunal de Justicia. Cada escrito contendrá las observaciones y alegaciones de la parte, incluidas las pruebas en que se base, y adjuntará copias de los documentos justificativos”.

Por su parte, el artículo 79bis, que entró en vigor a través de una enmienda el 21 de octubre de 2019, establece varios aspectos relevantes relacionados con las excepciones preliminares. Así, indica en su párrafo primero que en los casos en que la CIJ no haya tomado alguna decisión con relación de la posibilidad jurídica del artículo 79 sobre excepciones preliminares, cualquier excepción respecto de la competencia, admisibilidad de la demanda o cualquier otra que requiera ser decidida antes de entrar a conocer el mérito de la controversia deberá presentarse por escrito.

En relación con lo anterior, el párrafo primero del artículo 79bis establece un período máximo de tres meses luego de la consignación de la memoria para presentar dicho escrito. Incluso se aborda la posibilidad de que esas objeciones sobre competencia, admisibilidad de la demanda y, en general, las que correspondan, sean formuladas por una parte distinta a la demandada, fijando para ello el mismo término que para la consignación del primer escrito de esa parte. En efecto:

“1. Cuando la Corte no haya adoptado ninguna decisión en virtud del artículo 79, la impugnación de la competencia de la Corte o de la admisibilidad de la demanda, o cualquier otra impugnación sobre la que se solicite una decisión antes de continuar el procedimiento sobre el fondo, deberá formularse por escrito lo antes posible y, a más tardar, dentro de los tres meses siguientes a la entrega del Memorial. Cualquier objeción de este tipo realizada por una parte distinta de la demandada deberá presentarse dentro del plazo fijado para la entrega del primer escrito de dicha parte”.

El párrafo segundo del artículo 79bis del Reglamento exige que en las excepciones preliminares se expongan sus fundamentos de hecho y de derecho. Además de ello, junto a sus alegatos, la parte oponente deberá consignar una lista de documentos que les sustenten, incluyendo las pruebas en las que se base. La referida norma dispone:

“2. La objeción preliminar deberá exponer los hechos y el derecho en los que se basa la objeción, las alegaciones y una lista de los documentos que la apoyan; deberá incluir cualquier prueba en la que la parte se base. Se adjuntarán copias de los documentos justificativos”.

Los efectos procesales de la oposición de excepciones preliminares son indicados el párrafo tercero del artículo 79bis del Reglamento. Esta disposición señala que la recepción de excepciones preliminares por parte de la Secretaría de la CIJ tendrá como consecuencia la suspensión del procedimiento sobre el fondo

de la controversia. Ello implica que si la excepción preliminar es declarada con lugar el procedimiento se extingue, pero si es declarada sin lugar el procedimiento continuará su curso y la CIJ deberá fijar los lapsos para los actos procesales subsiguientes, de conformidad con lo previsto en el párrafo quinto del artículo 79ter del Reglamento.

Además, la CIJ deberá fijar el lapso correspondiente para la consignación del escrito de la contraparte donde expondrá sus alegatos, observaciones y elementos probatorios que correspondan. El párrafo tercero del artículo 79bis del Reglamento indica:

“3. Cuando la Secretaría reciba una excepción preliminar se suspenderá el procedimiento sobre el fondo y el Tribunal, o el Presidente si el Tribunal no está reunido, fijará el plazo para que la otra parte presente un escrito con sus observaciones y alegaciones, en el que se incluirán los elementos de prueba que la parte invoca. Se adjuntarán copias de los documentos justificativos”.

El cuarto y último párrafo del artículo 79bis establece la posibilidad de que las partes acuerden que las excepciones preliminares sean resueltas conjuntamente con las cuestiones de fondo. La norma dispone expresamente lo siguiente: *“4. El Tribunal hará efectivo cualquier acuerdo entre las partes para que una objeción presentada en virtud del apartado 1 sea oída y resuelta en el marco del fondo”.*

El artículo 79ter del Reglamento, compuesto de cuatro párrafos, establece en el primero de ellos que las excepciones preliminares sólo podrán oponerse con relación a los asuntos que sean pertinentes. No especifica cuáles son estos supuestos, sin embargo, de la redacción de los artículos anteriormente descritos se deduce que, al menos, podrán oponerse excepciones preliminares relativas a temas de competencia de la CIJ y admisibilidad de la demanda. El párrafo primero establece:

“1. Las alegaciones relativas a las excepciones preliminares o a las objeciones presentadas en virtud del artículo 79, apartado 2, o del artículo 79bis, apartados 1 y 3, se limitarán a los asuntos que sean pertinentes para las cuestiones preliminares o las objeciones”.

Seguidamente el párrafo segundo del artículo 79ter del Reglamento establece que la regla en cuanto al procedimiento incidental sobre excepciones preliminares será la oralidad, sin perjuicio de la posibilidad que se otorga a la CIJ de decidir que sea resuelta bajo una modalidad distinta. En efecto establece el párrafo segundo *“Salvo decisión en contrario del Tribunal, el procedimiento ulterior será oral”.*

La CIJ podrá, de conformidad con el párrafo tercero del artículo 79ter del Reglamento y siempre que las circunstancias así lo requieran, ejercer su facultad de solicitar a los Estados parte que aleguen todas las cuestiones de hecho y de

derecho, así como todos los elementos probatorios relacionados con las excepciones preliminares. Dispone el artículo 79ter en su parágrafo tercero:

“3. El Tribunal, siempre que sea necesario, podrá solicitar a las partes que aleguen todas las cuestiones de hecho y de derecho y que aporten todas las pruebas que tengan relación con las cuestiones preliminares o las excepciones”.

Ante la presentación de excepciones preliminares, luego de oír a las partes, la CIJ tendrá tres alternativas: la primera, declarar la admisión de las excepciones preliminares; la segunda, rechazar su admisión; o la tercera posibilidad, declarar que, en atención a las particularidades del caso, esa excepción no tiene carácter puramente preliminar. Así lo contempla el parágrafo cuarto del artículo 79ter:

“4. Después de oír a las partes, el Tribunal se pronunciará sobre una cuestión preliminar admitiéndola o rechazándola. No obstante, el Tribunal podrá declarar que, en las circunstancias del caso, una cuestión o una excepción no tiene carácter exclusivamente preliminar”.

El quinto y último parágrafo del artículo 79ter establece que las excepciones preliminares serán resueltas mediante sentencias. Sin embargo, en caso de que la sentencia no resuelva la cuestión preliminar de que se trate, la CIJ fijará los lapsos procesales del procedimiento ulterior²²¹. Como indica la referida norma:

“5. El Tribunal de Justicia decidirá en forma de sentencia. Si la sentencia no resuelve el asunto, el Tribunal fijará los plazos para el procedimiento ulterior”.

Al analizar las excepciones preliminares es importante tener en cuenta que la CIJ deberá fijar el lapso para que la contraparte formule sus observaciones en un período de tiempo no superior a cuatro meses, esto, de conformidad con la Directivas Prácticas de la CIJ, especialmente, la Directiva Práctica V que establece:

²²¹ Es importante tener en cuenta la redacción de esta norma antes de la modificación del 21 de octubre de 2019. El artículo 79ter no existía antes de esa fecha, la norma se encontraba establecida en el parágrafo séptimo del artículo 79 y expresaba: “La Corte, oídas las partes, decidirá por medio de un fallo, en el que aceptará o rechazará la excepción o declarará que la excepción no tiene, en las circunstancias del caso, un carácter exclusivamente preliminar. **Si la Corte rechazara la excepción o declarara que no tiene un carácter exclusivamente preliminar, fijará los plazos para la continuación del procedimiento**” (Resaltado añadido). De esta manera, la práctica siempre ha consistido en que cuando se rechazan las excepciones preliminares opuestas por un Estado parte, la CIJ fija los lapsos para los subsiguientes actos procesales, que serán los mismos que estaban previstos antes de la suspensión del procedimiento con ocasión de la apertura de la incidencia por excepciones preliminares.

“Con el fin de acelerar el procedimiento relativo a las excepciones preliminares formuladas por una de las partes en virtud del artículo 79bis, apartado 1, del Reglamento de la Corte, el plazo para la presentación por la otra parte de un escrito con sus observaciones y alegaciones en virtud del artículo 79bis, apartado 3, no excederá en general de cuatro meses a partir de la fecha de presentación de las excepciones preliminares”²²².

2.2.2.2. Excepciones preliminares opuestas por Venezuela

Mediante providencia de la CIJ de fecha 8 de marzo de 2021 se fijaron los lapsos procesales para la presentación de la Memoria y Contramemoria. Conforme dicha providencia, la República Cooperativa de Guyana debía presentar su Memoria hasta el 8 de marzo de 2022 y Venezuela debía consignar su Contramemoria hasta el 8 de marzo de 2023.

Conforme a lo anterior, el 8 de marzo de 2022 la República Cooperativa de Guyana consignó por ante ese alto órgano judicial su Memoria sobre al fondo de la controversia relativa a la nulidad o validez del Laudo Arbitral de París del 3 de octubre de 1899.

El 7 de junio de 2022, cuando transcurría el lapso para la presentación de la Contramemoria, Venezuela opuso ante la CIJ excepciones preliminares sobre la admisibilidad de la demanda intentada por la República Cooperativa de Guyana, a objeto de resolver la controversia mediante una solución negociada con arreglo a lo previsto en el Acuerdo de Ginebra de fecha 17 de febrero de 1966.

La regulación de las excepciones preliminares se encuentra en el artículo 79 del Reglamento. En especial el artículo 79bis del Reglamento indica lo siguiente: *“1. Cuando la Corte no haya adoptado ninguna decisión en virtud del artículo 79, la impugnación de la competencia de la Corte o de la admisibilidad de la demanda, o cualquier otra impugnación sobre la que se solicite una decisión antes de continuar el procedimiento sobre el fondo, deberá formularse por escrito lo antes posible y, a más tardar, dentro de los tres meses siguientes a la entrega del Memorial. Cualquier objeción de este tipo realizada por una parte distinta de la demandada deberá presentarse dentro del plazo fijado para la entrega del primer escrito de dicha parte”.*

La oposición de excepciones preliminares por parte de Venezuela ante la CIJ fue informada al país mediante un comunicado del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Exteriores de Venezuela, de fecha 8 de junio de 2022, en el que se expresó que : *“El gobierno de la República Bolivariana de Venezuela, en aras de la defensa de los más altos intereses de la República y de su integridad territorial, informa al pueblo venezolano que en fecha 7 de junio de 2022, conforme con la normativa aplicable, la República se ha visto precisada a*

²²² Véase “Practice Directions” en el portal web oficial de la Corte Internacional de Justicia. Disponible en: <https://www.icj-cij.org/en/practice-directions>.

*presentar ante la Corte Internacional de Justicia objeciones preliminares a la admisión de la demanda unilateral de la República Cooperativa de Guyana contra Venezuela*²²³.

El referido Comunicado del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Exteriores de fecha 8 de junio de 2022 indica además que: *“Venezuela rechaza la instrumentalización de la Corte Internacional de Justicia para dirimir una controversia que demanda de una solución negociada, sin desmedro del debido respeto a esta instancia como órgano judicial principal de las Naciones Unidas”*²²⁴.

En el mismo comunicado el gobierno venezolano indicó que la CIJ había declarado su competencia respecto de una cuestión que ya ha sido superada. Al mismo tiempo, se insistió en que la intención de la representación de la República Cooperativa de Guyana es eludir la vía negociada al recurrir a la CIJ, cuestión que fue expresada en los siguientes términos: *“Sin embargo, estamos obligados a señalar, sin duda alguna, del curso del procedimiento que se ha seguido a partir de la demanda unilateral de Guyana, así como de la decisión del 18 de diciembre de 2020 en la que, contra todo precedente, la Corte se arroga jurisdicción para pronunciarse sobre “la validez del laudo arbitral de 1899”, un asunto superado y que fue artificiosamente propuesto en la demanda unilateral de Guyana, para buscar librarse de su compromiso a negociar, al cual está obligado conforme al Acuerdo de Ginebra”*²²⁵.

Con la oposición de excepciones preliminares, Venezuela ha realizado un acto dentro del procedimiento, lo que formalmente equivale a comparecer ante la CIJ. En este sentido, la República Cooperativa de Guyana ha emitido un comunicado de prensa en fecha 8 de junio de 2022 en el que anuncia el recibo de una carta del Secretario de la CIJ donde se le informa que Venezuela ha opuesto excepciones preliminares relativas a la admisibilidad de la demanda de la República Cooperativa de Guyana.

Además, como hemos dicho previamente, Venezuela designó juez *ad hoc* y participó activamente en el procedimiento incidental de excepciones preliminares. No queda duda de que Venezuela ha tomado la decisión de comparecer ante la CIJ, lo que implica necesariamente que, en caso de que las excepciones preliminares sean declaradas sin lugar, deberá exponer sus argumentos de fondo en la oportunidad que la CIJ fije para presentar la contramemoria.

²²³ Véase Comunicado del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Exteriores de fecha 8 de junio de 2022. Disponible en: <https://mppre.gob.ve/comunicado/venezuela-objeciones-preliminares-admisibilidad-demanda-unilateral-guyana/>.

²²⁴ *Ídem.*

²²⁵ *Ídem.*

La República Cooperativa de Guyana reconoció que el Reglamento otorga a Venezuela la posibilidad jurídica de oponer excepciones preliminares que tienen como efecto la suspensión del proceso hasta que sean resueltas por la CIJ. Asimismo, la República Cooperativa de Guyana señaló que formulará sus observaciones tan pronto como la CIJ abra el lapso correspondiente. Todo lo anterior con fundamento en el parágrafo tercero del artículo 79 del Reglamento.

En adición a lo anterior la República Cooperativa de Guyana expresó en el referido comunicado que Venezuela, mediante la oposición de excepciones preliminares, tiene el objetivo de retrasar la sentencia definitiva de la CIJ sobre la controversia. La República Cooperativa de Guyana expresó lo siguiente: *“Observando que Venezuela no había reconocido previamente la jurisdicción de la Corte para considerar el caso, el Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación Internacional también señala que, al presentar una objeción en esta etapa avanzada del procedimiento ante la CIJ, el Gobierno de Venezuela está claramente participando en un esfuerzo por retrasar el juicio final de la Corte sobre el fondo del caso”*²²⁶.

La República Cooperativa de Guyana celebra que Venezuela con la consignación de las excepciones preliminares haya comparecido en el procedimiento ante la CIJ, cuestión que expresa en los siguientes términos: *“No obstante, con su acción, el Gobierno venezolano se une al proceso judicial al que Guyana siempre le había instado, un paso que Guyana acoge con satisfacción, consciente de la validez de su posición sobre el fondo del caso”*²²⁷.

En atención a las excepciones preliminares opuestas por Venezuela, la CIJ se pronunció mediante una providencia de fecha 13 de junio de 2022. En la decisión fijó un plazo hasta el 7 de octubre de 2022 para que la República Cooperativa de Guyana presente sus observaciones a las excepciones preliminares opuestas por Venezuela, de conformidad con la Directiva Práctica V según la cual *“el plazo para la presentación por la otra parte de un escrito con sus observaciones y alegaciones en virtud del artículo 79bis, apartado 3, no excederá en general de cuatro meses a partir de la fecha de presentación de las excepciones preliminares”*²²⁸.

²²⁶ Véase Comunicado de Prensa de la República Cooperativa de Guyana de fecha 8 de junio de 2022. Disponible en: <https://dpi.gov.gy/press-statement-from-the-ministry-of-foreign-affairs-and-international-cooperation-of-guyana-regarding-the-guyana-venezuela-case-before-the-icj/>.

²²⁷ *Ídem*.

²²⁸ Véase “Practice Directions” en el portal web oficial de la Corte Internacional de Justicia. Disponible en: <https://www.icj-cij.org/en/practice-directions>.

También mediante la providencia de fecha 13 de junio de 2022, la CIJ se reservó a través de una nueva decisión la determinación del procedimiento subsiguiente a la consignación del escrito de observaciones de Guyana. En efecto la CIJ: *“Fija el 7 de octubre de 2022 como plazo para que la República Cooperativa de Guyana pueda presentar una declaración escrita de sus observaciones y escritos sobre las objeciones preliminares planteadas por la República Bolivariana de Venezuela; y se reserva el procedimiento posterior para una nueva decisión”*²²⁹.

La representación de la República Cooperativa de Guyana presentó sus observaciones sobre las excepciones preliminares sobre admisibilidad de la demanda opuestas por Venezuela, luego de lo cual la CIJ acordó mediante Comunicado de Prensa N° 2022/57, establecer las fechas y horarios para la celebración de audiencias públicas entre el jueves 17 y el martes 22 de noviembre de 2022. Las audiencias *“se dedicarán a las objeciones preliminares planteadas por Venezuela”*²³⁰.

A los representantes de Venezuela les correspondió exponer sus argumentos durante la primera audiencia pública que tuvo lugar el jueves 17 de noviembre de 2022. De igual manera los representantes de la República Cooperativa de Guyana expusieron sus argumentos sobre la improcedencia de las excepciones preliminares el viernes 18 de noviembre de 2022.

El lunes 21 de noviembre de 2022 Venezuela presentó su réplica a los argumentos de la República Cooperativa de Guyana y el martes 22 de noviembre de 2022 la República Cooperativa de Guyana presentó su contrarréplica.

La posición de Venezuela, según lo demostró durante esta ronda de audiencias, se basa en el respeto a la CIJ. Aunque ello no significa que Venezuela esté conforme con la sentencia mediante la cual la CIJ se declaró competente para resolver la controversia. Además, Venezuela declaró durante esta incidencia que entiende los efectos de la cosa juzgada de la referida decisión, a pesar de que es contraria a los intereses nacionales.

²²⁹ Véase Providencia de fecha 13 de junio de 2022 que fija el plazo del escrito de observaciones y alegaciones de la República Cooperativa de Guyana ante las excepciones preliminares opuestas por Venezuela el 7 de junio de 2022. Disponible en: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/171/171-202206613-ORD-01-00-EN.pdf>.

²³⁰ Véase Comunicado de Prensa de la Corte Internacional de Justicia, N° 2022/57 de fecha 21 de octubre de 2022. Disponible en: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/171/171-20221021-PRE-01-00-EN.pdf>.

En este punto del procedimiento puede concluirse que Venezuela ha asumido su participación en el proceso y deberá hacer uso de todos los mecanismos procesales previstos en el Estatuto y Reglamento de la CIJ, además de tener en cuenta sus Directivas Prácticas, para garantizar la mejor defensa posible de los más altos intereses de la República.

2.2.2.2.3. Argumentos de Venezuela en el procedimiento incidental de excepciones preliminares sobre la admisibilidad de la demanda de la República Cooperativa de Guyana

Venezuela formuló varias consideraciones generales relativas a la inadmisibilidad de la demanda de la República Cooperativa de Guyana, debido a que un tercero indispensable, a saber, el Reino Unido e Irlanda del Norte, no está participando en el proceso ante la CIJ. La otra consideración general de Venezuela fue respecto del efecto de *res iudicata* de la sentencia de la CIJ de fecha 18 de diciembre de 2020, que se restringe a la cuestión de la jurisdicción de la CIJ y no abarca los aspectos relacionados con la admisibilidad de la demanda introducida por la República Cooperativa de Guyana.



Delcy Rodríguez
Vicepresidenta de la República Bolivariana Venezuela

A. El Reino Unido e Irlanda del Norte es un tercero indispensable en el proceso

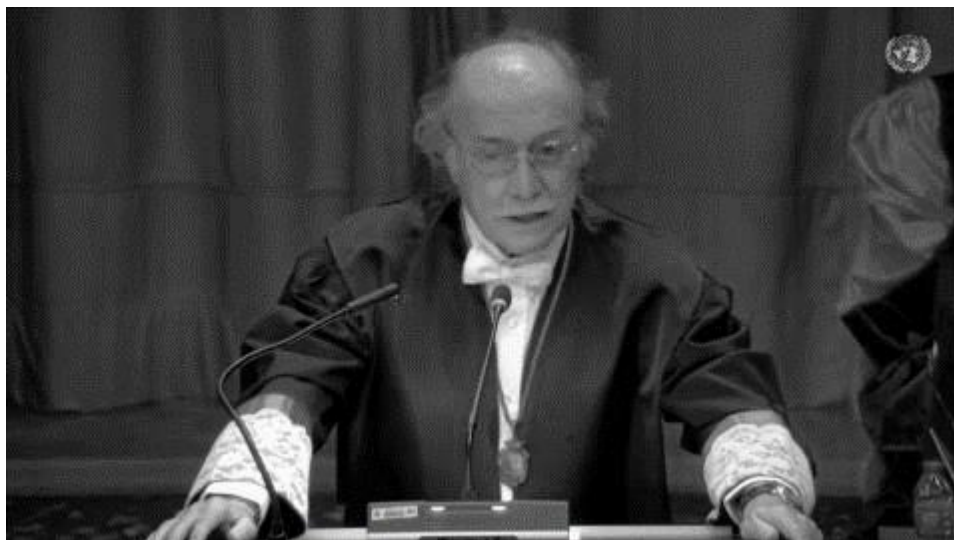
El principal argumento invocado por Venezuela para fundamentar la excepción preliminar propuesta es que el Reino Unido e Irlanda del Norte es un tercero indispensable que debe estar dentro del proceso. Ese argumento se fundamenta en la propia doctrina jurisprudencial de la propia CIJ conforme a la cual, en ciertos casos, es necesario la participación en el proceso ante esa instancia internacional de un tercer Estado distinto a las partes iniciales, cuando éste tiene intereses y/o derechos que tienen elementos de conexidad con la disputa.

Es una máxima de naturaleza jurídico-procesal surgida de la práctica de la CIJ e implica que en los casos en que la decisión de fondo está relacionada con el interés de una tercera parte que no forme parte del proceso, la CIJ deberá abstenerse de ejercer su jurisdicción, independientemente de que las partes involucradas en el procedimiento acepten el arreglo judicial a través de la CIJ.

El argumento de Venezuela según el cual el Reino Unido e Irlanda del Norte es un tercero indispensable en el proceso se fundamenta en las siguientes razones:

1. Fue el Reino Unido el que recurrió a la falsificación de mapas y documentos a objeto de despojar a los venezolanos de una parte de su territorio con miras a la apropiación de sus recursos naturales y para normalizar una situación completamente inaceptable.
2. Fue el Reino Unido el que se basó en el sistema de derecho existente para aquel momento que no tenía en cuenta los principios de igualdad soberana y respeto mutuo entre los Estados.
3. Fue el Reino Unido el que firmó el Tratado de Washington del 17 de febrero de 1897
4. Fue el Reino Unido el que se cercioró de que el tribunal no tuviera ningún árbitro venezolano, incluso en caso de muerte o incapacidad de alguno de los árbitros previamente designados.
5. Fue el Reino Unido el que participó en el arbitraje que tuvo como resultado el Laudo Arbitral de París del 3 de octubre de 1899.
6. Fue el Reino Unido el que propició contactos indebidos con sus árbitros connacionales durante el procedimiento arbitral de París en 1899, lo que generó una relación inapropiada entre árbitros y abogados de la parte. Esto vicia cualquier actuación arbitral.
7. El Reino Unido e Irlanda del Norte sigue siendo parte del Acuerdo de Ginebra del 17 de febrero de 1966.
8. Una decisión de la CIJ sobre el objeto de este litigio implica necesariamente un pronunciamiento sobre la conducta del Reino Unido e Irlanda del Norte pudiendo declarar la responsabilidad internacional de ese Estado sin que haya participado en el procedimiento.

Para justificar su petición los representantes de Venezuela argumentaron que el efecto de *res iudicata* de la sentencia de 18 de diciembre de 2020 sobre competencia no impide la oposición de excepciones preliminares relativas a la admisibilidad de la demanda de la República Cooperativa de Guyana y que existe una clara distinción entre competencia y admisibilidad, lo cual se deduce de la jurisprudencia de la CIJ.



Dr. Antonio Remiro Brotóns
Consejero y Abogado designado por la República Bolivariana de Venezuela

Asimismo, Venezuela invocó la doctrina jurisprudencial establecida en la sentencia del caso “Oro monetario removido de Roma en 1943” (Italia c. Francia, Reino Unido e Irlanda del Norte y Estados Unidos de América)²³¹ y la sentencia del caso “Timor Oriental” (Portugal c. Australia)²³².

a. Venezuela invocó el principio del oro monetario

El principio del oro monetario es una máxima de naturaleza jurídico-procesal surgida de la práctica de la CIJ e implica que en los casos en que la decisión de fondo está relacionada con el interés de una tercera parte que no está involucrada en la disputa y no acepta la jurisdicción de la CIJ, ese alto órgano jurisdiccional deberá abstenerse de ejercer su jurisdicción, independientemente de que las partes involucradas en el procedimiento acepten el arreglo judicial a través de la CIJ.

Venezuela explicó la naturaleza de la excepción basada en el principio del oro monetario y aclaró que la CIJ ha aceptado, al menos implícitamente, y en contra de lo que la República Cooperativa de Guyana quiere hacer creer, que el principio del oro monetario es una objeción que efectivamente se relaciona con la admisibilidad de un caso determinado.

²³¹ Disponible en: <https://www.icj-cij.org/en/case/19>.

²³² Disponible en: <https://www.icj-cij.org/en/case/84>.

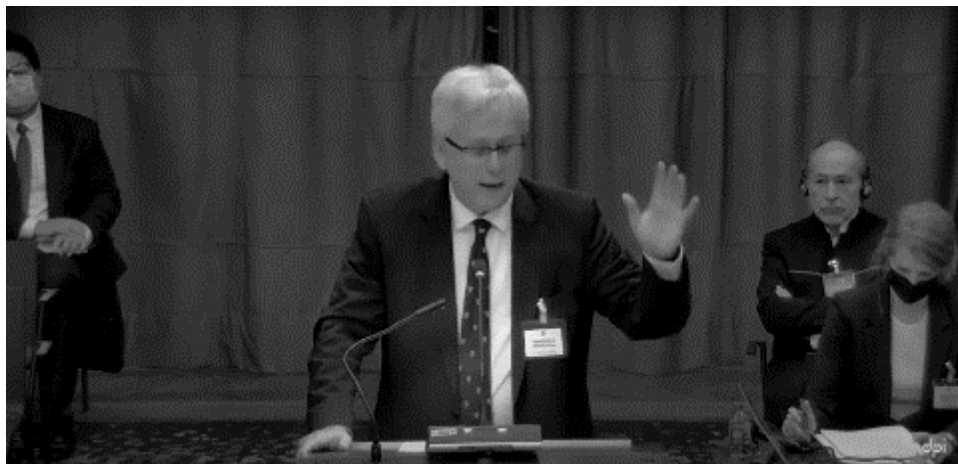
El principio del oro monetario es producto de la jurisprudencia de la CIJ. El primer caso en que se aplicó -y de allí surge su nombre- fue el caso “Oro monetario removido de Roma en 1943”. La controversia surgió debido a que cierta cantidad de oro monetario fue retirada por los alemanes de Roma en 1943.

Posteriormente, el oro fue recuperado en Alemania y se comprobó que pertenecía a Albania. El Acuerdo de Reparación de Alemania de 1946 establecía que el oro monetario encontrado en Alemania debía ponerse en común para su distribución entre los países con derecho a recibir una parte del mismo. El Reino Unido e Irlanda del Norte reclamó que se le entregara el oro en cumplimiento parcial de la sentencia de la CIJ de 1949 en el caso del Canal de Corfú. Por otra parte, Italia reclamaba que se le entregara el oro como satisfacción parcial por los daños que, según ella, había sufrido como consecuencia de una ley albanesa del 13 de enero de 1945.

En la declaración de Washington del 25 de abril de 1951, los Gobiernos de Francia, el Reino Unido e Irlanda del Norte y los Estados Unidos de América, a quienes se había confiado la aplicación del acuerdo de reparaciones, decidieron que el oro debía entregarse al Reino Unido e Irlanda del Norte a menos que, en un plazo determinado, Italia o Albania solicitaran a la CIJ que se pronunciara sobre sus respectivos derechos. Albania no tomó ninguna medida, pero Italia presentó una solicitud a la CIJ. Sin embargo, Italia planteó la cuestión preliminar de si la CIJ era competente para pronunciarse sobre la validez de su reclamación contra Albania y de aquí surge el principio del oro monetario debido a que la CIJ declaró en su sentencia de 15 de junio de 1954 que, sin el consentimiento de Albania, no podía conocer de un litigio entre ese país e Italia y que, por lo tanto, no podía decidir las cuestiones planteadas.

Venezuela explicó cuáles son las razones que justifican la relación del Reino Unido e Irlanda del Norte con la controversia y, en consecuencia, permiten la aplicación del principio del oro monetario.

La primera razón es que el verdadero objeto del litigio es determinar si el Reino Unido e Irlanda del Norte ha sido responsable de un comportamiento fraudulento. La segunda, es que una decisión sobre la conducta del Reino Unido e Irlanda del Norte es un requisito previo a una decisión sobre el fondo de la controversia.



Dr. Andrea Zimmermann

Consejero y Abogado designado por la República Bolivariana de Venezuela

b. El verdadero objeto del litigio es determinar si el Reino Unido e Irlanda del Norte es responsable de un comportamiento fraudulento

La determinación de la existencia de una conducta fraudulenta es un tema que sin duda afecta la dignidad de un Estado. Venezuela sostiene que el Reino Unido e Irlanda del Norte es una parte indispensable que debe unirse al procedimiento para hacer frente a esta acusación tan grave. En efecto, no sólo se trata de la frontera terrestre, como afirma la República Cooperativa de Guyana, sino de la validez del compromiso arbitral y del laudo que son el verdadero objeto del litigio.

La República Cooperativa de Guyana no se pronunció sobre las consecuencias de la nulidad del compromiso y del laudo arbitral. Estas consecuencias jurídicas son sumamente importantes. Es un problema de responsabilidad internacional que afecta al Reino Unido e Irlanda del Norte. Tal como establece la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados en el artículo 69.2 relativo a las consecuencias de la nulidad de un tratado:

“2. Si no obstante se han ejecutado actos basándose en tal tratado:

a) toda parte podrá exigir de cualquier otra parte que en la medida de lo posible establezca en sus relaciones mutuas la situación que habría existido si no se hubieran ejecutado esos actos;

b) los actos ejecutados de buena fe antes de que se haya alegado la nulidad no resultarán ilícitos por el solo hecho de la nulidad del tratado...”

Por ello, Venezuela afirmó que una decisión sobre el fondo del caso implicaría necesariamente que la CIJ se pronuncie sobre la conducta del Reino

Unido antes y durante el procedimiento arbitral. En consecuencia, el Reino Unido e Irlanda del Norte tiene carácter de parte indispensable en este caso.



Dra. Esperanza Orihuela

Consejera y Abogada designada por la República Bolivariana de Venezuela

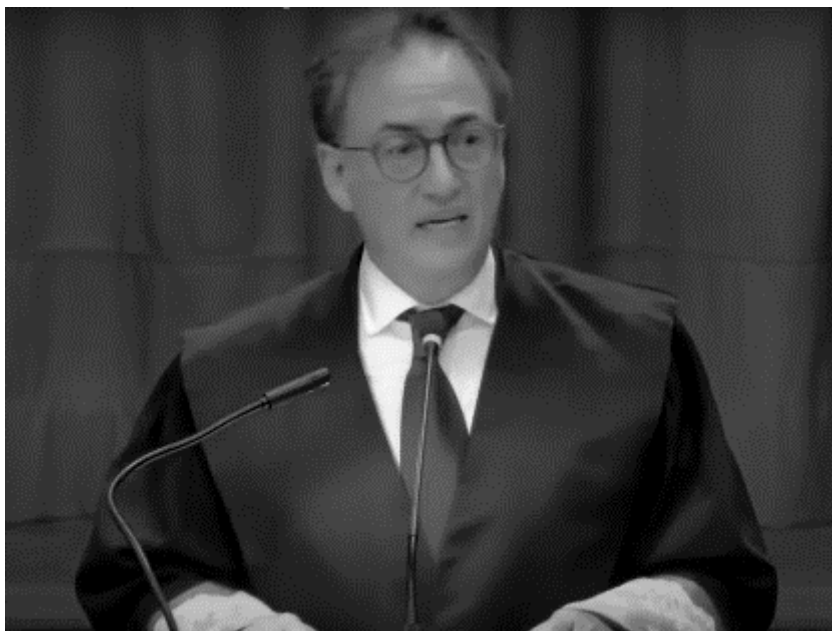
c. Un fallo sobre la conducta del Reino Unido e Irlanda del Norte es un requisito previo a una decisión sobre el fondo de la controversia

Los representantes de la República Cooperativa de Guyana sólo afirmaron que para que se aplique la doctrina del oro monetario no basta con que su decisión tenga “meras implicaciones” sobre terceros como el Reino Unido e Irlanda del Norte, sino que los intereses jurídicos de un tercer Estado ausente deben constituir “*el objeto mismo*” de una controversia. Este argumento es engañoso porque Venezuela había dicho exactamente que si la CIJ ejercía su competencia y consideraba admisible la demanda de la República Cooperativa de Guyana, tendría que decidir acerca de los intereses jurídicos del Reino Unido e Irlanda del Norte, los cuales serían, por ende, objeto de la controversia.

Si como requisito previo para decidir sobre las reclamaciones de las partes en cuanto al fondo, la CIJ tiene que pronunciarse sobre la conducta de un tercer Estado ausente, entonces los intereses del tercer Estado ausente constituyen “*el objeto mismo*” y se aplica la doctrina del oro monetario. En caso contrario, nos encontramos en el terreno de las “*meras implicaciones*”.

La República Cooperativa de Guyana enfatizó el argumento de que el Reino Unido e Irlanda del Norte no tiene ningún interés en el territorio en disputa y guardó un extraño silencio sobre la cuestión del derecho al debido proceso.

Para pronunciarse sobre las pretensiones del demandante, la CIJ tendría que analizar previamente la legalidad del comportamiento de un tercer Estado en ausencia del consentimiento de éste. En nuestro caso, basta con demostrar que sería necesario que la CIJ, para pronunciarse sobre la validez del compromiso o del laudo arbitral, constatará previamente el carácter fraudulento y, por tanto, ilícito de la conducta del Reino Unido.



Dr. Carlos Espósito

Consejero y Abogado designado por la República Bolivariana de Venezuela

d. El Reino Unido e Irlanda del Norte forma parte del Acuerdo de Ginebra del 17 de febrero de 1966

El Reino Unido e Irlanda del Norte es parte del Acuerdo de Ginebra del 17 de febrero de 1966 que sirve de base a la jurisdicción de la CIJ. Esto demuestra que la República Cooperativa de Guyana no es el único sucesor de derechos y obligaciones. El Acuerdo de Ginebra se limita a establecer que, una vez que alcance su independencia, la República Cooperativa de Guyana también formará parte del acuerdo y no excluye del compromiso al Reino Unido e Irlanda del Norte.

La República Cooperativa de Guyana minimiza la importancia del Acuerdo de Ginebra diciendo que sólo se refiere a cuestiones procedimentales. Esto no tiene relevancia para la aplicación del principio del oro monetario. Además parece artificial separar las obligaciones sustantivas y las obligaciones procedimentales, sino que están íntimamente vinculadas.

Para Venezuela, los representantes de la República Cooperativa de Guyana insisten en afirmar que de conformidad con el artículo IV, párrafo 2 del Acuerdo de Ginebra, el Reino Unido e Irlanda del Norte habría consentido el ejercicio de jurisdicción por parte de la CIJ, sin necesidad de su participación en el procedimiento. Esta interpretación del artículo IV no tiene ningún fundamento en el texto de dicha disposición.

El artículo IV no contiene ninguna referencia al consentimiento ni, en general, a la posición del Reino Unido e Irlanda del Norte en relación con los procedimientos contemplados en dicha disposición. Estos procedimientos se refieren al diálogo y la cooperación entre Venezuela y la República Cooperativa de Guyana tras la descolonización de la Guayana Británica. El objeto y la finalidad del artículo IV es resolver el conflicto fronterizo mediante un acuerdo práctico aceptable para todas las partes. No se puede establecer ninguna relación entre el artículo IV y el consentimiento del Reino Unido e Irlanda del Norte al procedimiento ante la CIJ, sobre todo teniendo en cuenta que en 1966 el Reino Unido e Irlanda del Norte había excluido la posibilidad de una solución arbitral o jurisdiccional del litigio.

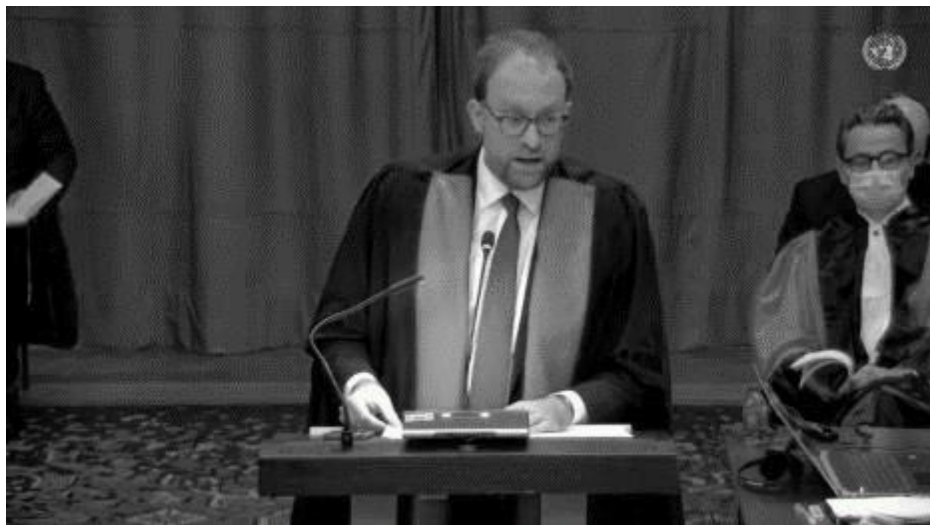
Incluso si se considera que el Reino Unido e Irlanda del Norte ha dado su consentimiento, sólo si el tercer Estado acepta la jurisdicción de la CIJ y se convierte en parte del caso, la CIJ puede decidir sobre los derechos y obligaciones de ese Estado. El juez Crawford lo dejó claro: *“la demanda es inadmisibile a menos que el tercer Estado necesario se incorpore como parte de pleno derecho al procedimiento”*.

La no participación de la parte indispensable tiene otros efectos inaceptables, sobre todo en relación con las pruebas. Si un Estado es parte en el litigio, ese Estado, como ha observado la CIJ, tiene el *“deber de cooperar 'presentando todas las pruebas que obren en su poder y que puedan ayudar a la Corte a resolver el litigio que se le ha sometido”*. Sin embargo, este deber de cooperación no es vinculante para el Reino Unido e Irlanda del Norte, que no es parte en el procedimiento.

Con lo anterior se corre el riesgo de crear una situación de gran desigualdad entre las partes del presente litigio. A pesar de ello, la República Cooperativa de Guyana optó por pedirle a la CIJ que se pronuncie sobre las obligaciones del Reino Unido e Irlanda del Norte respecto de Venezuela sin que el Reino Unido e Irlanda del Norte esté obligado ni a cumplir su sentencia, ni a cooperar de buena fe con el buen desarrollo del procedimiento.

La República Cooperativa de Guyana afirmó en su memoria que el Tratado de 1897 fue concertado de acuerdo con las normas pertinentes y que fue también válida la constitución del tribunal arbitral de 1899. Al hacerlo ignora completamente el comportamiento del Reino Unido e Irlanda del Norte. Además, la República Cooperativa de Guyana se resiste a tomar en consideración los

elementos concretos que demuestran el carácter ilícito de esta conducta, prefiriendo hacer referencia al arbitraje en términos abstractos.



Dr. Christian J. Tams

Consejero y Abogado designado por la República Bolivariana de Venezuela

B. El efecto de *res iudicata* de la sentencia de 18 de diciembre de 2020 sobre competencia no impide la oposición de excepciones preliminares relativas a la admisibilidad de la demanda de la República Cooperativa de Guyana

La excepción preliminar sobre la admisibilidad opuesta por Venezuela contra la demanda de la República Cooperativa de Guyana está excluida del efecto de *res iudicata* de la sentencia de 18 de diciembre de 2020, debido a que esta decisión sólo se refiere a la competencia de la CIJ.

La sentencia de 18 de diciembre de 2020 dejó claro que es la conducta y responsabilidad del Reino Unido e Irlanda del Norte, en virtud del derecho internacional, lo que constituye el objeto del litigio. Sólo después de conocer el contenido de la referida sentencia fue que Venezuela pudo plantear una excepción de admisibilidad fundamentada en la doctrina jurisprudencial establecida por la CIJ en la sentencia del caso “Oro monetario removido de Roma en 1943” (Italia c. Francia, Reino Unido e Irlanda del Norte y Estados Unidos de América)²³³ y la sentencia del caso “Timor Oriental” (Portugal c. Australia)²³⁴.

²³³ Disponible en: <https://www.icj-cij.org/en/case/19>.

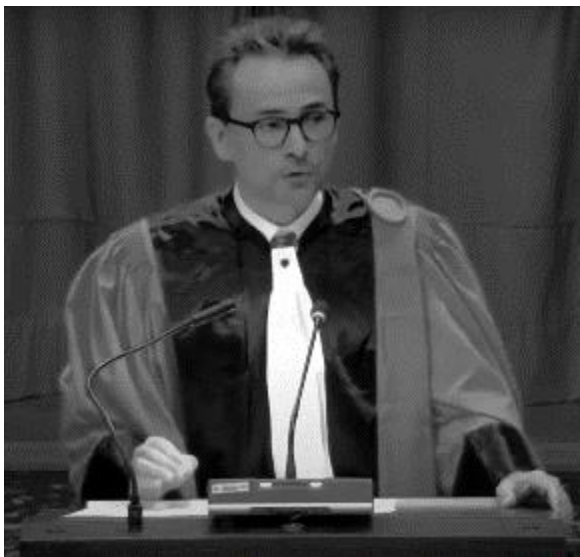
²³⁴ Disponible en: <https://www.icj-cij.org/en/case/84>.

En este caso, la sentencia del 18 de diciembre de 2020 no se refirió, explícita o implícitamente, de palabra o de contenido, a la excepción del principio del oro monetario. Sin embargo, sí decidió sobre la competencia *ratione materiae* y la competencia *ratione temporis*. Esto confirma que el efecto de *res iudicata* de la sentencia de 18 de diciembre de 2020 no impide a la CIJ considerar la excepción preliminar de Venezuela debido a que esa decisión sólo se refirió a la competencia de la CIJ y no abarcó el asunto de la admisibilidad de la demanda de la República Cooperativa de Guyana.

La CIJ, mediante la Providencia de 19 de junio de 2018, decidió que los escritos debían atenerse a la cuestión de su competencia. En efecto, éste es el único asunto tratado en esa Providencia y el único punto que fue debatido por las partes en su momento. En esa oportunidad, Venezuela había declarado que consideraba que la Corte carecía manifiestamente de jurisdicción y, ante esto, la República Cooperativa de Guyana se limitó a indicar que deseaba continuar con el caso, sin referirse a ninguna otra cuestión. De manera que no hubo ningún debate sobre la admisibilidad de la demanda.

Adicionalmente es necesario tener presente la Providencia de la CIJ del 13 de junio de 2022 que no sólo confirmó que la excepción preliminar de Venezuela tenía el efecto de suspender el procedimiento sobre el fondo en virtud de lo establecido en el artículo 79bis, párrafo 3, del Reglamento de la Corte, sino que también declaró específicamente que la excepción preliminar de Venezuela estaba relacionada con la admisibilidad de la solicitud y no con la competencia de la CIJ.

La CIJ, mediante la providencia del 13 de junio de 2022, antes de señalar el carácter de admisibilidad de la objeción de Venezuela, recordó que en su Providencia de 19 de junio de 2018 había señalado expresamente la posibilidad de que Venezuela hiciera uso de sus derechos procesales como parte en el caso. En ese sentido, Venezuela ejerció su derecho a oponer excepciones preliminares sobre la admisibilidad de la demanda de la República Cooperativa de Guyana, un tema que, hasta el momento, no había sido discutido por las partes ante la CIJ.



Dr. Paolo Palchetti

Consejero y Abogado designado por la República Bolivariana de Venezuela

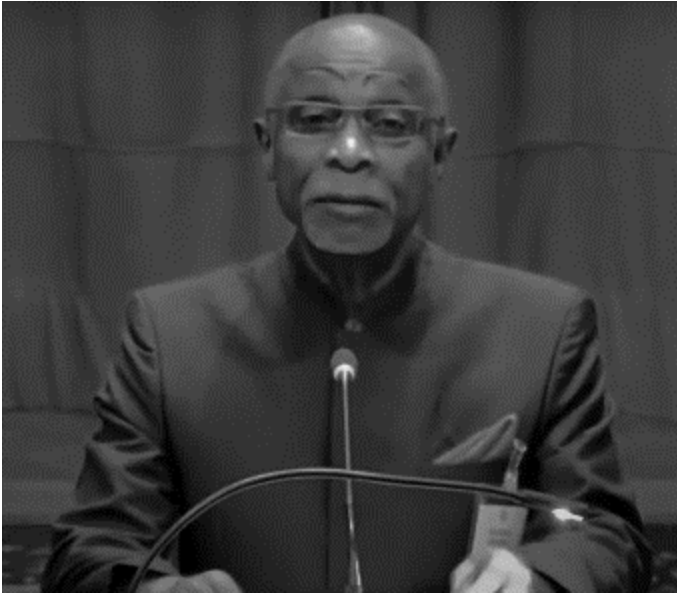
a. Venezuela insistió en que existe una clara distinción entre competencia y admisibilidad que se deduce de la jurisprudencia de la CIJ

La inadmisibilidad de la demanda de la República Cooperativa de Guyana se fundamenta en la propia práctica de la CIJ. En primer término, la CIJ ha distinguido entre las cuestiones de competencia y las de admisibilidad conforme a la sentencia de fecha 18 de noviembre de 2008 en el caso Croacia contra Serbia sobre la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio. La referida decisión señaló que *“Esencialmente, esta objeción consiste en la afirmación de que existe una razón jurídica, incluso cuando hay competencia, por la que la Corte debe negarse a conocer del caso o, más habitualmente, de una reclamación específica en él”*²³⁵.

El precedente de la decisión Croacia contra Serbia aplica al caso que nos ocupa. En efecto, en la providencia de la CIJ de 19 de junio de 2018 la CIJ indicó a las partes que debían referirse, durante aquella primera incidencia sobre competencia resuelta mediante la sentencia del 18 de diciembre de 2020, sólo a cuestiones de competencia y no a cuestiones de admisibilidad.

²³⁵ Disponible en: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/118/118-20081118-JUD-01-00-EN.pdf>.

2.2.2.2.4. Argumentos de la República Cooperativa de Guyana en el procedimiento incidental de excepciones preliminares sobre admisibilidad de la demanda de la República Cooperativa de Guyana



Carl Barrington Greenidge
Agente y Ex Vicepresidente de la República Cooperativa de Guyana

A. Respuesta de la República Cooperativa de Guyana al argumento de Venezuela según el cual el Reino Unido e Irlanda del Norte es un tercero indispensable en el proceso con fundamento el principio del oro monetario

Los representantes de la República Cooperativa de Guyana sólo afirmaron que para que se aplique la doctrina del oro monetario no basta con que la decisión de la CIJ tenga “*meras implicaciones*” sobre terceros como el Reino Unido e Irlanda del Norte, sino que los intereses jurídicos de un tercer Estado ausente deben constituir “*el objeto mismo*” de la controversia.

La República Cooperativa de Guyana indicó que en virtud del principio jurídico establecido por primera vez por la CIJ en el caso “*Oro monetario removido de Roma en 1943*” (Italia c. Francia, Reino Unido e Irlanda del Norte y Estados Unidos de América)²³⁶ y explicado en su jurisprudencia posterior, el Reino Unido e Irlanda del Norte no es una parte indispensable en este procedimiento.

²³⁶ Disponible en: <https://www.icj-cij.org/en/case/19>.

En opinión de los representantes de la República Cooperativa Guyana, la doctrina del Oro Monetario no puede aplicarse en este caso por dos razones: en primer lugar, el Reino Unido e Irlanda del Norte no tiene intereses legales ni derechos u obligaciones que se verían afectados por una sentencia de la CIJ sobre el fondo de este caso; y en segundo lugar, el Reino Unido e Irlanda del Norte ha dado su consentimiento, expresado en el artículo IV del Acuerdo de Ginebra de 1966, para que la CIJ resuelva esta disputa entre la República Cooperativa de Guyana y Venezuela.

Los abogados de la República Cooperativa de Guyana recordaron que el caso del Oro Monetario llegó a la CIJ a raíz de un arbitraje que determinó que cierto oro, saqueado por las fuerzas alemanas en Roma durante la Segunda Guerra Mundial, pertenecía a Albania. Italia reclamó el derecho al mismo oro basándose en un supuesto agravio internacional que Albania había cometido contra ella. La reclamación de Italia exigía, por tanto, que la CIJ determinara si Albania, que no era parte en el caso del Oro Monetario, había cometido alguna infracción jurídica internacional que la hiciera responsable ante Italia. Como explicó la CIJ: *“por lo tanto, para determinar si Italia tiene derecho a recibir el oro, es necesario determinar si Albania ha cometido algún ilícito internacional contra Italia, y si está obligada a pagarle una indemnización”*.

Sobre esta base, la CIJ concluyó que no podía ejercer su competencia porque: *“En el presente caso, los intereses jurídicos de Albania no sólo se verían afectados por una decisión, sino que constituirían el objeto de la misma”*. Esta es la esencia del principio del Oro Monetario que establece que para que la CIJ no ejerza su competencia debe existir la necesidad de determinar si los intereses jurídicos de una parte ausente no sólo se verían afectados, sino que constituirían el objeto mismo de la decisión sobre el fondo que la CIJ debe tomar.

La CIJ volvió a tratar esta cuestión en 1992, en el caso *Phosphates* (Nauru contra Australia) y profundizó el criterio que estableció en el caso del Oro Monetario. En el caso *Phosphates* la CIJ rechazó el argumento de Australia según el cual el caso debía ser desestimado bajo el principio del Oro Monetario sobre la base de que, como alegaba Australia, sus intereses jurídicos eran idénticos a los del Reino Unido e Irlanda del Norte y Nueva Zelanda. Además, la CIJ añadió que cualquier adjudicación de sus intereses afectaría inevitablemente a los intereses legales de los dos Estados ausentes. La CIJ explicó que: *“En el presente caso, los intereses de Nueva Zelanda y del Reino Unido no constituyen el objeto mismo de la sentencia que debe dictarse sobre el fondo de la solicitud de Nauru y la situación es, en ese sentido, diferente a la que la CIJ tuvo que tratar en el caso del Oro Monetario”*.

La decisión de la CIJ de ejercer la competencia no significaba que considerara que los intereses jurídicos de Nueva Zelanda y el Reino Unido e Irlanda del Norte no se verían afectados por la sentencia que Nauru solicitó. Por el contrario, la CIJ reconoció que *“una conclusión de la Corte sobre la existencia o el contenido de*

la responsabilidad atribuida a Australia por Nauru podría tener implicaciones para la situación jurídica de los otros dos Estados afectados". En el caso *Phosphates*, la CIJ adoptó un enfoque muy diferente: rechazó la excepción preliminar de Australia porque *"los intereses de Nueva Zelanda y el Reino Unido no constituyen el objeto mismo de la sentencia que se va a dictar"*, debido a que la sentencia no afectaría directamente a los derechos u obligaciones de esos Estados.

Tres años más tarde, en 1995, la CIJ tuvo que volver a interpretar y aplicar el precedente del Oro Monetario en el caso de Timor Oriental (Portugal contra Australia). La representación de la República Cooperativa de Guyana insistió en que los abogados de Venezuela citaron este caso de forma muy selectiva. En su pasaje clave, la CIJ sostuvo la excepción preliminar de Australia basada en el principio del Oro Monetario dado que: *"en este caso, los efectos de la sentencia solicitada por Portugal equivaldrían a la determinación de que la entrada y la presencia continuada de Indonesia en Timor Oriental son ilegales y que, en consecuencia, no tiene la facultad de elaborar tratados en asuntos relacionados con los recursos de la plataforma continental de Timor Oriental. Los derechos y obligaciones de Indonesia constituirían, por tanto, el objeto mismo de una sentencia de este tipo dictada en ausencia del consentimiento de ese Estado"*.

En este pasaje, la CIJ dejó claro que los intereses jurídicos de un Estado ausente *"constituirán el objeto mismo"* del caso cuando su sentencia afecte directamente a los *"derechos y obligaciones"* del Estado ausente. Incluso al estimar la objeción de Australia, la CIJ se preocupó de reafirmar lo que dijo en el caso *Phosphates*, esto es, que el principio del Oro Monetario no le impedía ejercer su jurisdicción y dictar una sentencia que pudiera afectar a los intereses jurídicos de un Estado ausente, siempre que los intereses de ese Estado no constituyeran el objeto mismo del litigio.

La CIJ reafirmó este principio una vez más en su sentencia de 1998 en el caso Camerún contra Nigeria. Nigeria se opuso a la solicitud de Camerún de que la CIJ estableciera la frontera de las partes a través del lago Chad, con el argumento de que esto tocaría el punto triple con Chad y, por lo tanto, afectaría los intereses jurídicos de un Estado ausente en violación del precedente del Oro Monetario.

La CIJ rechazó la objeción de Nigeria con el argumento ya conocido de que *"no está necesariamente impedido de pronunciarse cuando la sentencia que se le pide puede afectar a los intereses legales de un Estado que no es parte en el caso"*. *En ese caso, a diferencia de la controversia entre la República Cooperativa de Guyana y Venezuela, el Estado ausente tenía un interés jurídico real en una parte de la frontera internacional que la CIJ debía trazar. No obstante, la Corte dictaminó que "los intereses jurídicos del Chad, como tercer Estado que no es parte en el caso, no constituyen el objeto mismo de la sentencia que debe dictarse sobre el fondo de la demanda del Camerún"*.

Tras revisar la jurisprudencia relevante en relación con la interpretación y aplicación del principio del Oro Monetario, los representantes de la República Cooperativa de Guyana observaron que la CIJ ha declinado el ejercicio de la competencia bajo el principio del Oro Monetario sólo en dos casos. En ambos, el del Oro Monetario propiamente dicho y Timor Oriental, la CIJ consideró que no podía decidir el caso sin afectar directamente los derechos u obligaciones de un tercer Estado ausente -Albania en el primer caso, Indonesia en el segundo- y que los intereses jurídicos del Estado ausente constituían el objeto mismo de la decisión a dictar.

Para saber si los intereses jurídicos del Reino Unido e Irlanda del Norte constituyen el objeto mismo de la sentencia que la CIJ debe dictar en el caso entre la República Cooperativa de Guyana y Venezuela es necesario evaluar cuál es el objeto mismo del litigio. Para los representantes de la República Cooperativa de Guyana las partes están de acuerdo en que el objeto de la controversia se establece en el párrafo 137 de la sentencia de la CIJ del 18 de diciembre de 2020, mediante la cual *“la Corte concluye que es competente para conocer las reclamaciones de Guyana relativas a la validez del Laudo de 1899 sobre la frontera entre la Guayana Británica y Venezuela y la cuestión conexa de la solución definitiva de la controversia relativa al límite terrestre entre los territorios de las Partes”*.

Al mismo efecto, en el primer párrafo del dispositivo, la CIJ *“declara que es competente para conocer la Solicitud presentada por la República Cooperativa de Guyana el 29 de marzo de 2018 en lo que respecta a la validez del Laudo Arbitral de 3 de octubre de 1899 y la cuestión conexa de la solución definitiva de la controversia sobre los límites terrestres entre la República Cooperativa de Guyana y la República Bolivariana de Venezuela”*.

Por lo tanto, el objeto de la sentencia que debe dictar la CIJ es la validez del Laudo Arbitral de 3 de octubre de 1899 y la cuestión conexa de la solución definitiva de la controversia sobre límites terrestres entre la República Cooperativa de Guyana y Venezuela.

En estas circunstancias, la tarea de la CIJ, al considerar las excepciones preliminares de Venezuela bajo el principio del Oro Monetario, es determinar si el Reino Unido e Irlanda del Norte tiene intereses jurídicos que no sólo se verían afectados, sino que formarían el objeto mismo de una sentencia de la CIJ sobre la validez del Laudo Arbitral de 1899 y la cuestión relacionada de la solución definitiva de la frontera terrestre entre la República Cooperativa de Guyana y Venezuela.

Siguiendo el razonamiento anterior, los representantes de la República Cooperativa de Guyana indicaron que la cuestión fundamental en este procedimiento es determinar qué intereses jurídicos, si los hay, tiene el Reino Unido e Irlanda del Norte en la validez del Laudo Arbitral de 1899 o la solución definitiva de la frontera terrestre entre Guyana y Venezuela. A lo que añadieron que, si estos intereses jurídicos existen, debe determinarse si constituyen el objeto mismo del litigio que debe decidir la CIJ.

Para la República Cooperativa de Guyana, las respuestas a estas preguntas son claras: el Reino Unido e Irlanda del Norte no tiene intereses jurídicos vinculados con la validez del Laudo Arbitral de 1899, ni con la solución definitiva de la frontera terrestre entre la República Cooperativa de Guyana y Venezuela. Por lo tanto, no tiene intereses jurídicos que puedan constituir el objeto mismo de esta disputa.

La CIJ al dictar sentencia sobre la validez del Laudo Arbitral de 1899 o la solución definitiva del problema de la frontera terrestre, no afecta derechos u obligaciones legales del Reino Unido e Irlanda del Norte. De manera que no habría base, teniendo en cuenta el caso del Oro Monetario y la jurisprudencia posterior, para que la CIJ decline el ejercicio de su competencia debido a la ausencia del Reino Unido e Irlanda del Norte.

Los representantes de la República Cooperativa de Guyana calificaron de útil la pregunta de si el propio Reino Unido e Irlanda del Norte considera que tiene intereses jurídicos que podrían verse afectados por una sentencia sobre el fondo en este caso. Sin embargo, los representantes de la República Cooperativa de Guyana consideraron importante tomar en cuenta las siguientes declaraciones en las que el Reino Unido e Irlanda del Norte se unió a otros Estados para acoger la sentencia de la CIJ del 18 de diciembre de 2020 y, específicamente, la decisión de la CIJ de resolver las reclamaciones de República Cooperativa de Guyana sobre la validez del Laudo de 1899 y la solución definitiva de la controversia fronteriza con Venezuela.

Al efecto, los representantes de la República Cooperativa de Guyana citaron el comunicado emitido por los Jefes de Gobierno de la *Commonwealth* al concluir su reunión en Ruanda el 25 de junio de 2022, en la ficha 2 de sus carpetas y que fue firmado por todos los Jefes, incluido el Primer Ministro del Reino Unido e Irlanda del Norte:

“Los Jefes tomaron nota de la decisión tomada por la CIJ el 18 de diciembre de 2020, de que es competente para conocer la Solicitud presentada por Guyana el 29 de marzo de 2018, allanando el camino para que la CIJ considere el fondo del caso relativo al Laudo Arbitral del 3 de octubre de 1899 (Guyana contra Venezuela)... Los Jefes reiteraron su pleno apoyo al proceso judicial en curso que tiene por objeto poner fin pacífico y definitivo a la controversia de larga data entre los dos países.”

El 14 de septiembre de 2021, la declaración final del Grupo Ministerial de la *Commonwealth* sobre Guyana, que incluía al Reino Unido e Irlanda del Norte, y que se encuentra en la pestaña 4 de sus carpetas, contenía este párrafo: *“El Grupo expresó su apoyo inquebrantable al proceso judicial en curso ante la Corte Internacional de Justicia elegida por el Secretario General de las Naciones Unidas en virtud del Acuerdo de Ginebra de 1966 y el Grupo sigue alentando a Venezuela a participar en dicho proceso.”*

Una declaración similar fue firmada por el Ministro de Asuntos Exteriores del Reino Unido e Irlanda del Norte y sus homólogos de la CARICOM y la República Dominicana en la conclusión del Décimo Foro Reino Unido-Caribe el 18 de marzo de 2021. El comunicado final, en la pestaña 3 de las carpetas, incluía este párrafo: “*Los ministros acogieron con beneplácito la decisión del 18 de diciembre de 2020 de la Corte Internacional de Justicia de que es competente para examinar la reclamación de Guyana relativa a la validez del laudo arbitral de 1899, que fijó la frontera terrestre entre la entonces Guayana Británica y Venezuela*”.

La jurisprudencia de la CIJ es clara en cuanto al carácter obligatorio de la excepción preliminar al ejercicio de la competencia, que distingue la objeción basada en el principio del Oro Monetario de una excepción a la admisibilidad. Asimismo, la jurisprudencia de la CIJ es también muy clara en cuanto a que el efecto jurídico de dicha excepción preliminar no es el de hacer inadmisibile la solicitud que inicia el procedimiento.

En el caso del Oro Monetario, el Gobierno italiano “*solicitó a la CIJ que se pronunciara sobre la cuestión preliminar de su competencia para conocer del fondo de la demanda*”. No se trataba de una cuestión de admisibilidad de la demanda, sino de la “*cuestión preliminar de la competencia de la Corte Internacional de Justicia*” para conocer de una de las pretensiones formuladas en dicha demanda. Sobre esta cuestión de competencia, la CIJ “*dice que la competencia que le confiere el acuerdo común [de las partes] no le autoriza, a falta del consentimiento de Albania, a pronunciarse sobre la primera presentación de la demanda del Gobierno italiano*”. La falta de consentimiento de Albania es una cuestión de competencia que limita la competencia de la CIJ y tiene el efecto de obligarla a no ejercerla.

En el caso de Timor Oriental -el único otro caso en el que la CIJ aplicó el principio del Oro Monetario- Australia argumentó que “[*la reclamación [de Portugal] ... contraviene el principio del consentimiento que impide la adjudicación de la responsabilidad legal de Indonesia sin su acuerdo*”. En la parte dispositiva de su contramemoria, Australia concluyó que “*la CIJ carece de competencia para decidir sobre las reclamaciones portuguesas, o las reclamaciones son inadmisibles*”. La cuestión de la admisibilidad de las reclamaciones de Portugal no es una cuestión que pueda resolver la CIJ. Por tanto, la cuestión de la admisibilidad de las pretensiones formuladas en la demanda portuguesa fue planteada por Australia sólo con carácter subsidiario, entendiendo que la cuestión del tercero ausente del procedimiento planteaba sobre todo una cuestión de competencia vinculada a la falta de consentimiento de dicho tercero. Sólo en este último aspecto la CIJ identificó la naturaleza y el efecto jurídico de la objeción planteada por Australia.

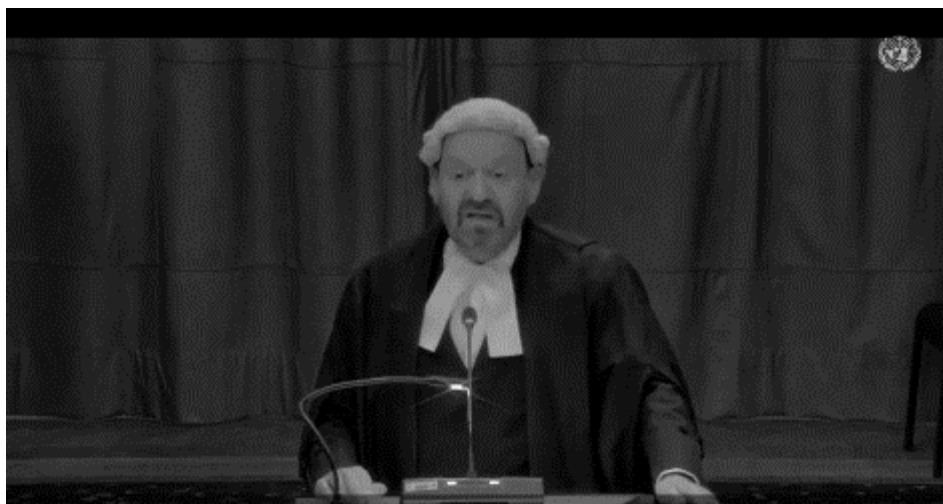
También en el caso de Timor Oriental la CIJ insistió en *“que uno de los principios fundamentales de su Estatuto es que no puede decidir una disputa entre Estados a menos que éstos hayan consentido su jurisdicción”*. Al igual que en el caso del Oro Monetario, la CIJ examinó la excepción australiana a la luz del principio del consentimiento, el cual rige su jurisdicción. Sin declarar inadmisibles la excepción australiana, y de acuerdo con su jurisprudencia anterior, la CIJ situó la objeción en el ámbito de la cuestión de su competencia, y lo hizo tanto por su fundamento como por sus efectos. En la parte dispositiva de su sentencia, la CIJ *“no sabía cómo ejercer la competencia que se le había conferido en el presente caso”*.

Además para la República Cooperativa de Guyana, la excepción preliminar sobre admisibilidad de la demanda propuesta por Venezuela carece de sentido desde que la CIJ en el párrafo 115 de su sentencia del 18 de diciembre de 2020 sostuvo que la decisión tomada por el Secretario General de Naciones Unidas, con fundamento en el artículo IV.2 del Acuerdo de Ginebra, sería obstaculizada si para que surtiera efectos se exigiera el consentimiento posterior de las partes involucradas en la controversia territorial.

La aplicación del principio del Oro Monetario, según la República Cooperativa de Guyana, violaría la sucesión entre Estados y el principio de autodeterminación de los pueblos y señala que el único propósito de este argumento es desviar la atención de lo verdaderamente importante.

Guyana ha tratado de dar importancia al hecho de que la CIJ, en su Providencia de 19 de junio de 2018, había considerado que era necesario *“ser informado de todos los fundamentos de hecho y de derecho en los que se basan las Partes en materia de su jurisdicción”*, fórmula que, en opinión de Guyana, pretendía abarcar *“cualquier límite potencial a la jurisdicción de la CIJ en relación con cualquiera de las reclamaciones”* contenidas en la solicitud.

La República Cooperativa de Guyana afirmó en su memoria que el Tratado de Washington de 1897 fue concertado de acuerdo con las normas pertinentes y que fue también válida la constitución del tribunal arbitral de 1899.



Prof. Philippe Sands

Abogado designado por la República Cooperativa de Guyana

B. Respuesta de la República Cooperativa de Guyana al argumento de Venezuela según el cual el efecto de *res iudicata* de la sentencia de 18 de diciembre de 2020 sobre competencia no impide la oposición de excepciones preliminares relativas a la admisibilidad de la demanda de la República Cooperativa de Guyana

Los representantes de la República Cooperativa de Guyana señalaron que las excepciones preliminares de Venezuela están prescritas por los efectos de *res iudicata* de la sentencia de la CIJ del 18 de diciembre de 2020. La República Cooperativa de Guyana indicó que lo que Venezuela pide a la CIJ a través de sus excepciones preliminares es deshacer su sentencia y que las excepciones preliminares de Venezuela son esencialmente jurisdiccionales y, por tanto, tardías en virtud del artículo 79bis del Reglamento. Los representantes de la República Cooperativa de Guyana fueron enfáticos en que la única manera que Venezuela puede encontrar para evitar esto es argumentar que los motivos de las excepciones preliminares no existían antes de la sentencia, sino que surgieron de ella.

La República Cooperativa de Guyana invocó la primacía del principio de cosa juzgada que se aplica a todas las sentencias de la CIJ conforme a los artículos 59 y 60 del Estatuto y la propia jurisprudencia de la CIJ, que reconoce que las sentencias son definitivas e inapelables.

En el caso del Genocidio de Bosnia, la CIJ se ocupó de un intento por parte de Serbia de reabrir la sentencia que confirmaba su competencia. La CIJ decidió que:

“De acuerdo con el artículo 36, párrafo 6, del Estatuto, y una vez que una decisión a favor de la competencia ha sido pronunciada con la fuerza de la res judicata, no es susceptible de ser cuestionada o reexaminada, excepto por medio de una revisión bajo el artículo 61 del Estatuto”²³⁷.

La CIJ prosiguió con la fundamentación de su decisión, dilucidando las dos finalidades principales de la cosa juzgada. Afirmó: *“Este resultado es requerido por la naturaleza de la función judicial”* y la necesidad universalmente reconocida de *“estabilidad de las relaciones jurídicas”*. La objeción de Venezuela, indica la República Cooperativa de Guyana utilizando las mismas palabras de la CIJ, *“privaría a un litigante [en este caso, Guyana] del beneficio de una sentencia que ya ha obtenido”*, lo cual debe considerarse *“en general como una violación de los principios que rigen la solución jurídica de las controversias”*.

Argumentan que la sentencia del 18 de diciembre de 2020 tiene carácter de cosa juzgada, de modo que lo decidido por la CIJ sólo puede ser cuestionado bajo las muy estrictas condiciones de una solicitud de revisión. La revisión sólo puede solicitarse *“cuando se basa en el descubrimiento de algún hecho”* de carácter decisivo que era *“desconocido por la Corte”* y por *“la parte que reclama la revisión”* de la sentencia. Esas condiciones, indican, no se cumplen en este caso.

a. Los representantes de la República Cooperativa de Guyana indicaron que la excepción preliminar de Venezuela no es de admisibilidad, sino de competencia de manera que está excluida en virtud del efecto de *res iudicata*

La providencia de 13 de junio de 2022 no se pronunció sobre la cuestión de si la excepción venezolana entraba en la categoría de las excepciones a la admisibilidad. El auto se limitó a hacer referencia a la calificación que la propia Venezuela dio a sus excepciones preliminares al describir el hecho de que las había presentado.

Las partes difieren en cuanto a si el ejercicio de la competencia por parte del CIJ está incluido en la *“cuestión de competencia”* a la que se refiere la providencia del 19 de junio de 2018. Sin embargo, los términos de la providencia no requerían que las partes informaran a la CIJ de su posible falta de competencia. Para los abogados de la República Cooperativa de Guyana competencia es un término que abarca tanto la cuestión de la existencia de la competencia como la cuestión de su ejercicio.

²³⁷ Página 101. Disponible en: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/91/091-20070226-JUD-01-00-EN.pdf>.

Los representantes de la República Cooperativa de Guyana dijeron que su posición no es que los términos de la providencia abarquen cuestiones de admisibilidad como tales.

Sólo afirmaron que la objeción planteada por Venezuela no entra en esta categoría, tanto por su profunda naturaleza y consecuencias en caso de ser admitida como por el contexto tan particular del Acuerdo de Ginebra.

Además, en el momento en que se adoptó la providencia del 19 de junio 2018, ya estaba muy claro que la cuestión de la validez del laudo era el objeto de la controversia. El escrito de demanda es explícito en este punto, al igual que el Acuerdo de Ginebra. Además, ya estaba bastante claro que Venezuela impugnó la validez del laudo basándose en la conducta del Reino Unido e Irlanda del Norte.

En 1962, cuando Venezuela argumentó por primera vez que el laudo era inválido, lo hizo supuestamente porque era el resultado de una transacción política llevada a cabo a espaldas de Venezuela. Como se reprodujo textualmente en la demanda, esta reclamación venezolana era conocida por la CIJ cuando adoptó la providencia del 19 de junio de 2018.

Además, los abogados de la República Cooperativa de Guyana sostienen que el fondo de la excepción preliminar no puede ser considerado y mantenido debido a la sentencia del 18 de diciembre de 2020. La representación de Venezuela no ha dicho nada sobre el hecho de que su sentencia haya decidido que la CIJ es competente para conocer de la demanda, palabras que indican con carácter de *res iudicata* que la CIJ es competente para examinar el fondo del asunto y que ha decidido ejercer esa facultad.

De forma que la cuestión que debía decidir la CIJ es si la excepción basada en el principio del Oro Monetario, que es el objeto del presente procedimiento incidental y que surge en el contexto muy particular de este caso, es admisible en esta fase del proceso o si, como argumenta la República Cooperativa de Guyana, Venezuela debería haber planteado este argumento dentro del plazo establecido por la providencia, de modo que ya no tendría derecho a hacerlo mediante excepciones preliminares opuestas en junio de 2022.

2.2.2.2.5. Solicitud de las partes a la CIJ

Con fundamento en todos los motivos señalados antes y porque el autor de este comportamiento fraudulento -el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda- está ausente en el procedimiento del caso 171, Venezuela solicitó que la demanda introducida por la República Cooperativa de Guyana sea declarada inadmisibile. Por su parte, la República Cooperativa de Guyana pidió a la CIJ que, de conformidad con los artículos 60 y 79ter, párrafo 4, del Reglamento, declare las excepciones preliminares de Venezuela como inadmisibles o las rechace sobre la base de las presentaciones de las partes. La República Cooperativa de Guyana también pidió a la CIJ que fijara una fecha para la presentación de la

Contramemoria de Venezuela sobre el fondo a más tardar nueve meses después de la fecha de la resolución de la Corte sobre las excepciones preliminares de Venezuela.

2.2.2.2.6. Sentencia de la Corte Internacional de Justicia de fecha 6 de abril de 2023 sobre las excepciones preliminares presentadas por la República Bolivariana de Venezuela

El 6 de abril de 2023 la CIJ dictó sentencia por medio de la cual resolvió la excepción preliminar presentada el 7 de junio de 2022 por la República Bolivariana de Venezuela, respecto de la admisibilidad de la demanda interpuesta por la República Cooperativa de Guyana²³⁸.

La CIJ examinó los argumentos de la República Bolivariana Venezuela y la República Cooperativa de Guyana y se pronunció sobre los aspectos relevantes surgidos en este procedimiento incidental. Entre esos puntos se encuentran principalmente la admisibilidad de las excepciones preliminares de Venezuela y el análisis de fondo de las excepciones preliminares.

Además, la sentencia trató otros asuntos importantes no sólo para el caso concreto, sino también para la evolución de la jurisprudencia de la CIJ en relación a la excepción preliminar de admisibilidad de la demanda basada en el principio del oro monetario; los requisitos necesarios para que un tercer Estado adquiera el carácter de parte indispensable y la interpretación de los tratados con arreglo a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

²³⁸ International Court of Justice, “Judgment of 6 April 2023”. Disponible en: <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/171/171-20230406-JUD-01-00-EN.pdf>.



Juez Joan E. Donoghue
Presidente de la Corte Internacional de Justicia²³⁹

La sentencia, aprobada por la mayoría de los jueces, vino acompañada de cuatro declaraciones separadas y una denominada opinión parcialmente individual y parcialmente disidente. Las cuatro declaraciones separadas corresponden al juez indio Dalveer Bhandari, al juez jamaicano Patrick Robinson, al juez japonés Yuji Iwasawa y al juez *ad hoc* alemán designado por la República Cooperativa de Guyana Rüdiger Wolfrum. La denominada opinión parcialmente individual y parcialmente disidente fue consignada por el juez *ad hoc* belga designado por la República Bolivariana de Venezuela Philippe Couvreur.

En primer lugar, la CIJ unánimemente declaró admisible la excepción preliminar presentada por la República Bolivariana de Venezuela. Luego, con catorce votos a favor y el voto en contra del Juez *ad hoc* Sr. Philippe Couvreur, la CIJ declaró sin lugar dicha excepción preliminar.

Finalmente, con catorce votos a favor y el voto en contra del Juez *ad hoc* Sr. Couvreur, la CIJ ratificó que es competente para decidir sobre el fondo de las reclamaciones de la República Cooperativa de Guyana, en la medida en que se encuentren dentro del ámbito del párrafo 138, subpárrafo 1, de la sentencia del 18 de diciembre de 2020.

²³⁹ Imagen extraída de la galería multimedia de la Corte Internacional Justicia. Disponible en: https://www.icj-cij.org/sites/default/files/multimedia_galleries/2_1.jpg.

a. La admisibilidad de las excepciones preliminares presentadas por la República Bolivariana de Venezuela

La CIJ examinó, en primer, lugar la admisibilidad de las excepciones preliminares presentadas por la República Bolivariana de Venezuela antes de proceder a estudiar su contenido. La CIJ revisó los argumentos presentados por ambas partes -Venezuela y Guyana- y se pronunció sobre la naturaleza jurídico-procesal de la excepción preliminar presentada por Venezuela.

La excepción preliminar cuestionó la admisibilidad de la demanda presentada por la República Cooperativa de Guyana y se fundamentó en la jurisprudencia de la CIJ; en particular en el precedente del caso Oro Monetario (“*Monetary Gold*”), según el cual la CIJ no puede ejercer su competencia si para decidir tiene que pronunciarse sobre los intereses de un tercer Estado que no es parte en el proceso y quien debe ser considerado parte indispensable.

Además, la CIJ tomó en consideración el argumento de Venezuela según el cual la excepción preliminar era admisible porque se refería a la admisibilidad de la demanda y no a la competencia de la CIJ. La CIJ también sostuvo que su decisión de diciembre de 2020 sólo se refería a la competencia y no a la admisibilidad. La CIJ tuvo en cuenta que Venezuela argumentó que su excepción no estaba limitada por el plazo establecido por la CIJ en su orden del 19 de junio de 2018.

Es importante señalar que las excepciones preliminares presentadas por Venezuela atacaron la admisibilidad de la demanda de Guyana y cuestionaron el ejercicio de la competencia de la CIJ y no la existencia de la competencia *per se*.

Esta distinción fue admitida por la CIJ. Si las excepciones preliminares hubieran estado relacionadas con la existencia de la competencia, éstas habrían sido inadmisibles para la CIJ, porque los aspectos vinculados con la existencia de la competencia fueron ya decididos por la CIJ mediante la sentencia del 18 de diciembre de 2020 y gozan de la protección de la *res iudicata*.

La CIJ examinó el argumento de Guyana según el cual la excepción preliminar presentada por Venezuela se refería al ejercicio de la competencia de la CIJ y, por lo tanto, debería rechazarse por inadmisibile. También tuvo en cuenta el argumento de Guyana según el cual Venezuela ya no tenía derecho a plantear una excepción preliminar que cuestionara la competencia de la CIJ después de la sentencia del 18 de diciembre de 2020, en la que la CIJ encontró que tenía competencia sobre parte de las pretensiones de Guyana.

La CIJ concluyó que la excepción preliminar presentada por Venezuela es admisible y que no estaba limitada por el plazo establecido en la orden dictada por la CIJ en fecha 19 de junio de 2018.

La CIJ recordó que en el pasado había decidido que cuando se rechaza una excepción preliminar relativa al carácter indispensable de un tercer Estado, se considera que la excepción se refiere al ejercicio de la competencia en lugar de la existencia de la competencia.

b. Examen de fondo de la excepción preliminar

Establecida su admisibilidad, la CIJ procedió al análisis de fondo de la excepción preliminar presentada por Venezuela. La excepción preliminar se fundamentó en la consideración de que el Reino Unido e Irlanda del Norte era un tercero indispensable en el caso y que la CIJ no podía decidir la cuestión de la validez del Laudo del 3 de octubre de 1899 sin su participación.

Venezuela afirmó que una decisión sobre el fondo del caso involucraría necesariamente una evaluación de la conducta fraudulenta supuestamente atribuible al Reino Unido e Irlanda del Norte en relación con el Laudo del 3 de octubre de 1899. Alegó que había sido coaccionada y engañada por el Reino Unido para suscribir el Tratado de Washington de 1897. Además, sostuvo que durante el procedimiento arbitral hubo ciertas comunicaciones impropias entre los abogados del Reino Unido y los árbitros que había nombrado. Adicionalmente, Venezuela argumentó que el Reino Unido presentó mapas falsificados al tribunal arbitral, cuestión que vició el Laudo Arbitral de París.

La República Cooperativa de Guyana por su parte argumentó que el Reino Unido e Irlanda del Norte no era un tercero indispensable en el caso y que no tenía intereses jurídicos que pudieran verse afectados por la decisión de la CIJ sobre la validez del Laudo Arbitral de París.

La CIJ rechazó la excepción preliminar presentada por Venezuela y decidió que el Reino Unido e Irlanda del Norte no es una parte indispensable en el caso y que podía decidir la cuestión de la validez del Laudo de 1899 sin su participación. La CIJ concluyó que el caso se refería a una disputa entre la República Cooperativa de Guyana y la República Bolivariana de Venezuela. Además, la CIJ aclaró que el Reino Unido e Irlanda del Norte no tenía intereses jurídicos que pudieran verse afectados por la decisión de la CIJ sobre la validez del Laudo Arbitral de París.

b.1. Análisis particular del Acuerdo de Ginebra del 17 de febrero de 1966 efectuado por la CIJ

La sentencia se refiere a la interpretación del Acuerdo de Ginebra de 1966 suscrito entre la República Cooperativa de Guyana y la República Bolivariana de Venezuela. La República Bolivariana de Venezuela argumentó que los intereses legales del Reino Unido e Irlanda del Norte serían el tema principal de la decisión de la CIJ, basándose en el principio del oro monetario.

Sin embargo, la CIJ señaló que los dos países involucrados actualmente en el caso, así como el Reino Unido e Irlanda del Norte, son partes del Acuerdo de Ginebra, instrumento en el que se basa la competencia de la CIJ. Por lo tanto, la CIJ consideró apropiado analizar las implicaciones jurídicas de que el Reino Unido e Irlanda del Norte sea parte del Acuerdo de Ginebra, cuestión que a su vez que requiere una interpretación de las disposiciones relevantes del referido Acuerdo.

La CIJ resaltó que para interpretar el Acuerdo de Ginebra aplicó las reglas de interpretación de tratados que se encuentran en los artículos 31, 32 y 33 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, las cuales reflejan reglas de derecho internacional consuetudinario. Estas disposiciones establecen reglas sobre la correcta interpretación de los tratados internacionales.

El artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados consagra la norma general que rige la interpretación de los tratados internacionales. En efecto, el referido artículo dispone:

“1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

2. Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos:

a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado;

b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado.

3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:

a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones.

b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado.

c) toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.

4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes”²⁴⁰.

El artículo 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados establece medios de interpretación complementarios que cumplen la función de verificar la interpretación que resulte de la aplicación de la regla general del artículo 31 o determinar su sentido en ciertos casos. En efecto, la referida disposición indica:

²⁴⁰ Naciones Unidas, *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*, vigente desde 27 de enero de 1980. Disponible en: https://www.oas.org/36ag/espanol/doc_referencia/convencion_viena.pdf.

“Se podrán acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31:a) deje ambiguo u oscuro el sentido; o

b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable”²⁴¹.

El artículo 33 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados se refiere a las reglas de interpretación de los tratados que han sido traducidos en varios idiomas. Ciertamente, el referido artículo dispone:

“1. Cuando un tratado haya sido autenticado en dos o más idiomas, el texto hará igualmente fe en cada idioma, a menos que el tratado disponga o las partes convengan que en caso de discrepancia prevalecerá uno de los textos.

2. Una versión del tratado en idioma distinto de aquel en que haya sido autenticado el texto será considerada como texto auténtico únicamente si el tratado así lo dispone o las partes así lo convienen.

3. Se presumirá que los términos del tratado tienen en cada texto auténtico igual sentido.

4. Salvo en el caso en que prevalezca un texto determinado conforme a lo previsto en el párrafo 1, cuando la comparación de los textos auténticos revele una diferencia de sentido que no pueda resolverse con la aplicación de los artículos 31 y 39, se adoptará el sentido que mejor concilie esos textos, habida cuenta del objeto y fin del tratado”²⁴².

La CIJ enfatizó que interpretó el Acuerdo de Ginebra de buena fe, de acuerdo con el significado ordinario que se le da a los términos del tratado en su contexto y a la luz de su objeto y propósito.

La CIJ consideró que el contexto del Acuerdo de Ginebra incluye la independencia de Guayana Británica que se logró tres meses después de la firma del referido acuerdo.

Los artículos I y II del Acuerdo de Ginebra regulan la etapa inicial del proceso para la solución de la disputa entre las partes y señalan el rol de la República Bolivariana de Venezuela y de la Guayana Británica en ese proceso.

El artículo I del Acuerdo de Ginebra establece la creación de una Comisión Mixta para buscar soluciones satisfactorias para el arreglo práctico de la controversia entre la República Bolivariana de Venezuela y el Reino Unido e Irlanda. El párrafo primero del artículo II establece que, dentro de los dos meses

²⁴¹ *Ídem.*

²⁴² *Ídem.*

siguientes a la entrada en vigor del Acuerdo, se designarán dos representantes de la Comisión Mixta por parte del gobierno de Guayana Británica y dos por parte de la República Bolivariana de Venezuela.

La CIJ concluyó que, si bien el artículo I del Acuerdo de Ginebra describe la disputa como existente entre el Reino Unido e Irlanda y la República Bolivariana de Venezuela, el artículo II no otorga ningún rol al Reino Unido e Irlanda del Norte en la etapa inicial del proceso de solución de la disputa. En cambio, asigna la responsabilidad de la designación de los representantes de la Comisión Mixta a la Guayana Británica y la República Bolivariana de Venezuela.

El artículo IV del Acuerdo de Ginebra, que establece el mecanismo para la solución final de la disputa, no contiene ninguna referencia al Reino Unido e Irlanda del Norte en los párrafos 1 y 2. Estos párrafos establecen que si la Comisión Mixta no llega a un acuerdo completo para la solución de la controversia en un plazo de cuatro años a partir de la fecha del Acuerdo, se referirá a los Gobiernos de la República Cooperativa de Guyana y la República Bolivariana de Venezuela cualquier pregunta pendiente, quienes elegirán uno de los medios de solución pacífica previstos en el artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas.

La CIJ afirmó que el Acuerdo de Ginebra asigna roles específicos a la República Cooperativa de Guyana y a la República Bolivariana de Venezuela. Además, señaló que las disposiciones del Acuerdo de Ginebra no otorgan al Reino Unido e Irlanda del Norte papel alguno en la elección o participación en el medio de solución de la controversia.

Por lo tanto, la CIJ consideró que el esquema establecido por los artículos II y IV del Acuerdo de Ginebra refleja una comprensión común de todas las partes de que la controversia debía ser resuelta por la República Cooperativa de Guyana y la República Bolivariana de Venezuela.

La CIJ también indicó que cuando el Reino Unido e Irlanda del Norte aceptó el Acuerdo de Ginebra estaba consciente de que la solución de la controversia entre la República Cooperativa de Guyana y la República Bolivariana de Venezuela sin su participación podía implicar el examen de ciertas denuncias por parte de la República Bolivariana de Venezuela sobre irregularidades efectuadas por las autoridades del Reino Unido durante el arbitraje de París.

Esto se debe a que en febrero de 1962 la República Bolivariana de Venezuela informó al Secretario General de las Naciones Unidas la existencia de una disputa entre el Reino Unido e Irlanda del Norte y la República Bolivariana de Venezuela sobre la delimitación de la frontera entre la República Bolivariana de Venezuela y la Guayana Británica. En su carta, la República Bolivariana de Venezuela afirmó que el laudo fue resultado de una transacción política realizada a espaldas del país y que no reconoce un laudo hecho en tales circunstancias.

Por lo tanto, la CIJ concluyó que el Reino Unido e Irlanda del Norte no tiene ningún papel o rol en la solución de la controversia territorial entre la República Cooperativa de Guyana y la República Bolivariana de Venezuela y que el proceso de solución establecido en el Acuerdo de Ginebra debe seguir adelante sin su participación.

c. La Corte Internacional de Justicia ratificó su competencia

En el último punto de la parte dispositiva de la sentencia del 6 de abril de 2023, la CIJ ratificó su competencia para decidir sobre el fondo de las reclamaciones de la República Cooperativa de Guyana, en la medida en que se encuentren dentro del ámbito del párrafo 138, subpárrafo 1, de la sentencia del 18 de diciembre de 2020 que estableció que la CIJ:

“1. Se declara competente para conocer de la Demanda presentada por la República Cooperativa de Guyana el 29 de marzo de 2018, en la medida en que se refiere a la validez del Laudo Arbitral de 3 de octubre de 1899 y a la cuestión conexa de la solución definitiva del litigio de límites terrestres entre la República Cooperativa de Guyana y la República Bolivariana de Venezuela”.

De manera que la CIJ es competente para pronunciarse sobre la validez o nulidad del Laudo Arbitral de París del 3 de octubre de 1899 y sobre la cuestión conexa relativa a la solución de la controversia sobre la frontera terrestre entre ambos países. Además, la CIJ, mediante la sentencia del 6 de abril de 2023, precisó el alcance de la competencia al admitir que es posible pronunciarse sobre los fraudes en que hubiera incurrido el Reino Unido durante la tramitación del procedimiento arbitral de París en 1899.

El hecho de que la CIJ se pronuncie sobre las actuaciones fraudulentas del Reino Unido durante el arbitraje de París no significa que la participación de ese Estado es necesaria para que el proceso continúe. Al contrario, según se deduce del fallo del 6 de abril de 2023, la CIJ determinó que el Reino Unido e Irlanda del Norte sabía muy bien que esto podía ocurrir y lo aceptó definitivamente mediante el Acuerdo de Ginebra del 17 de febrero de 1966. Por lo tanto, la CIJ podrá pronunciarse sobre los argumentos de la República Bolivariana de Venezuela relacionados con la conducta del Reino Unido para el momento en que se firmó el Tratado Arbitral de Washington, durante el arbitraje y una vez dictado el Laudo Arbitral de París del 3 de octubre de 1899. Entre ellos los siguientes:

1. Fue el Reino Unido el que recurrió a la falsificación de mapas y documentos a objeto de despojar a los venezolanos de una parte de su territorio con miras a la apropiación de sus recursos naturales y para normalizar una situación completamente inaceptable.
2. Fue el Reino Unido el que se basó en el sistema de derecho existente para aquel momento que no tenía en cuenta los principios de igualdad soberana y respeto mutuo entre los Estados.

3. Fue el Reino Unido el que firmó el Tratado de Washington del 17 de febrero de 1897.

4. Fue el Reino Unido el que se cercioró de que el tribunal no tuviera ningún árbitro venezolano, incluso en caso de muerte o incapacidad de alguno de los árbitros previamente designados.

5. Fue el Reino Unido el que participó en el arbitraje que tuvo como resultado el Laudo Arbitral de París del 3 de octubre de 1899.

6. Fue el Reino Unido el que propició contactos indebidos con sus árbitros connacionales durante el procedimiento arbitral de París en 1899, lo que generó una relación inapropiada entre árbitros y abogados de la parte. Esto vicia cualquier actuación arbitral.

d. Declaraciones separadas

d.1. Declaración del juez Dalveer Bhandari²⁴³

El juez Bhandari explicó en su declaración que está de acuerdo con la sentencia de la CIJ, pero expresó su deseo de agregar precisiones conceptuales adicionales. Por ello, inició su declaración recordando que el rechazo de la excepción preliminar de la República Bolivariana de Venezuela se basó en que el Reino Unido e Irlanda del Norte no tiene ningún rol en la resolución de la disputa y que el principio del oro monetario no entra en juego. La CIJ llegó a estas conclusiones basándose en su interpretación del Acuerdo de Ginebra de 1966 y la práctica posterior de las partes en ese acuerdo.

Según la interpretación de la CIJ, el Acuerdo de Ginebra refleja una comprensión común por parte de todas las partes en ese instrumento de que la disputa existente entre el Reino Unido e Irlanda del Norte y la República Bolivariana de Venezuela el 17 de febrero de 1966 sería resuelta por la República Cooperativa de Guyana y la República Bolivariana de Venezuela a través de uno de los procedimientos referenciados en el Acuerdo de Ginebra. Por lo tanto, como parte de ese instrumento, el Reino Unido e Irlanda del Norte aceptó que no tendría ningún papel en esos procedimientos.

El juez comparte la opinión de que el Reino Unido e Irlanda del Norte era consciente del alcance de la disputa con respecto a la validez del Laudo de 1899 y que aceptó el acuerdo en virtud del Artículo IV que permitía a la República Cooperativa de Guyana y a la República Bolivariana de Venezuela someter la disputa a un arreglo judicial sin la participación del Reino Unido e Irlanda del Norte. Además, comparte la conclusión de la CIJ de que la práctica posterior confirma esta comprensión.

²⁴³ International Court of Justice, “Declaration of Judge Bhandari”. Disponible en: <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/171/171-20230406-JUD-01-01-EN.pdf>.

El juez también destaca que la República Bolivariana de Venezuela aceptó esta circunstancia al convertirse en parte del Acuerdo de Ginebra, lo que significa que renunció a cualquier derecho que pudiera tener para objetar que esta disputa se resuelva mediante un procedimiento que no involucre al Reino Unido e Irlanda del Norte.

La declaración del juez Bhandari respalda la sentencia de la CIJ en cuanto a la interpretación del Acuerdo de Ginebra y la práctica posterior de las partes en ese acuerdo. También destaca que la aceptación de estas circunstancias por parte de todas las partes involucradas en el Acuerdo de Ginebra es lo que hace que esta situación sea única.

d.2. Opinión separada del juez Patrick Robinson²⁴⁴

El juez Patrick Robinson emitió una opinión separada en relación con la adquisición de la independencia de la República Cooperativa de Guyana por parte del Reino Unido e Irlanda del Norte. El juez Robinson está de acuerdo con las conclusiones de la CIJ expresadas en el párrafo 108 de la sentencia, pero formuló varios comentarios adicionales.

En el juicio, la República Cooperativa de Guyana argumentó que el Reino Unido e Irlanda del Norte no tiene ningún interés legal actual o reclamo sobre el territorio en disputa, ya que renunció a todos los reclamos territoriales en relación con esta disputa cuando otorgó la independencia a la República Cooperativa de Guyana en 1966. Sin embargo, el juez Patrick Robinson afirma que, en realidad, el Reino Unido e Irlanda del Norte no otorgó la independencia a la República Cooperativa de Guyana.

En el momento de la independencia de la República Cooperativa de Guyana en 1966, el derecho a la libre determinación ya se había convertido en una norma de derecho internacional consuetudinario, en virtud de la adopción de la resolución 1514 (XV) de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 14 de diciembre de 1960. Por lo tanto, la adquisición de la independencia por parte de las antiguas colonias no fue un regalo, una concesión o una donación de los poderes coloniales.

Más bien, la independencia resultó del cumplimiento por parte de los poderes coloniales de la obligación impuesta por el párrafo 5 de la resolución 1514 de transferir todos los poderes a los pueblos de los países colonizados de acuerdo con su libre voluntad expresada. En otras palabras, la independencia se convirtió en un derecho humano inherente al pueblo y los poderes coloniales simplemente cumplieron con su deber de transferir los poderes a los pueblos de los países colonizados.

²⁴⁴ International Court of Justice, “Separate opinion of Judge Robinson”. Disponible en: <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/171/171-20230406-JUD-01-02-EN.pdf>.

Esta transformación del derecho a la libre determinación como una norma consuetudinaria de derecho internacional fue confirmada por la CIJ en su opinión consultiva de 2019 sobre las consecuencias jurídicas de la separación del archipiélago de Chagos de Mauricio en 1965.

El juez Robinson también se refirió al título de la resolución 1514, “Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales”, y señaló que, aunque el título puede ser relevante para interpretar la resolución, no se utiliza el término “concesión de la independencia” en el texto de la resolución 1514. En cambio, la resolución establece que el derecho a la libre determinación es un derecho humano que reside en el pueblo y todo lo que se requiere para su disfrute es que refleje la libre voluntad expresada del pueblo. En conclusión, la declaración del juez Robinson enfatizó que la adquisición de la independencia por parte de las antiguas colonias no fue un regalo o una concesión del poder colonial, sino un derecho humano inherente al pueblo que se ejerce a través de su libre voluntad expresada.

d.3. Declaración del juez Iwasawa Yuji²⁴⁵

La declaración del juez Iwasawa Yuji inicia recordando la excepción preliminar de la República Bolivariana de Venezuela se basó en la afirmación de que el Reino Unido e Irlanda del Norte es un tercero indispensable en el caso y, por lo tanto, la demanda de la República Cooperativa de Guyana no debía ser admitida por la CIJ.

El juez Iwasawa explicó que la excepción preliminar de la República Bolivariana de Venezuela no es una objeción a la competencia de la CIJ, sino a la admisibilidad de la demanda de la República Cooperativa de Guyana. Esta distinción es importante porque la jurisprudencia de la CIJ establece que los argumentos basados en el principio de Oro Monetario se refieren a la admisibilidad de la demanda, no a la competencia de la CIJ.

En conclusión, la declaración del juez Iwasawa es importante porque aclara la naturaleza jurídico-procesal de la excepción preliminar presentada por la República Bolivariana de Venezuela y su relación con la jurisprudencia de la CIJ sobre el principio de Oro Monetario.

²⁴⁵ International Court of Justice, “Declaration of Judge Iwasawa”. Disponible en: <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/171/171-20230406-JUD-01-03-EN.pdf>.

d.4. Declaración del juez *ad hoc* designado por la República Cooperativa de Guyana Rüdiger Wolfrum²⁴⁶

El juez *ad hoc* Rüdiger Wolfrum, habiendo votado a favor del punto resolutivo de la sentencia, consideró oportuno presentar algunas consideraciones sobre el razonamiento de la CIJ. Discutió tres aspectos: la relación entre el principio del Oro Monetario y el Acuerdo de Ginebra; la práctica posterior de las partes en el Acuerdo de Ginebra; y el objeto de la controversia ante la CIJ.

El juez *ad hoc* Wolfrum señaló que el presente caso se parecía de hecho al caso del Oro Monetario y al caso de Timor Oriental en los que se basó la República Bolivariana de Venezuela. Sin embargo, la diferencia radicaba en la existencia del Acuerdo de Ginebra. En su opinión, el Reino Unido e Irlanda del Norte, al firmar el Acuerdo de Ginebra, aceptó que la resolución de la disputa por parte de la República Cooperativa de Guyana y la República Bolivariana de Venezuela sin su participación podría implicar la discusión de actos u omisiones del Reino Unido en el pasado.

El juez *ad hoc* Wolfrum consideró que, correctamente interpretado, el Acuerdo de Ginebra constituye una *lex specialis* para la protección de los intereses del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda, que estaban protegidos paralelamente por el principio del Oro Monetario que operaba en abstracto. Por lo tanto, el juez *ad hoc* Wolfrum estuvo de acuerdo con la sentencia en que era necesario primero interpretar el Acuerdo de Ginebra para determinar si el Reino Unido e Irlanda del Norte había declarado con suficiente claridad que dejaba la resolución de la disputa entre la República Cooperativa de Guyana y la República Bolivariana de Venezuela a las dos partes, con pleno conocimiento de causa, las implicaciones que esto podía tener para el Reino Unido e Irlanda del Norte y si existía un acuerdo correspondiente de la República Cooperativa de Guyana y la República Bolivariana de Venezuela. El juez *ad hoc* Wolfrum respaldó la interpretación del Acuerdo de Ginebra por parte de la CIJ.

En consecuencia, el juez *ad hoc* Wolfrum concluyó que no era necesario seguir considerando la aplicabilidad del principio del Oro Monetario. Sin embargo, a su juicio, esto no significaba que la CIJ no pudiera considerar toda la información proporcionada por las partes en relación con el presunto comportamiento fraudulento de los árbitros en 1899.

El juez *ad hoc* Wolfrum agregó, además, algunas aclaraciones sobre el objeto de la controversia, porque observó que la República Bolivariana de Venezuela había declarado en una variedad de contextos que los intereses del Reino Unido e Irlanda del Norte también formaban el objeto mismo de cualquier decisión que la Corte tendría que rendir sobre el fondo.

²⁴⁶ International Court of Justice, “Declaration of Judge *ad hoc* Wolfrum”. Disponible en: <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/171/171-20230406-JUD-01-04-EN.pdf>.

Después de recordar la jurisprudencia de la Corte, reiterada por el tribunal arbitral en el Mar Meridional de China, el juez *ad hoc* Wolfrum sostuvo que la CIJ, al decidir sobre el objeto de una controversia, siempre había hecho hincapié en que debía prestarse especial atención a la formulación del solicitante. Señaló que la sentencia de 2020 estableció que el objeto de la disputa era la validez del Laudo de 1899 sobre la frontera entre la Guayana Británica y la República Bolivariana Venezuela y la cuestión relacionada del arreglo definitivo de la frontera terrestre entre la República Cooperativa de Guyana y la República Bolivariana de Venezuela. Según el juez *ad hoc* Wolfrum, este objeto debía distinguirse de los argumentos utilizados por las partes para sustentar sus respectivas posiciones sobre la controversia.

d.5. Opinión parcialmente individual y parcialmente disidente del juez *ad hoc* designado por la República Bolivariana de Venezuela Philippe Couvreur²⁴⁷

El juez *ad hoc* Philippe Couvreur, en opinión separada, se refirió en primer término a la admisibilidad de la excepción preliminar presentada por la República Bolivariana de Venezuela en el caso de la controversia que sostiene con la República Cooperativa de Guyana ante la CIJ. Además, sostuvo que existe una diferencia entre la existencia de la competencia de la CIJ entre las partes y el ejercicio de dicha competencia, en particular respecto a un tercero.

El juez Couvreur explicó que, en una reunión con los Agentes de las partes, la Vicepresidenta de la República Bolivariana de Venezuela, Delcy Rodríguez, afirmó que su Gobierno consideraba que la CIJ carecía claramente de competencia y que había decidido no participar en el procedimiento. Además, entregó al Presidente de la CIJ una carta del Jefe de Estado de la República Bolivariana de Venezuela en la que afirmaba que no había base suficiente para la afirmar la competencia de la CIJ.

El juez Couvreur recordó que, en respuesta a esta negación de jurisdicción, la CIJ decidió en su Resolución de 19 de junio de 2018 que era necesario resolver la cuestión de su competencia en primera instancia, antes de cualquier procedimiento sobre el fondo. Los plazos fijados en la orden de la CIJ se referían exclusivamente a la presentación de documentos relativos a la competencia de la CIJ.

El juez Couvreur se refirió además a la importancia de entender el significado de la palabra *competencia* en el contexto específico de un órgano jurisdiccional y su práctica. Explicó que, en general, cuando un órgano jurisdiccional utiliza la palabra *competencia* se presume que se refiere a su significado habitual en los

²⁴⁷ International Court of Justice, “Partly separate and partly dissenting opinion of Judge *ad hoc* Couvreur”. Disponible en: <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/171/171-20230406-JUD-01-05-FR.pdf>.

instrumentos jurídicos que rigen su actividad y en su propia práctica. También sostuvo que, en este caso específico, el Presidente de la República Bolivariana de Venezuela planteó desde el principio el problema que justificaba la decisión del país de no tomar parte en el proceso y que tanto el memorial de la República Cooperativa de Guyana como el memorándum de la República Bolivariana de Venezuela se centraron exclusivamente en la cuestión de la competencia.

El juez Couvreur destacó que la CIJ no había tratado en ningún momento la cuestión del ejercicio de la competencia, cuya existencia misma se tuvo que discutir y establecer en primer lugar. Explicó que la jurisprudencia de la CIJ establece una distinción clara entre la existencia de competencia y el ejercicio de dicha competencia. Además recordó que la CIJ ha considerado que los derechos de terceros ausentes son un obstáculo al ejercicio de la competencia previamente establecida entre las partes. Señaló que las cuestiones de admisibilidad pueden ser de carácter formal o sustantivo y que, a diferencia de las cuestiones de competencia, no están relacionadas con el ejercicio adecuado de la función jurisdiccional en un caso concreto. En este contexto, el juez Couvreur explicó por qué la CIJ se ha abstenido de calificar las objeciones de terceros ausentes como *objeciones a la admisibilidad*.

El juez Couvreur afirmó que, de conformidad con el Reglamento, la CIJ tiene la facultad de examinar cuestiones que no son estrictamente problemas de competencia o de admisibilidad de la demanda, pero que requieren un estudio preliminar debido a su naturaleza. En este caso, aunque las partes son las mismas y el *petitum* es el mismo, la *causa petendi* no es idéntica en las dos fases del caso, por lo que la excepción preliminar de la República Bolivariana de Venezuela de 7 de junio de 2022 no es cosa juzgada y es perfectamente admisible.

El juez Couvreur trató la cuestión de la legitimidad de la República Cooperativa de Guyana como parte del proceso ante la CIJ, argumentando que la nación tiene un interés legítimo en defender la integridad de lo que considera su territorio, incluso si el título que sustenta su base territorial es discutido. Además, el juez se centró en la cuestión de si el Reino Unido e Irlanda del Norte es un *tercero indispensable* en el caso y al efecto recordó que la jurisprudencia de la CIJ desarrollada en casos anteriores no puede aplicarse automáticamente a este caso. Para que el precedente del caso del Oro Monetario resultara aplicable era necesario considerar si los intereses jurídicos del Reino Unido e Irlanda del Norte se ven afectados por cualquier decisión de la CIJ sobre el fondo del litigio.

El juez Couvreur analizó si el Reino Unido e Irlanda del Norte tiene suficiente interés jurídico en el asunto como para oponerse a la resolución de la cuestión de la validez del título de la República Cooperativa de Guyana sobre el territorio en litigio. En este sentido, el juez Couvreur argumentó que el interés jurídico del Reino Unido e Irlanda del Norte es tan tenue que la CIJ debería poder resolver en su ausencia la cuestión de la validez del laudo sin atentar contra el principio del oro monetario.

Sin embargo, si las causas de nulidad del laudo se refieren directamente al comportamiento del Reino Unido e Irlanda del Norte, la situación sería diferente. En ese caso, el juez consideró que el Reino Unido e Irlanda del Norte sí tendría suficiente interés jurídico en el asunto para oponerse a la resolución de la cuestión de la validez del laudo. Para sustentar su posición, el juez Couvreur mencionó algunos argumentos presentados por la República Bolivariana de Venezuela que critican la validez del laudo y que se refieren directamente al comportamiento del Reino Unido e Irlanda del Norte y a la validez del Tratado de Washington.

El juez Couvreur mencionó el proyecto de directriz 9 de la Comisión sobre la cuestión de la *Sucesión de Estados en materia de responsabilidad del Estado* y recordó que este instrumento establece que un Estado lesionado sigue teniendo derecho a invocar la responsabilidad del Estado predecesor incluso después de la fecha de sucesión en determinadas circunstancias, como en el caso de un Estado de reciente independencia cuyo territorio fue dependiente de las relaciones internacionales del Estado predecesor inmediatamente antes de la sucesión.

El juez Couvreur explicó que los actos de los que se acusa al Reino Unido e Irlanda del Norte durante la negociación del Tratado de 1897 y la preparación del Laudo Arbitral de París de 1899 no pueden ser imputados a la República Cooperativa de Guyana simplemente porque sucedió al Reino Unido e Irlanda del Norte en el territorio en litigio. Los intereses jurídicos propios del Reino Unido e Irlanda del Norte son distintos de los de la República Cooperativa de Guyana en el núcleo del litigio que debe resolver la CIJ.

El juez Couvreur insistió en que la CIJ no puede pronunciarse sobre el objeto de la demanda sin tener que pronunciarse previamente sobre determinados aspectos del comportamiento del Reino Unido e Irlanda del Norte. A su juicio, resulta problemático el argumento de la República Cooperativa de Guyana según el cual el Reino Unido e Irlanda del Norte habría aceptado la competencia de la CIJ para resolver la controversia.

Para el juez Couvreur, el consentimiento de los Estados a la competencia de la Corte depende de normas muy exigentes cuya satisfacción es difícil de probar en el presente caso. También señaló que la CIJ no puede ejercer su competencia sobre un Estado si ese Estado no es parte en el procedimiento de que se trate pues, de hacerlo, violaría los principios de reciprocidad e igualdad entre los Estados y el principio de contradicción. La posición sostenida por la República Cooperativa de Guyana podría socavar la seguridad jurídica y complicar el procedimiento, lo que a su vez dificultaría la solución definitiva del litigio.

Según se deduce de la opinión separada *in commento*, establecer el consentimiento inequívoco e incondicional del Reino Unido e Irlanda del Norte para que la CIJ se pronuncie en su ausencia -y sin ningún otro acuerdo- sobre la comisión de ilícitos que se le imputan en este caso resulta demasiado importante como para recurrir a meras suposiciones o especulaciones. Además, el juez Couvreur indicó que el único propósito del Reino Unido e Irlanda del Norte al

convertirse en parte en el Acuerdo de Ginebra era facilitar la solución de la controversia territorial que había legado a la recién independizada República Cooperativa de Guyana. Por lo tanto, el consentimiento del Reino Unido e Irlanda del Norte no puede ser inferido a partir de suposiciones o especulaciones y que cualquier interpretación del Acuerdo de Ginebra debe ser coherente con los principios consagrados en el Estatuto de la CIJ, que es parte integrante de la Carta de las Naciones Unidas.

El juez Couvreur recordó que en el pasado la CIJ ha sido muy exigente en cuanto al requisito del consentimiento expreso de un Estado antes de pronunciarse sobre su comportamiento. Por lo tanto, el juez resaltó que la CIJ debería haber exigido un consentimiento expreso y claro del Reino Unido e Irlanda del Norte para que se sometiera a su jurisdicción.

Además de lo anterior, el juez Couvreur afirmó que, independientemente de cómo se haya tratado el argumento basado en un supuesto consentimiento del Reino Unido e Irlanda del Norte, no se justifica en forma alguna el rechazo de la excepción preliminar presentada por la República Bolivariana de Venezuela. Al efecto recordó que la carta del Secretario General de las Naciones Unidas, fechada el 30 de enero de 2018, mediante la cual notificó su decisión de elegir la CIJ como medio de solución de la controversia en virtud del Artículo IV, párrafo 2, del Acuerdo de Ginebra, no fue dirigida al Reino Unido e Irlanda del Norte. Sin embargo, el fallo del 18 de diciembre de 2020 confirmó que esta decisión era la base de la competencia de la CIJ en el caso. Lo anterior, a criterio del juez Couvreur, significa que la competencia no se extiende al Reino Unido e Irlanda del Norte y sus actos propios. Ello confirmaría que la elección del Reino Unido e Irlanda del Norte de permanecer como un tercero en el procedimiento fue debidamente analizada cuando la CIJ estableció su competencia para conocer del caso.

El juez Couvreur insistió en la importancia que tiene establecer el consentimiento de un Estado a la jurisdicción de la Corte para fortalecer la seguridad jurídica y la confianza de los Estados. También señaló las posibles dificultades procesales que podrían surgir en una nueva instancia en la que se involucre al tercer Estado -en este caso el Reino Unido e Irlanda del Norte- en virtud de un vínculo jurisdiccional supuestamente creado a través de un acuerdo.

En la última parte de su opinión, el juez Couvreur expresó su preocupación por la forma en que la CIJ ha analizado el caso, evitando examinar ciertos argumentos presentados por las partes. En su opinión, el enfoque adoptado por la CIJ no evita las dificultades planteadas por la teoría en que se basó el consentimiento del Reino Unido e Irlanda del Norte y plantea problemas para una buena administración de justicia.

Finalmente, el juez Couvreur manifestó su desacuerdo con la mayoría de los jueces de la CIJ en cuanto a la aplicación del principio del Oro Monetario en este caso y señaló que, a diferencia de los casos previos en los que se aplicó esta

jurisprudencia, los hechos de este caso no están bien establecidos en este momento. También indicó que acoger la excepción de la República Bolivariana de Venezuela, basada en la ausencia del Reino Unido e Irlanda del Norte en el procedimiento, sería prejuzgar el fondo del asunto. Como bien lo señaló el juez Couvreur, la excepción preliminar presentada por la República Bolivariana de Venezuela está intrínsecamente vinculada con el fondo del asunto.

Por los motivos a los que nos hemos referido, el juez Couvreur concluyó que la excepción planteada por la República Bolivariana de Venezuela no era exclusivamente preliminar y, en consecuencia, debe ser examinada con el fondo del asunto.

Luego de dictar esta sentencia, la Corte ha fijado el 8 de abril de 2024 como fecha límite para que Venezuela presente su contra-memoria.

2.2.2.3. Reconvención (Artículo 80 del Reglamento)

La reconvención o mutua petición es el derecho del demandado de formular pretensiones contra la parte actora en el proceso, respecto de las cuales la autoridad jurisdiccional deberá pronunciarse en la sentencia definitiva. Desde el punto de vista táctico del litigio, la reconvención es un medio de ataque del que dispone la parte accionada contra el demandante.

La reconvención en los procedimientos ante la CIJ no está regulada en el Estatuto, sino en el Reglamento. A estos efectos, se imitó la regulación que se había dado a la reconvención en el Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional. El Reglamento de la CIJ regula la reconvención mediante una sola disposición, la del artículo 80, que fue modificado el 1 de febrero de 2001 y establece lo siguiente:

“1. La Corte sólo podrá admitir una reconvención si es de su competencia y está directamente relacionada con el objeto de la demanda de la otra parte.

2. La reconvención se formulará en el escrito de contestación a la demanda y figurará como parte de las alegaciones contenidas en el mismo. Se mantendrá el derecho de la otra parte a presentar su punto de vista por escrito sobre la reconvención, en un escrito adicional, independientemente de cualquier decisión de la Corte, de conformidad con el artículo 45, párrafo 2, de este Reglamento, relativa a la presentación de nuevos escritos.

3. Cuando se plantee una objeción sobre la aplicación del apartado 1 o cuando la Corte lo considere necesario, la Corte decidirá al respecto después de oír a las partes”²⁴⁸.

²⁴⁸ *Ídem.*

2.2.2.4. Intervención de terceros (Artículo 62 del Estatuto; Artículos 81 al 86 del Reglamento)

Es posible que en los procedimientos ante la CIJ participen terceros Estados que tengan interés en la controversia, por ello, el Estatuto establece en el artículo 62 la posibilidad de intervención de esos Estados. Para ello sólo se requiere que el Estado considere que tiene un interés jurídico que podría ser afectado por la eventual decisión de la CIJ. Ese Estado podrá presentar una solicitud de intervención que deberá decidir la CIJ (Artículo 62 del Estatuto).

En atención a esa posibilidad -un tercer Estado con interés jurídico que pueda ser afectado por el fallo- el Estatuto prevé que cuando la controversia verse sobre la interpretación de una convención del que sean partes Estados distintos a los litigantes, el Secretario de la CIJ deberá notificar inmediatamente a todos los Estados interesados, que serían principalmente, aquellos que también han suscrito la convención (Parágrafo primero del artículo 63 del Estatuto).

La notificación del parágrafo primero del artículo 63 del Estatuto origina el derecho a intervenir en el proceso de todos los Estados que la reciban. Sin embargo, la última parte del parágrafo segundo del artículo 63 *eiusdem* establece que el Estado que ejerza tal derecho será alcanzado por el efecto vinculante de la sentencia de interpretación.

De lo anterior se concluye que el Estado interesado y notificado que no decida intervenir en el procedimiento no estará obligado a adoptar la interpretación de la convención contenido en el fallo de la CIJ.

También con relación a las partes y sus intereses ante la CIJ debe mencionarse la posibilidad de intervención de terceros en la controversia. En efecto, existe la posibilidad de que un tercero con un interés vinculado a la controversia pueda participar. Sin embargo, esta posibilidad no está abierta a cualquier sujeto de derecho, solamente lo está para los Estados soberanos, a tenor del artículo 62 del Estatuto:

“1. Si un Estado considerare que tiene un interés de orden jurídico que puede ser afectado por la decisión del litigio, podrá pedir a la Corte que le permita intervenir.

2. La Corte decidirá con respecto a dicha petición”.

El momento procesal para presentar la solicitud de intervención ante la CIJ es -como regla- lo más pronto posible antes de la culminación de la fase de procedimiento escrito. Excepcionalmente podría admitirse una solicitud posterior a este momento.

En efecto, establece el artículo 81 del Reglamento:

“1. Una petición de permiso para intervenir fundada en el Artículo 62 del Estatuto, firmada en la forma prevista en el párrafo 3 del Artículo 38 de este Reglamento, deberá ser depositada lo más pronto posible antes del cierre del procedimiento escrito. Sin embargo, en circunstancias excepcionales, la Corte podrá admitir una petición presentada ulteriormente”²⁴⁹.

En relación con el contenido de la solicitud de intervención de terceros Estados, el numeral 2 del mismo artículo 81 del Reglamento establece:

“2. La petición indicará el nombre del agente. Deberá precisar el asunto a que se refiere e indicar:

a) El interés de orden jurídico que, según el Estado que solicita intervenir, pudiera ser afectado por la decisión en el asunto;

b) el objeto preciso de la intervención;

c) toda base de competencia que, según el Estado que solicita intervenir, existirá entre él y las partes en el asunto.

3. La petición contendrá la lista de los documentos en apoyo, los cuales deberán acompañarse”.

En el caso 171 del procedimiento contencioso iniciado por la República Cooperativa de Guyana en contra de Venezuela la intervención de terceros es una posibilidad procesal que debe ser considerada seriamente. En efecto, Guyana fue una colonia británica hasta el 26 de mayo de 1966 cuando alcanzó su independencia, lo que ocurrió hace relativamente poco tiempo.

La mayoría del tiempo que ha durado la controversia fue el Reino Unido el Estado que perturbó los derechos de Venezuela. Incluso, sería posible considerar también la eventual participación de los Estados Unidos quien fue en realidad el que negoció con los británicos el Tratado de Washington de 2 de febrero de 1897, que es el fundamento del arbitraje que se celebró luego en 1899 en la ciudad de París, produciendo el Laudo Arbitral de París de 3 de octubre de 1899.

Recordemos que Venezuela fue apartada de las negociaciones por ser un país débil, que además padecía una grave crisis interna y que su rival era la más poderosa potencia europea de la época. Tengamos en cuenta también que entre los árbitros que dictaron el Laudo Arbitral de París ninguno era venezolano y que la controversia fue principalmente entre los Estados Unidos de América y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda.

²⁴⁹ Véase Reglamento de la Corte Internacional de Justicia de fecha 14 de abril de 1978. Disponible en: <https://www.icj-cij.org/public/files/rules-of-court/rules-of-court-es.pdf>.

2.2.3. Pruebas (Artículos 50, 51 y 52 del Estatuto; Artículos 57, 62, 63, 64, 66, 71, 72, 79, 79bis, 79ter del Reglamento)

La actividad probatoria ante la CIJ está regulada por varias normas del Estatuto. La primera es la disposición contenida en el artículo 50 según el cual la CIJ podrá “*comisionar a cualquier individuo, entidad, negociado, comisión u otro organismo que ella escoja, para que haga una investigación o emita un dictamen pericial*”.

Cuando se reciban las pruebas, dentro del término que será fijado por la CIJ, ésta tendrá la posibilidad de negarse a aceptar pruebas adicionales que las partes quieran presentar. Sin embargo, si ambas partes están de acuerdo con la presentación de pruebas adicionales la CIJ no podrá negarse a aceptarlas.

Una vez terminada la fase escrita del procedimiento ante la CIJ, queda fijado el *thema decidendum* y en virtud de ello las partes no podrán producir nuevos documentos, salvo que éstos sean públicos y de fácil acceso en general. Al efecto véase lo dispuesto en artículo 56 del Reglamento que establece:

“Después del cierre del procedimiento escrito, no podrá producirse ningún documento nuevo a la Corte por ninguna de las partes a no ser con el asentimiento de la otra parte o de acuerdo con lo dispuesto en el párrafo 2 de este Artículo”.

De conformidad con el artículo 58 del Reglamento queda a discreción de la CIJ decidir si se pronunciarán los alegatos primero o si, por el contrario, primero se presentarán los medios de prueba. La norma establece:

“La Corte determinará si las partes deberán pronunciar sus alegatos antes o después de la presentación de los medios de prueba; se reservará siempre, sin embargo, el derecho de las partes a comentar las pruebas presentadas.”²⁵⁰.

Venezuela tiene sólidas pruebas que se fundamentan en títulos históricos y jurídicos que respaldan sus derechos sobre el territorio controvertido. Precisamente, de esos títulos se deduce que los más de 159.500 kilómetros cuadrados de territorio en disputa pertenecen a Venezuela.

El Laudo Arbitral de París de fecha 3 de octubre de 1899 que entregó al Reino Unido los territorios sobre los cuales Venezuela tenía legítimo derecho está afectado de múltiples vicios que afectan de nulidad dicha decisión. En concreto, el Laudo de París es nulo por haber violado el debido proceso; por haber incurrido en el vicio de exceso de poder; por haber decidido más allá de lo requerido al

²⁵⁰ *Ídem.*

Tribunal Arbitral y, en consecuencia, haber incurrido en el vicio de *ultra petita*; por carecer de motivación y por falta al deber de imparcialidad de los árbitros²⁵¹.

¿Cómo podrá la República Cooperativa de Guyana demostrar que el Laudo Arbitral de París no posee vicios que acarreen su nulidad?; ¿Cómo podrá demostrarse ante la CIJ que a Venezuela no le asisten los títulos históricos y jurídicos sobre esos territorios luego de analizar todo el material recabado por quienes se han dedicado a investigar el tema?

La CIJ no debería ignorar las graves violaciones del debido proceso; las erróneas interpretaciones del Tratado de Washington que conducen al vicio de exceso de poder; la ausencia de motivación de una decisión tan importante rompiendo con los principios reconocidos por el derecho internacional vigente para la época; una decisión que fue más allá de la controversia delimitada en el Tratado de Washington y que afectó los derechos de Brasil, un Estado no signatario del compromiso, incurriendo en el vicio de *ultra petita*; y la violación del deber de imparcialidad de los árbitros que consta en múltiples declaraciones y documentos vinculados con la disputa.

Hay que considerar que los aspectos probatorios de una controversia ante órganos jurisdiccionales internacionales tienen particularidades, una de ellas es la carga de la prueba. En efecto “*El concepto de carga de la prueba debe ser enfocado desde un ángulo diferente en el derecho internacional, pues ante la Corte Internacional de Justicia, -por ejemplo- los sujetos, actor y demandado, no siempre aparecen totalmente delineados, concretamente cuando se han sometido a la jurisdicción de la Corte por acuerdo entre ellos*”²⁵².

De manera que, en ocasiones, temas probatorios, como la carga de la prueba, no están perfectamente claros. La práctica de la CIJ ha sido la de considerar que la carga probatoria corresponde tanto al Estado demandante como al Estado demandado.

Debe tenerse en cuenta lo ocurrido en el caso Dinamarca contra Noruega relativo al Estatuto jurídico de la Groenlandia oriental que fue resuelto mediante sentencia de 5 de septiembre de 1933 por la CPJI. Ese fallo de la CPJI es

²⁵¹ Véase Rafael Badell Madrid, “La Nulidad del Laudo de París del 3 de octubre de 1899”, *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, número 165, Caracas, 2021, pp. 279-322.

²⁵² Alirio Abreu Burelli, “La prueba en los procesos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos” en Antônio Augusto Cançado Trindade (Coord.), *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI*, Tomo I, Segunda edición, Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, 2001. Disponible en: <http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/bitstream/handle/123456789/28023/la-prueba-en-los-procesos-ante-la-corte-interamericana-de-derechos-humanos.pdf?sequence=2&isAllowed=y>.

jurisprudencia vinculante para la CIJ por la continuidad que existió entre ambos órganos jurisdiccionales internacionales. En ese caso Noruega argumentó:

*“...que en los actos legislativos y administrativos del siglo XIII en los que Dinamarca se basa como prueba del ejercicio de su soberanía, la palabra “Groenlandia” no se utiliza en el sentido geográfico, sino que sólo significa las colonias o la zona colonizada en la costa occidental”*²⁵³.

Un cambio en el sentido que se otorga a la expresión “Groenlandia” constituye un argumento en el que, por su excepcionalidad, la carga de la prueba corresponde a la parte que lo alega:

*“Este es un punto en el que la carga de la prueba recae sobre Noruega. El significado geográfico de la palabra “Groenlandia”, es decir, el nombre que se utiliza habitualmente en los mapas para denominar a toda la isla, debe considerarse como el significado ordinario de la palabra. Si una de las partes alega que se le debe atribuir un significado inusual o excepcional, es esa parte la que debe demostrar su argumento”*²⁵⁴.

En el caso concreto de la República Cooperativa de Guyana contra Venezuela ante la CIJ, la carga de la prueba es un tema que debe analizarse cuidadosamente. Recordemos que Venezuela ha sostenido históricamente la nulidad del Laudo Arbitral de París y en el siglo XX emprendió una serie de gestiones diplomáticas que llevaron a la suscripción del Acuerdo de Ginebra de fecha 17 de febrero de 1966. El artículo 1 de dicho acuerdo reconoce la existencia de una contención por parte de Venezuela respecto de la nulidad de la decisión arbitral. En efecto:

“Se establece una Comisión Mixta con el encargo de buscar soluciones satisfactorias para el arreglo práctico de la controversia entre Venezuela y el Reino Unido surgida como consecuencia de la contención venezolana de que el Laudo arbitral de 1899 sobre la frontera entre Venezuela y Guayana Británica es nulo e írrito” (Resaltado añadido).

El reconocimiento en el Acuerdo de Ginebra de una contención contradice el argumento de la validez del Laudo Arbitral de París y supone que tal acto no ha sido aceptado por las partes como una solución definitiva de la controversia.

En consecuencia, si una parte alega la validez de un laudo que ha sido repudiado no sólo por Venezuela, sino por la prensa internacional y por quienes participaron en el procedimiento desde un día después de ser dictado, debe probar su validez.

²⁵³ Corte Permanente de Justicia Internacional, “Judgement about Legal Status of Eastern Greenland Denmark v. Norway” de fecha 5 de septiembre de 1933. Disponible en: http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1933.04.05_greenland.htm.

²⁵⁴ *Ídem.*

De manera que como es habitual en la práctica de la CIJ la carga de la prueba está repartida entre ambas partes, pudiendo ambas alegar y probar sus argumentos, tanto los relativos a la validez del laudo (República Cooperativa de Guyana), como los relativos a la nulidad del mismo (Venezuela).

Debemos tener en cuenta que de conformidad con el artículo 35 del Estatuto la CIJ tiene el deber de verificar que la demanda de la República Cooperativa de Guyana se encuentre debidamente fundamentada en cuanto a los hechos y en cuanto al derecho. De manera que la CIJ tendrá el deber de analizar todos los documentos disponibles y los estudios que se han realizado sobre la controversia antes de dictar sentencia. Sobre este deber de la CIJ volveremos en un punto posterior.

2.2.3.1. Pruebas referidas a la violación del debido proceso

El laudo arbitral de París es nulo por múltiples violaciones al Tratado de Washington de 1897 y al derecho internacional vigente para el momento. En primer lugar, es necesario enfatizar que conforme a los términos del Tratado de Washington y, en particular a los artículos III y IV, se trataba claramente de un arbitraje de derecho y, como tal, los árbitros debían respetar la letra y espíritu del Tratado de Washington; a la vez que estudiar, investigar y cerciorarse de los títulos de derecho de cada una de las partes y adminicularlos al derecho internacional del momento.

Sin embargo, el Tribunal Arbitral de París no investigó ni se cercioró de la legitimidad y legalidad de los títulos de Venezuela, todo lo contrario, los desechó en contravención del artículo III del tratado de arbitraje que establecía:

*“El Tribunal investigará y se cerciorará de la extensión de los territorios respectivamente, o que pudieran ser legalmente reclamados por aquellas o éste, al tiempo de la adquisición de la Colonia de la Guayana Británica por la Gran Bretaña, y determinará la línea divisoria entre los Estados Unidos de Venezuela y la Colonia de la Guayana Británica”*²⁵⁵. (Resaltado añadido)

La expresión *legalmente reclamados* suponía que para resolver la controversia los árbitros debían atenerse sólo a los títulos que las partes pudieran demostrar en derecho y decidir conforme a los principios de derecho internacional vigentes para el momento. Los árbitros tenían la obligación de analizar los títulos de las partes y considerar el derecho aplicable al momento de la controversia, teniendo en cuenta que el alcance de la misma se concretaba a los territorios que pudieran ser legalmente reclamados por las partes.

Por su parte, la obligación de *investigar y cerciorarse* suponía que los árbitros debían atender a los títulos de derecho de cada una de las partes y corroborar que efectivamente eran susceptibles de ser considerados como pruebas de sus

²⁵⁵ Héctor Faúndez Ledesma, *La competencia contenciosa...*, ob. cit., p. 337 (véase la nota 39).

pretensiones. Esta obligación se desprende también del artículo V del tratado conforme al cual los árbitros debían *examinar y decidir imparcial y cuidadosamente* las cuestiones que se les hayan sometido. En efecto, el artículo V del Tratado de Washington estableció:

*“Los Árbitros se reunirán en París dentro de los sesenta días después de la entrega de los argumentos impresos mencionados en el artículo VIII, y procederán a examinar y decidir imparcial y cuidadosamente las cuestiones que se les hayan sometido o se les presentaren, según aquí se estipula, por parte de los Gobiernos de los Estados Unidos de Venezuela y de Su Majestad Británica respectiva”*²⁵⁶ (Resaltado añadido).

De los artículos citados se desprenden dos obligaciones para los árbitros. En primer lugar, examinar las cuestiones que le hayan sido sometidas y, en segundo lugar, decidir sobre ellas, de manera imparcial y cuidadosa. Sin embargo, no fue así. Los árbitros decidieron con total arbitrariedad y sin tomar en cuenta ninguno de los títulos válidos de Venezuela. La prueba de ello, que Venezuela podría alegar ante la CIJ, consta en muchas fuentes documentales con las que queda claro que el tribunal no actuó conforme a derecho, sino en base a inclinaciones políticas.

El tribunal violó sus obligaciones cuando dejó de tomar en cuenta las pruebas más importantes de Venezuela, entre ellas, la carta de fecha 4 de marzo de 1842 de Henry Light, gobernador de la Colonia de Guayana Británica, dirigida a Lord Stanley, Ministro de Colonias. Esta era una prueba fundamental en favor de las pretensiones de Venezuela, por cuanto el gobernador expresó que el Reino Unido no tenía reclamación alguna sobre el río Amacuro, al oeste del río Barima. Con la carta quedó claro que incluso el gobernador Henry Light tenía serias dudas sobre la legitimidad de la segunda línea Schomburgk cuando escribió: *“Yo creo que el señor Schomburgk asume que el Amacuro es la frontera, solamente por razones de conveniencia”*²⁵⁷.

Con este documento se puso de manifiesto, no sólo la falta de interés de los ingleses en ocupar los territorios que abarcó la segunda línea Schomburgk, sino la inviabilidad de tales ocupaciones que, según el gobernador, *“sólo podrían ser ocupados a un costo de vidas y dinero que no lo haría conveniente”*²⁵⁸.

Ese documento no fue tomado en cuenta por el tribunal arbitral. Venezuela sabía de la existencia de esta carta, pero desconocía su contenido. En su momento, los representantes de Venezuela pidieron al tribunal que exigiera a los británicos que la revelaran, sin embargo, basados en supuestas *consideraciones de alta política* se negaron a hacerlo.

²⁵⁶ *Ibid.*, p. 338.

²⁵⁷ Cit. *ibid.*, pp. 166-167. Carta del 4 de marzo de 1842, de Henry Light, Gobernador de la colonia de Guyana Británica, a Lord Stanley, Ministro de Colonias inglés, Foreign Office, 80/108. Palabras traducidas por el autor citado.

²⁵⁸ *Ídem.*

Sólo se tuvo conocimiento de esa carta luego de que se abrieron los archivos confidenciales ingleses. En ese momento se descubrió el contenido de ese y otros documentos de gran valor probatorio que los árbitros dejaron de tomar en cuenta a pesar del deber que tenían de acuerdo con el artículo V del Tratado de Washington de “*examinar y decidir imparcial y cuidadosamente las cuestiones que se les hayan sometido o se les presentaren*”.

En el procedimiento en curso ante la CIJ Venezuela tendrá la oportunidad de llevar esa importante Carta del Gobernador Henry Light con la que se prueba que el Reino Unido no tenía ningún interés en el territorio Esequibo. Si esto se realiza, estaríamos haciendo valer los derechos que históricamente hemos tenido sobre el territorio en disputa. Estaríamos llevando ante el principal órgano judicial de la ONU un importante documento que no fue evaluado por el Tribunal Arbitral de París en 1899.

Otra violación grave de las obligaciones que el Tratado imponía a los árbitros está relacionada con la denominada primera línea Schomburgk de 1835 que no fue tomada en cuenta por los jueces. Esta primera línea de Schomburgk “*sólo se aparta de dicho río como a unas 45 millas aproximadamente de la costa, en la confluencia de los Ríos Mazaruni y Cuyuní con el Esequibo y desde ese punto forma una especie de bolsa, al oeste del Río Esequibo, hasta el punto de la costa donde desemboca el Río Moroco*”²⁵⁹. El tribunal arbitral, por el contrario, tomó en cuenta la línea expandida del mapa de Hebert de 1842, una línea sobre la cual existen importantes indicios de falsificación y alteración, a saber:

*“Venezuela tiene pruebas de que el Foreign Office británico no conoció esa línea hasta junio de 1886. Ya esto es más que un grave indicio de que se trataba de una reciente corrupción del mapa original que reposaba desde 1842 en el Colonial Office”*²⁶⁰.

De otra parte, tengamos en cuenta también la regla “c” del artículo IV, que determina además la aplicación del derecho internacional:

*“Los Árbitros podrán reconocer y hacer efectivos derechos y reivindicaciones que se apoyen en cualquier otro fundamento válido conforme al derecho internacional y en cualesquiera principios de derecho internacional que los Árbitros estimen aplicables al caso...”*²⁶¹.

De conformidad con lo establecido en los artículos citados, el arbitraje sería de derecho y, como tal, los árbitros debían respetar la letra del Tratado de Washington de 1897, estudiar, investigar y cerciorarse de los títulos de derecho de cada una de las partes y adminicularlo al derecho internacional del momento.

²⁵⁹ Carlos Sosa Rodríguez, *ob. cit.*, p. 122 (véase nota 126).

²⁶⁰ Hermann González Oropeza y Pablo Ojer, *ob. cit.*, p. 13 (véase nota 90).

²⁶¹ Héctor Faúndez Ledesma, *La competencia contenciosa...*, *ob. cit.*, p. 338.

Contrariamente a todo lo expuesto, los árbitros decidieron con total arbitrariedad, sin tomar en cuenta los títulos válidos de Venezuela y en abierta violación al debido proceso y al derecho aplicable para el momento.

Ese derecho internacional vigente al momento de resolver la controversia estuvo determinado por tres eventos de suma importancia que establecieron la modalidad y reglas de procedimiento del arbitraje internacional.

El primero, que ya hemos mencionado al tratar los antecedentes de la CIJ, fue el Tratado de Washington de 1871 relativo al conocido caso Alabama, que estableció las reglas para la solución de las reclamaciones con ocasión de los daños causados por el corsario Alabama en la Guerra de Secesión y la infracción del deber de neutralidad del Reino Unido. Este tratado arbitral fue determinante para la transición del arbitraje discrecional al arbitraje de derecho.

El segundo evento que sirvió para configurar el derecho internacional que debían aplicar los árbitros fue el Proyecto de Reglamento sobre Procedimiento Arbitral Internacional elaborado por el Instituto de Derecho Internacional en 1875. En este sentido es importante recordar las palabras de García-Velutini cuando indica que: “*El derecho natural ha jugado siempre un papel muy importante dentro del arbitraje y ha sido la fuente de existencia para la elaboración de un cuerpo de reglas, que determinan sus líneas generales*”²⁶².

Ese cuerpo de reglas, que se alimenta del derecho natural, se haya reunido en buena medida “*en el Proyecto de reglamento del Instituto de Derecho Internacional y también en el Convenio de La Haya de los años de 1875 y de 1899 respectivamente*”²⁶³.

Ese proyecto contuvo normas para la promoción del arbitraje internacional que recogían los principios del arbitraje para el momento. Tengamos en cuenta, por ejemplo, el artículo 18 del proyecto que estableció:

“*El tribunal arbitral juzgará según los principios del derecho internacional, a menos que el acuerdo le imponga normas diferentes o deje la decisión a la discreción de los árbitros*”²⁶⁴.

Es decir que, salvo pacto en contrario, no podían desconocerse los principios del derecho internacional vigentes vinculantes para las partes. En ninguna parte del Tratado de Washington se dispensó a los árbitros de la observancia de estos

²⁶² Oscar García-Velutini, *ob. cit.*, pp. 15-16 (véase la nota 189).

²⁶³ *Ídem*.

²⁶⁴ Instituto de Derecho Internacional, *Projet de règlement pour la procédure arbitrale internationale*, Session de La Haye, 1875, p. 5. Disponible en: https://www.idi-iiil.org/app/uploads/2017/06/1875_haye_01_fr.pdf. Texto original del artículo 18 del proyecto: “*Le tribunal arbitral juge selon les principes du droit international, à moins que le compromis ne lui impose des règles différentes ou ne remette la décision à la libre appréciation des arbitres*”. Traducción libre.

principios. Todo lo contrario, de la redacción del tratado se desprendió que debía analizarse y aplicarse el derecho, precisamente, el vigente para el momento y, dentro de ese derecho, los principios generales del derecho internacional.

Finalmente, el tercer y último asunto importante para la evolución del arbitraje en la época fue la Conferencia de La Haya organizada por el Zar Nicolás II, celebrada desde el 15 de mayo al 3 de julio de 1899. Esta fue la primera instancia formal en la que se discutieron las reglas de arbitraje.

En esta conferencia se trataron aspectos importantes sobre el arbitraje que se concretaron en la Convención para el Arreglo Pacífico de las Controversias Internacionales, principal resultado de aquella reunión²⁶⁵.

La importancia de la convención radica en efecto en que en ella se recogieron los principios generales de derecho internacional, hasta el momento difusos, y se sistematizaron las reglas que todo arbitraje debía cumplir. El fin de la convención quedó claro en el artículo I que disponía:

*“Con el fin de evitar en cuanto sea posible que los Estados recurran a la fuerza en sus relaciones recíprocas, las Potencias signatarias convienen en hacer uso de todos sus esfuerzos para asegurar el arreglo pacífico de las desavenencias internacionales”*²⁶⁶.

De allí que el arbitraje sea abordado por esta convención, por considerarse un mecanismo de derecho idóneo para la resolución de controversias internacionales. Esto quedó claro en el artículo 15 que estableció:

*“El arbitraje internacional tiene por objeto la solución de los litigios entre los Estados, por medio de jueces elegidos por los mismos y fundada en el respeto al derecho”*²⁶⁷. (Resaltado añadido).

Toda solución proveniente del arbitraje, salvo pacto en contrario, debía estar fundada en el derecho y no en consideraciones políticas. Es lo que ratificó luego el artículo 20:

²⁶⁵ Aurelio Bascuñán Montes, *Tratados aprobados en la Conferencia Internacional de La Haya*, Garnier Hermanos, París, 1900, pp. 11 y 18.

²⁶⁶ James Brown Scott (dir.), *The proceedings of the Hague Peace Conference*, elaborado por la Carnegie Endowment for International Peace en Washington, Oxford University Press, Nueva York, 1920, p. 236. Disponible en: https://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/HaguePeace-Conference_1899.pdf. Texto original del artículo: *“With a view to obviating, as far as possible, recourse to force in the relations between States, the signatory Powers agree to use their best efforts to ensure the pacific settlement of international differences”*. Traducción libre.

²⁶⁷ *Ibíd.*, p. 238. *“International arbitration has for its object the settlement of disputes between States by judges of their own choice and on the basis of respect for law”*.

*“Con el fin de facilitar el uso inmediato del arbitraje para las controversias internacionales que no hayan podido resolverse por la vía diplomática, las Potencias signatarias se comprometen a organizar un Tribunal permanente de arbitraje, accesible en cualquier tiempo y que funcione, salvo estipulación contraria de las Partes, conforme a las Reglas de procedimiento comprendido en la presente Convención”*²⁶⁸ (Resaltado añadido).

Esta disposición establece una clara distinción entre la solución de controversias a través de la vía diplomática y el arbitraje, el cual constituye un arreglo de derecho, cuando se refiere a la finalidad de facilitar el uso inmediato del arbitraje para las controversias internacionales que no hayan podido resolverse por la vía diplomática diferenciando claramente ambas vías, una política y otra jurídica.

La CIJ es la instancia más adecuada para reevaluar la interpretación y alcance del Tratado de Washington de 2 de febrero de 1897 en la actualidad. Así, Venezuela tendría la oportunidad de demostrar, como lo han hecho varios autores nacionales en sus valiosos trabajos, que el Tribunal Arbitral de París falló en cuanto a la determinación del derecho aplicable al fondo de la controversia, dejando de lado los principios que en ese momento orientaban la práctica del derecho internacional y, en especial, el arbitraje.

2.2.3.2. Pruebas en relación al vicio de exceso de poder

El Laudo Arbitral de París es nulo por haber incurrido en el vicio de exceso de poder, cuando aplicó erróneamente la regla de la prescripción en favor de Gran Bretaña, con lo que violó el artículo IV del tratado de arbitraje que estableció que:

*“Una posesión adversa o prescripción por el termino de cincuenta años constituirá un buen título. Los árbitros podrán estimar que la dominación política exclusiva de un Distrito, así como la efectiva colonización de él son suficientes para constituir una posesión adversa o crear títulos de prescripción”*²⁶⁹.

Dicha regla fue negociada por Richard Olney y Julián Pauncefote, Embajador de Inglaterra en Washington, a espaldas del Ministro José Andrade, que fue excluido poco a poco de las conversaciones para negociar los términos del tratado de Washington.

²⁶⁸ *Ibíd.*, p. 239. “With the object of facilitating an immediate recourse to arbitration for international differences which it has not been possible to settle by diplomacy, the signatory Powers undertake to organize a Permanent Court of Arbitration, accessible at all times and operating, unless otherwise stipulated by the parties, in accordance with the rules of procedure inserted in the present Convention”.

²⁶⁹ Héctor Faúndez Ledesma, *La competencia contenciosa...*, ob. cit., p. 337.

En efecto, se hizo creer a Venezuela, a través del ministro José Andrade, por explicación del Secretario de Estado de los EEUU, Richard Olney, que la mencionada regla de prescripción sería aplicada solamente a ocupaciones efectivas anteriores a 1814 y que se refería sólo a un territorio muy pequeño entre los ríos Pomaron, Moruco y Esequibo. De ser así ningún derecho tendría Gran Bretaña.

Sin embargo, para los ingleses la cláusula de prescripción sería aplicable a todas las ocupaciones ocurridas cincuenta años antes de la fecha en la que se firmó el Tratado de Washington, es decir, de 1897 hacia atrás. No se trataba en todo caso de un territorio pequeño como se hizo creer al representante de Venezuela.

Esta desviada interpretación de la regla de prescripción fue la que se impuso, aun cuando era contraria a lo que las partes habían pactado mediante el tratado de noviembre de 1850, que tenía como finalidad que ambas partes no siguieran extendiendo sus pretensiones mediante la usurpación indebida de territorios controvertidos.

Es curioso además -y también fue oportuno para Inglaterra- que se estableciera una prescripción cincuentenaria que permitiría adquirir muchos más territorios en lugar de fijar, al menos, una prescripción centenaria que era más acorde con los principios del derecho internacional pero que, de otra parte, resultaba menos beneficiosa para los ingleses por cuanto les impediría obtener un territorio tan vasto.

Tengamos en cuenta también que, para aplicar esta regla, el Reino Unido tenía que probar que ocupaba esos territorios en forma pacífica y permanente. Esto nunca sucedió y el tribunal arbitral nada dijo al respecto. Venezuela tiene la posibilidad de denunciar esto ante la CIJ en su contramemoria, dejando claro que el Laudo Arbitral de París fue dictado en violación de lo establecido en el Tratado de Washington cuando el tribunal arbitral decidió simplemente presumir la ocupación pacífica y permanente del Reino Unido, sin atender a ningún tipo de prueba.

De acuerdo a esa errónea interpretación se impuso el principio del *uti possidetis facti* sobre el *uti possidetis iuris*, verdadero eje del problema²⁷⁰. Esto se hizo, bajo el argumento de que el *uti possidetis iuris*, por ser un principio de derecho internacional americano, sólo era aplicable entre los Estados de la región bajo conquista.

De manera que Gran Bretaña, al no ser parte de los Estados bajo dominio colonial, sostuvo que este principio no tenía ninguna aplicación en el caso. La aplicación del *uti possidetis iuris* habría beneficiado a Venezuela por cuanto había adquirido, según este principio, todos los territorios que pertenecían a la Capitanía

²⁷⁰ Véase Isidro Morales Paúl, "Análisis crítico del problema fronterizo «Venezuela-Gran Bretaña»", *ob. cit.*, p. 192 (véase la nota 86).

General de Venezuela desde 1777. El principio americano del *uti possidetis iuris* tiene una relación estrecha con nuestra tradición constitucional como nación que estuvo bajo la influencia española. Es un acto abiertamente contrario a derecho desconocer este principio jurídico, beneficiando exclusivamente al Reino Unido, quien carece de títulos jurídicos sobre el territorio en disputa.

La CIJ es la instancia adecuada para que Venezuela exprese su visión sobre este asunto y convenza a los magistrados de que una decisión ajustada a derecho implica la valoración de este principio, presente en todas nuestras constituciones.

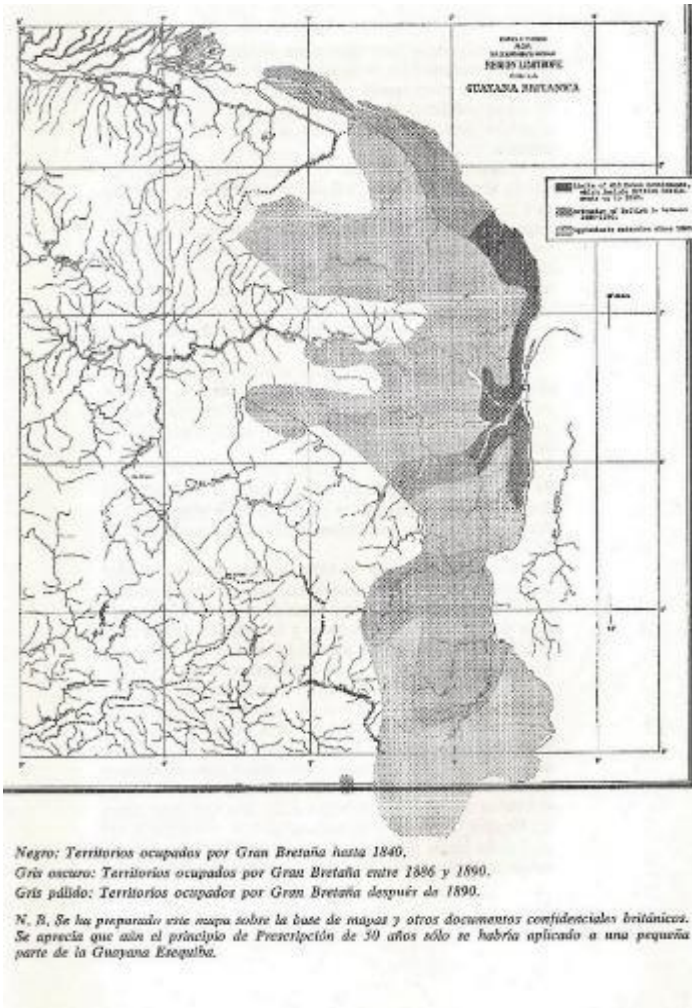
Pero, incluso, aplicando la regla de prescripción de esa forma incorrecta, de ella no se deduce la posibilidad de otorgar el enorme territorio que se adjudicó a Gran Bretaña. En efecto, está demostrado en el mapa incluido en el informe de los jesuitas Hermann González y Pablo Ojer que el territorio que podía adquirir Inglaterra mediante la regla de prescripción si no existieran los títulos jurídicos de Venezuela, como en efecto los hay-era mucho menor al que el laudo le adjudicó finalmente. El Laudo estableció que la línea de demarcación entre los Estados Unidos de Venezuela y la Guayana Británica es como sigue:

“Principiando en la Costa a la Punta Playa la línea de demarcación correrá por línea recta a la confluencia del Río Barima con el Río Mururuma, y continuará por el medio de la corriente de este Río hasta su fuente, y de este punto a la unión del Río Haiowa con el Amacuro, y continuará por el medio de la corriente del Amacuro hasta su fuente en la Sierra Imataca, y de allí al Sudoeste por la cima más alta del Espolón de la Sierra Imataca hasta el punto más elevado de la Cordillera Principal, al Sudeste, hasta la fuente del Acarabisi, y de este punto continuará por el medio de la corriente de este Río hasta el Cuyuní, y de allí correrá por la orilla septentrional del Río Cuyuní al Oeste hasta su confluencia en el Wenamu, y de este punto seguirá el medio de la corriente del Wenamu hasta su fuente más occidental, y de este punto por línea recta a la cumbre del Monte Roraima, y del Monte Roraima a la Fuente del Cotinga, y continuará por el medio de la corriente de este Río hasta su unión con el Takutu, y seguirá el medio de la corriente del Takutu hasta su fuente, y de este punto por línea recta al punto más occidental de la Sierra Akarai, continuará por la cúspide de la Sierra Akarai hasta la fuente del Corentín llamado Río Cutari. Queda siempre entendido que la línea de demarcación establecida por este fallo existe sin perjuicio y con reserva de cualquier cuestión que ahora exista o que ocurriese para determinación entre los Estados Unidos de Venezuela y la República del Brasil o entre esta República y el Gobierno de Su Majestad”²⁷¹.

En el mapa -extraído del informe que realizaron los jesuitas Hermann González y Pablo Ojer publicado en 1967- tomando como base los documentos confidenciales británicos, se observa claramente cuáles fueron los territorios

²⁷¹ Héctor Faúndez Ledesma, *La competencia contenciosa...*, ob. cit., pp. 342-343.

ocupados por los ingleses para 1840 (negro), entre 1886 y 1890 (gris oscuro) y después de 1890 (gris claro)²⁷².



Nótese que el territorio reflejado en el mapa es considerablemente inferior al que se adjudicó a Inglaterra con el laudo, pues, incluso en la peor de las interpretaciones eran estos los territorios a los que podría haberse aplicado la regla de la prescripción, en ausencia de títulos jurídicos que no era el caso.

Por ello el laudo arbitral de París aplicó erróneamente la regla de prescripción en favor de Gran Bretaña, con lo que violó el artículo IV del tratado de arbitraje y, en consecuencia, incurrió en el vicio de exceso de poder.

²⁷² Hermann González Oropeza y Pablo Ojer Celigueta, *ob. cit.*, p. 15.

Este mapa se une al resto de evidencias que comprueban que el Laudo de París no fue una decisión arbitral, pero sí arbitraria. Nunca hemos estado ante un órgano tan importante dedicado exclusivamente a resolver el tema de la nulidad del laudo como lo es la CIJ. Llevar todas las pruebas que tiene Venezuela respecto del vicio exceso de poder, que por cierto es uno de los más graves, ayudaría a los notables magistrados a tener una mejor comprensión de la injusticia histórica de la que fuimos víctimas.

2.2.3.3. Pruebas relacionadas con el vicio de *ultra petita*

Es claro que conforme al artículo I del Tratado de Washington el tribunal arbitral tenía la sola misión de “*determinar la línea divisoria entre los Estados Unidos de Venezuela y la Colonia de la Guayana Británica*”²⁷³. Asimismo, de acuerdo al artículo III, que ya hemos citado varias veces -por cuanto fue violado de varias maneras- el tribunal debía investigar y cerciorarse de la extensión de los territorios respectivamente, o que pudieran ser legalmente reclamados y debía determinar la línea divisoria entre los Estados Unidos de Venezuela y la Colonia de la Guayana Británica.

Es pertinente ratificar la consideración muy básica y elemental de que en los arbitrajes internacionales existen límites que deben observar los árbitros. El primero es el deber de atenerse al objeto de la controversia establecido en el tratado, lo cual limita la competencia del tribunal y, el segundo, que el tribunal no puede pronunciarse sobre aspectos que puedan involucrar a otros Estados no signatarios del compromiso.

El Laudo Arbitral de París de 1899 es nulo por la inobservancia por parte de los árbitros de estos límites y, en consecuencia, por haber incurrido en el vicio de *ultra petita*. Se incurrió en el vicio de *ultra petita* por cuanto decidió sobre el régimen de navegación en los ríos Barima y Amacuro que nada tenía que ver con el objeto de la controversia delimitado en el tratado.

De otra parte, se involucró y afectó con la decisión a Estados que no suscribieron el tratado de arbitraje, pronunciándose sobre cuestiones limítrofes que no eran discutidas en ese momento, como la frontera entre la Colonia de Guayana Británica y Brasil.

En efecto, el tribunal ignoró el límite objetivo cuando se pronunció sobre el régimen de vías fluviales y dotó de carácter internacional las actividades de navegación en el río Barima y el río Amacuro, cuestión que no tenía cabida alguna en el tratado. Además, lo ignoró cuando se pronunció sobre las tasas aduaneras entre los Estados en disputa, a saber:

²⁷³ Héctor Faúndez Ledesma, *La competencia contenciosa...*, ob. cit., p. 336.

“Al fijar la mencionada línea de demarcación los Árbitros consideran y deciden que, en tiempo de paz, los ríos Amacuro y Barima quedarán abiertos a la navegación de los buques de comercio de todas las naciones, salvo todo justo reglamento y el pago de derecho de fano u otros análogos, a condición que los derechos exigidos por la República de Venezuela y por el Gobierno de la Colonia de la Guayana Británica con respecto del tránsito de buques por las partes de dichos ríos que respectivamente les pertenecen, se fijen a la misma tasa para los buques de Venezuela y los de la Gran Bretaña, la cual no excederá a la que se exija de cualquiera otra nación. Queda también entendido que ningún derecho de aduana podrá ser exigido, ya por la República de Venezuela, ya por la colonia de la Guayana Británica, con respecto de mercaderías transportadas en los buques, navíos o botes pasando por dichos ríos, pero los derechos de aduana serán exigibles solamente con respecto de las mercaderías desembarcadas respectivamente en el territorio de Venezuela y en el de la Gran Bretaña”²⁷⁴.

Conforme con lo anterior, el laudo violó también el límite subjetivo al afectar Estados que no habían suscrito el tratado arbitral, por cuanto definió los límites de la Colonia Británica de Guayana con respecto a Brasil y Surinam. El laudo de París afectó a Brasil cuando adjudicó a Inglaterra el límite de los ríos Cotinga y Takutu, territorios que eran objeto de disputa entre Gran Bretaña y Brasil. En efecto, el laudo señaló cuando determinó la frontera:

“...y del Monte Roraima a la Fuente del Cotinga, y continuará por el medio de la corriente de este Río hasta su unión con el Takutu, y seguirá el medio de la corriente del Takutu hasta su fuente, y de este punto por línea recta al punto más occidental de la Sierra Akarai...”²⁷⁵

De hecho, cuando se firmó el Tratado de Washington en 1897 Brasil anticipó los posibles efectos que podrían tener lugar con el laudo. Antes de ser dictado el laudo arbitral de París de 1899, el gobierno del Brasil presentó una protesta contra la redacción del Tratado de Arbitraje de 1897, específicamente sobre la generalidad del artículo III, tras considerar que su contenido era propenso a comprometer negativamente los derechos del Brasil en su litigio territorial con los británicos.

La protesta brasileña fue enviada al presidente del tribunal arbitral y también al gobierno británico y venezolano. De forma que el laudo arbitral de París desmejoró la situación del Brasil al adjudicarle a la Gran Bretaña tierras que estas dos naciones discutían, ocasionando protestas formales de la Cancillería de Brasil.

En efecto, las consideraciones que Brasil hizo fueron correctas. Así lo corrobora el contenido de la Circular del Ministerio de Relaciones Exteriores de

²⁷⁴ *Ibíd.*, p. 343.

²⁷⁵ *Ibíd.*, p. 342.

Brasil a las Misiones Diplomáticas brasileñas de fecha 7 de diciembre de 1899 en Río de Janeiro. En aquel documento se expresaba claramente la afectación y perplejidad que causó el laudo a Brasil.

Se trata de una decisión que fijó como frontera entre los Estados Unidos de Venezuela y Gran Bretaña el límite de los ríos Cotinga y Takutú, que eran objeto de litigio entre Inglaterra y Brasil²⁷⁶. Esta violación de los límites de la controversia supuso que el territorio venezolano se extendiera hasta territorios brasileños, incluyendo las vertientes meridionales de la sierra Aracay objeto de litigio entre Brasil y Francia²⁷⁷.

Expresa la circular que con el laudo se violó el principio de derecho internacional según el cual las sentencias arbitrales sólo pueden decidir sobre la base de lo que ha sido pactado en el tratado de arbitraje. Tanto para Venezuela como para Inglaterra era imposible acordar que su frontera pasara por los ríos Cotinga y Takutú, menos por la sierra de Aracay. En efecto: *“Venezuela no podría, porque su límite con Brasil está estipulado en el Tratado de 5 de mayo de 1859 y excluye aquellas regiones, Gran Bretaña no podría, porque aquel límite es el objeto del litigio que ella va a someter a arbitraje con Brasil”*²⁷⁸.

Finalmente, la circular señaló que el tribunal arbitral de París con su decisión excedió los límites de la competencia fijada en el Tratado de Washington, incurriendo en el vicio de *ultra petita* cuando se pronunció sobre cuestiones *“no reclamadas ni por Venezuela ni por Gran Bretaña, atribuyendo a Venezuela la región amazónica que ella no disputa a Brasil y atribuyendo a la Guyana Británica aun contra Venezuela, solamente la línea Schomburgk en la parte reclamada contra Brasil”*²⁷⁹.

Con relación a ello, en 1938 -hace más de ochenta años- el académico Dr. Carlos Álamo Ybarra señaló que el laudo desmejoró *“la situación del Brasil al adjudicarle a la Gran Bretaña tierras que estas dos naciones discutían, lo cual engendró protestas de la Cancillería de Río de Janeiro, significadas en París y Londres”*²⁸⁰.

Además, al afectar con la decisión a Estados que no habían suscrito el compromiso arbitral, ésta violó un principio fundamental en materia de derecho arbitral internacional, la relatividad de los laudos. Dicho principio, derivado de la

²⁷⁶ Elbano Provenzali Heredia, “Cronología de una solidaridad. Documentos brasileños revelan los derechos de Venezuela sobre la Guyana Esequiba”, *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, número 93-94, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 1983, pp. 76-77.

²⁷⁷ *Ídem.*

²⁷⁸ *Ídem.*

²⁷⁹ *Ídem.*

²⁸⁰ Carlos Álamo Ybarra, *ob. cit.*, p. 87 (véase nota 108).

naturaleza contractual del arbitraje, es la traducción del principio de relatividad de los contratos, de origen civilista, al campo del arbitraje internacional. Según este principio, además de los límites objetivos de la controversia -no ir más allá de la materia controvertida- existen límites subjetivos -no afectar con la decisión a sujetos no involucrados en el litigio- y con el laudo de París ambos límites fueron transgredidos.

El hecho de ignorar las reglas del Tratado de Washington decidiendo asuntos sobre los cuales no tenía competencia alguna, “*constituyen en sí mismos nuevas causas de nulidad de la sentencia*”²⁸¹. Así, es claro que al incurrir en el vicio de exceso de poder y, concretamente, en el vicio de *ultra petita*, el laudo arbitral es un acto nulo. La comprobación de este vicio pasa por llevar ante los magistrados de la CIJ, como lo requiere también la demostración de los demás vicios, el texto del Tratado de Washington del 2 de febrero de 1897. Los magistrados deberán establecer cuál era el verdadero alcance del tratado, esto es, determinar cuáles eran los poderes que las partes signatarias del compromiso habían otorgado a los árbitros.

2.2.3.4. Pruebas en relación a la falta de motivación

La falta de motivación queda demostrada con el propio texto del laudo. No contiene otra prueba más que los exiguos términos del laudo. El Tratado de Washington de 1897 y los principios generales del derecho internacional exigían, como presupuesto de validez del laudo, que éste fuera dictado con arreglo a derecho. Esto suponía incluir en la decisión la necesaria y suficiente motivación que permitiera conocer a las partes la valoración de los árbitros respecto de cada uno de los títulos jurídicos presentados y la explicación razonada de porqué decidieron de la forma como lo hicieron.

El deber de motivación se desprende, en primer lugar, del artículo III del Tratado de Washington que estableció que el tribunal “*investigará y se cerciorará de la extensión de los territorios respectivamente, o que pudieran ser legalmente reclamados por las partes*”²⁸². Si el tribunal tenía la obligación de atender a los fundamentos legales de los títulos de cada una de las partes, entonces debía dar cuenta de cómo lo había hecho.

Además, para el momento de la decisión era ya un principio de derecho internacional que en los arbitrajes de derecho los laudos debían ser motivados. Así quedó plasmado con el precedente de las reclamaciones del Alabama, donde los árbitros elaboraron un laudo que explicó con detalles el razonamiento detrás de la decisión que tomaron.

²⁸¹ Hermann González Oropeza y Pablo Ojer Celigueta, *ob. cit.*, p. 16 (véase nota 90).

²⁸² Héctor Faúndez Ledesma, *La competencia contenciosa...*, *ob. cit.*, p. 337 (véase la nota 39).

El deber de motivación también fue recogido en el Proyecto de Reglamento sobre Procedimiento Arbitral Internacional de 1875 elaborado por el Instituto de Derecho Internacional, en su artículo 23, conforme al cual:

*“El laudo arbitral será por escrito y estará motivado, salvo que el convenio arbitral disponga otra cosa. Deberá ser firmado por cada miembro del tribunal arbitral. Si una minoría se niega a firmar, bastará la firma de la mayoría, junto con una declaración escrita de que la minoría se ha negado a firmar”*²⁸³ (Resaltado añadido).

Esta disposición pone de manifiesto la importancia de la motivación según los principios del derecho internacional para el momento de la disputa, que sólo era dispensable en los casos en que las partes así lo convinieran. Pero en el arbitraje de París, las partes jamás relevaron a los árbitros del deber de motivar.

Era claro que, para el momento de la controversia la motivación era una exigencia de la costumbre -fuente de derecho internacional-lo cual se recoge en el artículo 52 de la Convención para el Arreglo Pacífico de los Conflictos Internacionales, principal resultado de la Convención de La Haya de 1899, el cual estableció:

*“La sentencia arbitral, aceptada por la mayoría de los votos, deberá estar motivada. Se redactará por escrito y la firmará cada uno de los miembros del Tribunal. Los miembros que hayan quedado en minoría pueden, al firmar, hacer constar su disenso”*²⁸⁴.

El deber de motivación definitivamente se impuso en el artículo 52 de la Convención para el Arreglo Pacífico de Controversias Internacionales emanada de la misma convención. Los árbitros, que eran todos juristas reconocidos y de dilatada experiencia en materia de derecho internacional y, en especial, de arbitraje, sabían de la vigencia de esos principios de derecho internacional.

Venezuela tiene ahora una buena oportunidad ante la CIJ de establecer todos estos hechos que son determinantes para entender que el Presidente del Tribunal Arbitral, el jurista ruso Federico de Martens conocía muy bien el deber de

²⁸³ Instituto de Derecho Internacional, *Projet de règlement pour la procédure arbitrale internationale*, Session de La Haye, 1875, p. 5. Texto original del artículo: “La sentence arbitrale doit être rédigée par écrit et contenir un exposé des motifs sauf dispense stipulée par le compromis. Elle doit être signée par chacun des membres du tribunal arbitral. Si une minorité refuse de signer, la signature de la majorité suffit, avec déclaration écrite que la minorité a refusé de signer”.

²⁸⁴ James Brown Scott (dir.), *ob. cit.*, p. 244. Texto original del artículo: “The award, given by a majority of votes, must state the reasons on which it is based. It is drawn up in writing and signed by each member of the tribunal. Those members who are in the minority may record their dissent when signing”.

motivación de los laudos arbitrales, y si no lo conocían sería irrelevante en cuanto a la validez del laudo, desde que se trata de un requisito que en derecho debe cumplir la decisión arbitral so pena de nulidad.

Sin embargo, lo cierto es que los representantes de Venezuela ante la CIJ pueden alegar y probar todos los hechos de los que se deduce la omisión dolosa del deber de motivación. Ello incluye, desde luego, invocar el precedente del ya mencionado caso del Costa Rica Packet, donde el jurista ruso Federico de Martens cumplió el deber de motivar el laudo.

En todo caso la ausencia de motivación es *per se* causa de nulidad del laudo. La principal consecuencia de alegar y probar estos hechos relativos a la falta de motivación ante la CIJ sería establecer la nulidad del Laudo Arbitral de París por no atender al derecho aplicable que se desprendía de los principios generales del derecho internacional.

Estos principios vinculaban a las partes y hacían nacer en los árbitros la obligación de resolver la controversia con arreglo a derecho y no en forma arbitraria. Hoy, los representantes de Guyana en la CIJ tratan de justificar la inmotivación del laudo expresando que:

*“A la luz de la publicación de voluminosas actas de las alegaciones de las partes y de las copiosas pruebas presentadas al Tribunal Arbitral, y de acuerdo con la práctica de la época, el propio laudo fue sucinto”*²⁸⁵.

Que se hayan publicado voluminosas actas no libera a los jueces de la obligación de motivar la decisión. Ni la obligación derivada del precitado artículo III del Tratado de Washington que implicaba tomar en cuenta todas las pruebas que constaban en el expediente. Es poco el valor de esas *voluminosas actas* y de aquellas *copiosas pruebas* cuando la documentación más contundente, que favorecía a Venezuela y que incluía comunicaciones, notas diplomáticas, tratados y mapas fueron pruebas ignoradas o silenciadas por el Tribunal Arbitral de París.

En verdad el laudo no fue sucinto ni tiene una motivación insuficiente, sencillamente no tiene motivación alguna. No se deduce de él cuál fue la consideración para decidir.

Si el tribunal arbitral consideró como título la cesión de Holanda a Inglaterra mediante el Tratado de Londres de 1814, tuvo entonces que haber señalado cómo llegó a esa conclusión y exponer cuál fue la valoración de la prueba que realizó.

²⁸⁵ International Court of Justice, Memorial of Guyana, Volume I, in the case concerning to the Arbitral Award of 3 October 1899, 19 de noviembre de 2018. *“In light of the publication of voluminous records of the arguments of the parties and the copious evidence presented to the Arbitral Tribunal, and in line with practice at the time, the Award itself was succinct”*, p. 9.

Como afirma Faúndez Ledesma, de conformidad con el artículo IV del Tratado: “...había tres opciones para adjudicar todo o parte del territorio en disputa a una de las partes en litigio, era natural y obvio que habría que indicar a partir de cuál de esas reglas se había llegado a esa decisión, y porqué”²⁸⁶.

La primera opción era mediante la aplicación de la regla “a” del artículo IV que estableció la posesión adversa o prescripción, que hemos analizado ya; la segunda posibilidad era mediante la aplicación de la regla “b” del artículo IV según la cual los árbitros podían “reconocer y hacer efectivos derechos y reivindicaciones que se apoyen en cualquier otro fundamento válido conforme al derecho internacional”²⁸⁷ o principios del derecho internacional siempre que no contravinieran la regla de la prescripción; la tercera y última solo podía darse en caso de ocupación por parte de súbditos en el territorio de la otra parte, otorgando a tales ocupaciones “el efecto que, en opinión del Tribunal, requieran la razón, la justicia, los principios del derecho internacional y la equidad del caso”²⁸⁸.

La representación de Venezuela ante la CIJ deberá demostrar que la aplicación de las reglas del Tratado de Washington debía ser razonada en el laudo para que las partes conocieran los verdaderos motivos de la decisión. Venezuela podrá invocar ante la CIJ las reacciones de la prensa internacional luego de dictarse el Laudo Arbitral de París. A este respecto tengamos en cuenta lo escrito en el diario *La Voce della Verità* en fecha 29 de octubre de 1899, poco tiempo después de conocerse el contenido del laudo:

*“La Comisión, de hecho no tomó en cuenta los argumentos de las dos partes. No juzgó sobre la base de los derechos, sino que arbitrariamente trazó lo que había de ser un compromiso, el cual, sin embargo, concede la mayor parte al más fuerte. En efecto, a Inglaterra le otorgaron cinco sextas partes y a Venezuela sólo una sexta parte, pero el tribunal no se tomó la molestia de explicar sobre qué bases jurídicas se apoyaba esa partición”*²⁸⁹.

Venezuela deberá exponer y ampliar el desarrollo respecto del vicio de inmotivación que ha construido la doctrina venezolana desde el siglo pasado y probar de esta manera que los árbitros ignoraron este deber y dictaron una sentencia en la que se establece el límite entre dos Estados sin justificación legal alguna; cuestión que vicia la decisión y la hace nula.

²⁸⁶ Héctor Faúndez Ledesma, *La competencia contenciosa...*, *ob. cit.*, p. 115.

²⁸⁷ *Ibíd.*, p. 337.

²⁸⁸ *Ibíd.*, p. 338.

²⁸⁹ Véase en Hermann González Oropeza y Pablo Ojer Celigueta, *ob. cit.*, p. 52.

2.2.3.5. Pruebas referidas a la falta al deber de imparcialidad

El Laudo Arbitral de París es nulo, además, porque violó principios de derecho internacional al haber faltado los árbitros al deber de neutralidad e imparcialidad, desde que al menos el Presidente del Tribunal Arbitral, Federico de Martens, actuó abiertamente de manera parcializada.

Hay muchas pruebas que evidencian que Federico de Martens manipuló y coaccionó a los demás árbitros para obtener una decisión unánime, convirtiendo un laudo de derecho en un arreglo político. Es un hecho que el ruso ejerció presiones indebidas sobre el resto de los árbitros.

Los principios del derecho internacional en materia de arbitraje, vinculantes todos, exigían que en la composición de los tribunales arbitrales se tomara en cuenta un elemento indispensable, la imparcialidad e independencia de los árbitros.

El Tratado de Washington de 1897 en su artículo II, estableció la forma en la que se designarían los árbitros. El tribunal estaría compuesto por un total de cinco juristas, dos seleccionados “por Venezuela”, cuando en verdad, de antemano, fue el tratado el que estableció quienes serían nombrados “*uno por el Presidente de los Estados Unidos de Venezuela, a saber, el Honorable Melville Weston Fuller, Justicia Mayor de los Estados Unidos de América, y uno por los Justicia de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, a saber, el Honorable David Josiah Brewer, Justicia de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América*”²⁹⁰.

Los otros dos seleccionados por los miembros de la comisión judicial del Consejo Privado de la reina Victoria, que fueron los juristas Lord Russell of Killowen y Sir Richard Henn Collins. El Presidente del Tribunal Arbitral sería un quinto jurista seleccionado por los otros cuatro árbitros²⁹¹.

De conformidad con esta disposición del tratado, el Presidente del Tribunal Arbitral, elegido por los árbitros ingleses y estadounidenses, fue el ruso Federico de Martens, reconocido jurista con amplia experiencia en materia de arbitraje, pero quien lamentablemente procedió con parcialidad y sin atenerse a la aplicación del derecho como correspondía a sus funciones arbitrales.

Venezuela debe ratificar ante la CIJ lo establecido en el artículo V del Tratado de Washington, por cuanto de allí es que se deriva el deber de imparcialidad según el cual los árbitros tenían que “*examinar y decidir imparcial y cuidadosamente*” las cuestiones sometidas a su decisión.

²⁹⁰ Héctor Faúndez Ledesma, *La competencia contenciosa...*, ob. cit., pp. 336-337.

²⁹¹ *Ídem.*

La máxima de derecho internacional según la cual se impone el deber de imparcialidad e independencia de los árbitros constaba asimismo en el precedente del artículo I del Tratado de Washington de 1871 relativo al caso Alabama, según el cual las partes elegirían un árbitro cada una, mientras que los otros tres serían árbitros extraños a la controversia lo que suponía una mayor garantía de imparcialidad. Además, el artículo II del mismo tratado de 1871 estableció la obligación de los árbitros de examinar y decidir imparcial y cuidadosamente el asunto objeto de la controversia.

Sin embargo, contrariamente a lo establecido en el Tratado de Washington de 1897 y de los principios vigentes en materia de arbitraje internacional, la imparcialidad del jurista ruso Federico de Martens fue dudosa desde el comienzo, dado que éste era un funcionario activo de su país y ello asomaba la posibilidad de que estuviera influenciado por los intereses de su nación, más que por la idea de la imparcialidad, como lo señaló el Dr. Marcos Falcón Briceño al indicar que: *“al mismo tiempo que es elegido Presidente del Tribunal Arbitral, está asistiendo como Delegado de Rusia a las sesiones de la Primera Conferencia Internacional de la Paz. Una conferencia importante porque allí se establecen reglas sobre el arbitraje”*²⁹².

Con esta cita se evidencian dos cosas. De una parte, Federico de Martens era representante de Rusia y actuaba movido por intereses políticos y, de otra parte, queda claro que había participado en la Conferencia de La Haya de 1899 y que conocía todo lo que allí se discutió. El Dr. Marcos Falcón Briceño observa también que *“en el fondo de De Martens había más que todo un hombre práctico, como él mismo decía, un político, de manera que, y es natural, siendo un funcionario del imperio ruso, su pensamiento político estuviera vinculado desde luego al pensamiento y a los intereses políticos de Rusia”*²⁹³.

Llama la atención que, al ser una figura tan relevante en el foro arbitral internacional, se conocían no sólo sus visiones políticas, sino también sus criterios sobre asuntos controversiales relacionados con el arbitraje, lo que pudo haber inclinado a los ingleses a elegirlo porque tenía una visión política del arbitraje y, además, sostenía, muy convenientemente para el Reino Unido, la tesis de que los laudos no requerían ser motivados. La visión que tenía el jurista ruso Federico de Martens respecto de la motivación de las decisiones arbitrales sería reflejada en el laudo de París en 1899 carente de motivación.

Además, Federico de Martens tenía una visión colonialista de las relaciones internacionales. Para él, las potencias eran superiores a los pueblos salvajes o bárbaros, como llamaba a los países menos desarrollados.

²⁹² *Ídem.*

²⁹³ Marcos Falcón Briceño, “Orígenes de la actual reclamación de la Guayana Esequiba”, *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, número 91, Caracas, 1983. p. 48.

Esta consideración fue la que le llevó a favorecer al Reino Unido en el arbitraje de París. Esta posición supremacista quedó plasmada en una de sus obras en la que expresó lo siguiente: “*Sin embargo, cabe preguntarse cuál de estas dos opiniones, tan divergentes en sus puntos de partida y tan coherentes en sus conclusiones finales, es la verdadera. ¿Es realmente cierto que una lucha entre Rusia e Inglaterra a orillas del Indo es una necesidad absoluta y una fatalidad implacable? ¿Están estas dos grandes potencias civilizadas real e inevitablemente obligadas por alguna ley inmutable a dar a los pueblos salvajes de Asia el triste espectáculo de una lucha amarga y despiadada? ¿Es digno de la civilización europea, de la que Inglaterra y Rusia son los únicos representantes en Asia Central, evocar los instintos pervertidos de las hordas asiáticas y aprovecharse del odio salvaje que estos bárbaros sienten hacia todas las naciones cristianas y civilizadas? ¿Se ha reflexionado seriamente sobre esta cuestión?: quién se beneficiará, en última instancia, de esta lucha entre Inglaterra y Rusia; ¿cuál de estas dos potencias, victoriosas en los campos de batalla, estará en condiciones de mantener bajo su dominio a todas las naciones asiáticas y a todas las tribus salvajes y saqueadoras a cuya ayuda debe su éxito?*”²⁹⁴.

También es un hecho conocido que Federico de Martens tenía ciertas afinidades con Gran Bretaña al margen de su visión de las relaciones internacionales. Ciertamente, tenía entre sus credenciales, además de haber ejercido la docencia por treinta años en la Universidad de San Petersburgo, era profesor emérito y L.L.D de las universidades de Cambridge y Edimburgo²⁹⁵. Dichas credenciales constan no sólo en la parte inicial del Laudo Arbitral de París, también están en el preámbulo del caso Costa Rica Packet, al que hemos aludido en líneas anteriores²⁹⁶.

Venezuela posee documentos, comunicaciones y notas de prensa que demuestran que se trató de una componenda. Venezuela deberá promover todos estos elementos de convicción ante la CIJ, especialmente este importante informe que reúne sistemáticamente todas las pruebas de que Venezuela fue objeto de una grave injusticia. Algunos extractos de estos documentos son:

1. La señora Caroline Harrison, esposa del presidente Benjamin Harrison en su diario, fechado del 3 de octubre de 1899, afirmaba, refiriéndose a Inglaterra:

²⁹⁴ Véase Federico de Martens, “La Russie et l’Angleterre dans l’Asie centrale”, *Revista de Derecho Internacional y Legislación Comparada*, Instituto de Derecho Internacional, 1879.

²⁹⁵ Véase Héctor Faúndez Ledesma, *La competencia contenciosa...*, *ob. cit.*, p. 97.

²⁹⁶ *Ibid.*, p. 342. “Su Excelencia Frederic de Martens. Consejero Privado. Miembro Permanente del Consejo del Ministerio de Relaciones Exteriores de Rusia L. L. D. de la Universidad de Cambridge y Edimburgo”.

*“Algo de lo que tomó ha concedido, pero en los alegatos se demostró que mucho no lo poseía legalmente. Todos nos hallamos más bien furiosos. Rusia era el quinto en el Tribunal, y es su diplomacia ponerse del lado de Inglaterra: la balanza de poder, etc...”*²⁹⁷.

2. En comunicación de Lord Russell, árbitro principal de Inglaterra, a Lord Salisbury, fechada del 7 de octubre de 1899, refiriéndose a Federico de Martens, presidente del tribunal arbitral:

*“...parecía que buscaba medios de llegar a líneas de compromiso, y pensaba que era su deber lograr a toda costa, a ser posible, una decisión unánime. Más aún, lamento verme en la obligación de decir que en entrevista privada intimó a Lord y Juez Collins, en tanto que le urgía a reducir el reclamo británico, que si no lo hacíamos, él se podría ver obligado, con el objeto de obtener la adhesión de los Árbitros venezolanos a acordar una línea que podría no ser justa con Gran Bretaña. No me cabe duda de que habló en sentido contrario a los Árbitros venezolanos, y temo que posiblemente fue mucho peor el medio de incitarles a que aceptaran el laudo en su forma actual. Sea lo que sea, huelga decir que el Sr. de Martens revelaba un estado de espíritu muy intranquilo”*²⁹⁸.

3. Comunicación de Severo Mallet-Prevost de fecha 26 de octubre de 1899, trece días después de dictado el laudo, dirigida al profesor George L. Burr:

*“Nuestros Árbitros fueron forzados a aceptar la decisión, y con estricto carácter confidencial, no dudo en asegurarle a usted que los Árbitros británicos no se rigieron por consideración alguna de Derecho o Justicia, y que el Árbitro ruso probablemente fue inducido a adoptar la posición que tomó por razones totalmente extrañas a la cuestión. Sé que esto sólo va a abrirle el apetito, pero al presente no puedo hacer otra cosa. El resultado, a mi juicio, es una bofetada al Arbitraje”*²⁹⁹.

4. Richard Olney al presidente Grover Cleveland el 27 de diciembre de 1899:

“No lo he vuelto a ver a usted después de la sentencia en el asunto de los límites de Venezuela. A raíz de su regreso a Nueva York, el Sr. Mallet-Prevost, el abogado más joven de Venezuela estaba ansioso de contarme cómo habían pasado las cosas y por qué ocurrieron así. En una de mis visitas a Nueva York le invité a comer con el resultado de que habló más y comió menos, y de que el tiempo que duró la comida fue, más que de tomar alimentos y refrescos, de intensa ira y amargura de espíritu por el procedimiento y decisión del Tribunal de Arbitraje. Me abstengo de entrar

²⁹⁷ Hermann González Oropeza y Pablo Ojer Celigueta, *ob. cit.*, p. 42.

²⁹⁸ *Ídem.*

²⁹⁹ *Ídem.*

en detalles, pues no me cabe duda de que usted se habrá enterado de ellos por otras fuentes. Lo peor de todo, por lo visto, no es tanto la pérdida de territorio por parte de Venezuela, cuanto el descrédito general del arbitraje. Según mi informante, tanto el Presidente de la Corte, como Brewer se muestran contrarios al arbitraje como fórmula de resolver controversias internacionales mientras no haya un procedimiento que garantice los derechos de las Partes. El exsecretario John W. Foster, con quien comí el otro día, dijo que Fuller y Brewer regresaron al país bastante enfermos de arbitraje”³⁰⁰.

Con esta carta quedó demostrado lo ocurrido en el tratado de arbitraje y reflejado en el Laudo Arbitral de París de 1899, lo que lesionó una de las principales virtudes del mecanismo del arbitraje internacional: la seguridad y confianza generada en las partes.

5. El diario del secretario privado de Lord Russell, J. R. Block, con fecha de 2 de octubre de 1899, un día antes del laudo, contiene una frase contundente: “*Venezuela. La componenda de Martens nos ha dado la victoria. Archivos privados*”³⁰¹.

De manera que, hoy con esta información y la recabada en la investigación de los jesuitas Hermann González Oropeza y Pablo Ojer:

“...se puede apreciar con más claridad que el Laudo de 1899 no estuvo basado realmente en un análisis jurídico donde haya existido unanimidad de criterio sino que más bien fue la consecuencia de un pacto entre los integrantes del tribunal, quienes fueron fieles a sus intereses”³⁰².

Desde luego, el análisis probatorio de cara al procedimiento en curso ante la CIJ impone el deber de reunir todos los elementos de convicción tendentes a demostrar la nulidad del Laudo Arbitral de París. En este sentido, un documento de suprema importancia es el memorándum póstumo de Severo Mallet-Prevost, uno de los abogados que formó parte del equipo de juristas que defendió a Venezuela en el arbitraje de París.

Severo Mallet-Prevost, quien falleció el 10 de diciembre de 1948 en Nueva York, designó como albacea al abogado Otto Schoenrich, socio de la firma de abogados a la que pertenecía (Curtis, Mallet-Prevost, Colt & Mosle) y le encargó que publicara el documento luego de su muerte.

³⁰⁰ *Ibíd.*, p. 44.

³⁰¹ *Ídem.*

³⁰² William Dávila Barrios (ed.), *Libro blanco: La reclamación venezolana del territorio Esequibo*, Asamblea Nacional, Caracas, 2020, p. 14.

El memorándum póstumo fue publicado en julio de 1949 en el *American Journal of International Law* y en el Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales ese mismo año, específicamente en el volumen 14, bajo el título “Materia de excepcional importancia para la historia diplomática de Venezuela. La disputa de límites entre Venezuela y la Guayana Británica”³⁰³.

De acuerdo con el memorándum, el abogado Severo Mallet-Prevost reconoce que él y el expresidente Benjamín Harrison tuvieron conocimiento de la confabulación que existió entre el Presidente del Tribunal Arbitral Federico de Martens y los árbitros ingleses Lord Russell y Lord Collins designados por Inglaterra.

El abogado Severo Mallet-Prevost relata que Lord Russell siempre tuvo una actitud reticente e inclinada en favor de Inglaterra, era del criterio de que los árbitros tienen una vinculación política y consideraba que no era necesario que los arbitrajes internacionales se ciñeran exclusivamente a fundamentos legales.

En una comida íntima organizada por Henry White, que ocupaba el cargo de encargado de negocios de los Estados Unidos, en la ciudad de Londres coincidieron Lord Russell, el juez Josiah Brewer y el abogado Severo Mallet-Prevost. Este último expresa en su memorándum refiriéndose a Lord Russell:

*“Me tocó sentarme a su lado, y en el curso de la conversación me aventuré a expresar la opinión de que los arbitramentos internacionales deberían basar sus decisiones únicamente sobre fundamentos legales. Lord Russell respondió inmediatamente: ‘Estoy enteramente en desacuerdo con usted. Pienso que los arbitrajes internacionales deberían ser conducidos por vías más amplias y que deberían tomar en consideración cuestiones de política internacional.’ Desde aquel momento comprendí que no podíamos contar con Lord Russell para decidir la cuestión fronteriza sobre la base del derecho estricto”*³⁰⁴.

Por otra parte, el abogado Severo Mallet-Prevost tuvo una percepción totalmente distinta de Lord Collins, a quien conoció el primero de junio de 1899. Collins se mostró mucho más animado, dispuesto a indagar y, sobre todo, a comprender y analizar la controversia y los títulos que fundamentaban las pretensiones de las partes. Sobre él, reseña el abogado Severo Mallet-Prevost:

“Durante los discursos del Procurador General Sir Richard Webster y mío (los cuales duraron 26 días) era completamente obvio que Lord Collins estaba sinceramente interesado en darse cuenta totalmente de los hechos del asunto y en determinar la ley aplicable a tales hechos. Él, por supuesto, no

³⁰³ Otto Schoenrich, *ob. cit.* (véase nota 127).

³⁰⁴ Véase el Memorándum de Severo Mallet-Prevost, *ob. cit.*, p. 32.

dio indicación acerca de cómo votaría en la cuestión; pero toda su actitud y las numerosas preguntas que formuló eran críticas de los alegatos británicos y daban la impresión de que se iba inclinando hacia el lado de Venezuela”³⁰⁵.

Sin embargo, esas impresiones cambiaron radicalmente luego del receso de dos semanas que tuvo lugar una vez concluidos los discursos del arbitraje de París. En ese momento los árbitros ingleses viajaron a Inglaterra junto con el Presidente del Tribunal Arbitral Federico de Martens.

Según consta en el memorándum, cuando Lord Collins volvió de Inglaterra a París luego de aquellas vacaciones no era el mismo que se había marchado. Evidentemente ocurrieron en Inglaterra varios hechos que desconocemos pero que, probablemente, obedecían a intereses políticos de ambas potencias: Rusia e Inglaterra. Lo anterior no es sólo una suposición nuestra, el mismo Severo Mallet-Prevost estaba convencido de que algo había ocurrido:

“El señor Mallet-Prevost afirmó que él estaba seguro de que la actitud de los miembros británicos y el miembro ruso del Tribunal Arbitral era el resultado de una negociación entre Gran Bretaña y Rusia por el cual las dos Potencias indujeron a sus representantes en el Tribunal a votar como lo hicieron, y Gran Bretaña probablemente dio a Rusia ventajas en otra parte del globo”³⁰⁶.

Curiosamente, el 31 de agosto de 1907, un par de años después de la ejecución coactiva del laudo de París, tuvo lugar un hecho que aumenta la posibilidad de que las sospechas de Mallet-Prevost fueran verdaderas. Justo en esa fecha, se firmó el Tratado Anglo-Ruso de Mutua Cordialidad que alivió las tensiones entre Rusia e Inglaterra en Asia Central y mejoró las relaciones entre ambos países, con la convención tuvo lugar la independencia de Afganistán, de Persia y de Tíbet.

Retomando el contenido del memorándum, la componenda de la que sospechaba Mallet-Prevost se hace evidente cuando Federico de Martens se reunió con los árbitros americanos -el Juez Josiah Brewer y el Juez Weston Fuller- para proponerles que si aceptaban tomar una decisión unánime, Venezuela conservaría las Bocas del Orinoco, pero si no lo hacían, el ruso se alinearía con los árbitros ingleses, cuestión que supondría una peor situación para el Estado venezolano.

³⁰⁵ *Ídem.*

³⁰⁶ *Ibíd.*, p. 30.

La República Cooperativa de Guyana ha sostenido ante la CIJ que el memorándum de Severo Mallet-Prevost fue revelado muchos años después de dictarse el laudo y que, además, es dudoso por las estrechas relaciones del abogado con el Estado venezolano que le premió incluso con la Orden del Libertador³⁰⁷. Todo esto para restar valor y credibilidad al documento.

Sin embargo, el memorándum no es el único documento que pone de manifiesto los vicios del laudo arbitral de París y los abusos que tuvieron lugar en el procedimiento. Al contrario, las mayores protestas contra el laudo -como vimos- se dieron antes de conocerse el memorándum de Severo Mallet-Prevost.

De hecho, L. de la Chanonie comentó en el número tercero del tomo III de la *Revue d'Europe* publicada en marzo de 1900, lo mismo que luego se expresó en el memorándum de Mallet-Prevost. En efecto, L. de la Chanonie señaló que:

“...el Sr. De Martens propuso entonces a los árbitros americanos, conceder a Venezuela, en compensación por los territorios de la línea Schomburgk, la posesión absoluta del Orinoco, retirando la frontera inglesa a unas veinte leguas del río; añadió que si los árbitros de Venezuela no aceptaban este arreglo, votaría con los árbitros ingleses para acabar de una vez, lo que aseguraría a Inglaterra la posesión de uno de los lados del delta del Orinoco. La perplejidad de los árbitros americanos fue grande, y su turbación profunda; al cabo de algunas horas de reflexión, juzgaron que era necesario ante todo poner al gran río fuera de las garras de Inglaterra; prefirieron aceptar un arreglo enojoso a no obtener nada, y finalmente, constreñidos por una necesidad imperiosa, se adhirieron a la sentencia arbitral; he aquí la unanimidad de los jueces tan cacareada por la prensa inglesa la cual la ha interpretado como una prueba irrefutable de los indudables derechos de Gran Bretaña. La publicación dada aquí a los debates secretos, pone las cosas en su punto. Una simple pregunta: si la disputa, en vez de haberse planteado entre un pequeño Estado y una gran Potencia, hubiera enfrentado a Inglaterra, Rusia, Francia o Alemania, ¿habría terminado en tres días y con tanto desenfado, un conflicto que, en

³⁰⁷ International Court of Justice, “Memorial of Guyana”, Volume I, p. 13. “En la búsqueda de ese objetivo, Venezuela se propuso impugnar la validez del Laudo que hasta entonces había respetado, afirmado y sostenido durante más de seis décadas. Con este fin, Venezuela invocó un memorando secreto, supuestamente redactado en 1944 por Severo Mallet-Prevost, un miembro menor del equipo legal de Venezuela en el arbitraje de 1899, con supuestas instrucciones de que no se publicara hasta después de su muerte (que ocurrió en 1949). Se dice que el memorando fue redactado más de 45 años después de los acontecimientos que supuestamente describía, y en el mismo año en que Venezuela entregó al Sr. Mallet-Prevost la Orden del Libertador “en testimonio de la alta estima que el pueblo venezolano tiene y tendrá siempre de él.”

*caso de necesidad, hallara en la fuerza su legítimo recurso? Pero Venezuela no tiene el poder marítimo y militar que permite hablar alto; no ha podido apoyar con las armas el rechazo de una decisión no tanto arbitral cuanto arbitraria, cuya injusticia resultaba notoria. El derecho internacional le abría el camino a una apelación platónica, herida de antemano de esterilidad. ... Pero eso se calló*³⁰⁸.

En este comentario de la prensa francesa se afirmó, cuarenta y nueve años antes de la publicación del memorándum de Severo Mallet-Prevost, que el Presidente del Tribunal Arbitral faltó al deber de imparcialidad a través de una componenda que perjudicó al más débil, que era obviamente Venezuela.

Era tan evidente la falta al deber de imparcialidad, que la naturaleza de arreglo político del Laudo Arbitral fue denunciada por la prensa en Inglaterra. El 11 de octubre de 1899, apenas ocho días después de conocerse el laudo, la revista británica *Punch, or the London Charivari*, publicó una ilustración de Lord Salisbury. En la caricatura se observa a Lord Salisbury, reconocidamente contrario al arbitraje, escapando con varios documentos, incluida la línea

³⁰⁸ Hermann González Oropeza y Pablo Ojer Celigueta, *ob. cit.*, pp. 50-51 (véase nota 90).

Schomburgk y algunos otros mapas de minas y bosques que habían obtenido gracias al laudo.



En la parte inferior de la imagen se lee: «Lord Salisbury (chuckling) “I like arbitration - in the Proper Place!”» es decir, “Lord Salisbury (riendo entre dientes) y diciendo: “*Me gusta el arbitraje - ¡en el Lugar Apropiado!*”³⁰⁹.

Por otra parte, el 18 de octubre de 1899, en el Idaho Daily Statesman, un diario de Estados Unidos, se criticó fuertemente el arbitraje:

“El plan consistió en asegurar el apoyo del Sr. de Martens, Presidente del tribunal. Esto se llevó a cabo por la intervención de los rusos quienes deseaban que él se pusiera de lado de Gran Bretaña con el objeto de obtener el apoyo inglés para los planes rusos en China. Todo esto se cumplió con el

³⁰⁹ Autor anónimo de “Peace and Plenty”, en Punch, or the London Charivari en fecha 11 de octubre de 1899. Ilustración extraída de Andrés Eloy Burgos Gutiérrez (ed.), *Memorias de Venezuela*, número 34 enero-febrero 2016, Ministerio del Poder Popular para la Cultura - Centro Nacional de la Historia, Caracas, 2016, p. 22.

*más absoluto secreto, sólo cuando los Árbitros y se reunieron para el laudo, se aclaró la situación a los miembros americanos del Tribunal. Vinieron a saber que la mayoría se había puesto de acuerdo sobre lo que se había de hacer: otorgar a Gran Bretaña todo lo que reclamaba*³¹⁰.

A ello siguió la carta escrita por César Zumeta, publicada en el diario caraqueño El Tiempo el 17 de octubre de 1899 con la que se dejó claro el efecto negativo que tuvo el laudo en el foro arbitral internacional, creando una suerte de aversión al mecanismo:

*“La decisión del Tribunal de París, de la cual ya habrá tenido usted la pena de informar a sus lectores, parece haber asombrado a los amigos de Venezuela en el exterior como si fuese una novedad inesperada. El ex-Presidente de los Estados Unidos, Sr. Harrison, el Justicia Brewer, uno de los árbitros designados por Venezuela, el abogado Sr. Mallet-Prevost, el mundo diplomático y hasta la prensa inglesa, declaran que las naciones se cuidarán mucho en lo adelante de fiar la defensa de sus derechos a Tribunales del carácter de éste que acaba de condenarnos”*³¹¹.

De todos esos documentos, declaraciones y publicaciones de prensa se concluye que no se trata sólo del memorándum de Severo Mallet-Prevost, sino que son muchos los elementos de convicción en los que se revela que los árbitros faltaron al deber de imparcialidad e independencia. Por ello, ratificamos que la representación del gobierno de Venezuela para defender los intereses del país ante la CIJ deberá promover todas y cada una de estas pruebas que revelan, con absoluta claridad, que los árbitros no cumplieron con el deber de imparcialidad e independencia.

2.3. Terminación del proceso

2.3.1. Sentencia (Artículos 56, 57, 58, 59, 60 y 61 del Estatuto)

Antes de dictar la sentencia que resuelve definitivamente la controversia a través de un mandato judicial, los jueces de la CIJ deben cumplir con las deliberaciones establecidas en la Resolución sobre Práctica Judicial Interna. Luego de esas deliberaciones se procede a la distribución de un anteproyecto de sentencia, que será entregado a cada uno de los jueces para que, en forma de enmiendas, contribuya con sus observaciones por escrito.

Luego de que se formulan las enmiendas, el comité de redacción presenta un proyecto para que sea discutido en una primera lectura. En esa oportunidad, los jueces que no compartan el criterio mayoritario pueden emitir sus votos particulares, dentro de un lapso de tiempo que será fijado por la CIJ.

³¹⁰ *Ídem.*

³¹¹ *Ídem.*

Una vez examinadas las enmiendas se da una segunda lectura al proyecto de sentencia con modificaciones incluidas y, otra vez, el Presidente de la CIJ preguntará si alguno de los jueces quiere sugerir alguna modificación nueva. Asimismo, los jueces que deseen modificar sus votos particulares, podrán hacerlo en la misma medida en que se hayan insertado el cambio en el proyecto de sentencia. Sobre esto es importante el contenido del artículo 7 de la Resolución sobre Práctica Judicial Interna:

“(i) Un anteproyecto de decisión se distribuye a los jueces, que pueden presentar enmiendas por escrito. El comité de redacción, una vez examinadas estas enmiendas, presenta un proyecto revisado para su discusión por la Corte en primera lectura.

(ii) Los jueces que deseen emitir votos particulares o disidentes ponen el texto a disposición de la Corte una vez concluida la primera lectura y dentro de un plazo fijado por la Corte.

(iii) El comité de redacción distribuye un proyecto modificado de la decisión para la segunda lectura, en la que el Presidente pregunta si algún juez desea proponer otras modificaciones.

(iv) Los Jueces que emitan votos particulares o disidentes sólo podrán introducir modificaciones o adiciones en sus dictámenes en la medida en que se hayan introducido cambios en el proyecto de decisión. Durante la segunda lectura, informan a la Corte Internacional de Justicia de las modificaciones o adiciones a sus dictámenes que se proponen realizar por ese motivo. La Corte Internacional de Justicia fijará un plazo para la presentación de los textos revisados de los votos particulares o discrepantes, cuyas copias se distribuirán a la Corte Internacional de Justicia”³¹².

Luego de la segunda lectura el Presidente de la CIJ instará a los jueces a dar a conocer su voto definitivo sobre la decisión. Sobre la forma de emisión del voto y las decisiones relativas a cuestiones separables, el artículo 8 de la Resolución sobre Práctica Judicial Interna establece:

“(i) Al término de la segunda lectura o después de un intervalo adecuado, el Presidente invitará a los Jueces a emitir su voto definitivo sobre la decisión o la conclusión de que se trate, por orden inverso de antigüedad y en la forma prevista en el apartado v) del presente artículo.

(ii) Cuando la decisión se refiera a cuestiones separables, la Corte procederá, en principio, y salvo que las exigencias del caso concreto requieran un curso diferente, de la siguiente manera, a saber

³¹² Véase Resolución relativa a la Práctica Judicial Interna de la Corte (Reglamento de la Corte, artículo 19) adoptada el 12 de abril de 1976. Disponible en: <https://www.icj-cij.org/en/other-texts/resolution-concerning-judicial-practice>.

(a) cualquier juez podrá solicitar una votación separada sobre cualquiera de estas cuestiones;

(b) siempre que la cuestión que se plantee a la Corte sea la de la competencia o la admisibilidad de la demanda, toda votación separada sobre cuestiones concretas de competencia o admisibilidad irá seguida (a menos que dicha votación haya puesto de manifiesto alguna objeción preliminar fundada con arreglo al Estatuto y al Reglamento de la Corte) de una votación sobre la cuestión de si la Corte puede entrar en el fondo del asunto o, si ya se ha llegado a esa fase, sobre la cuestión global de si, finalmente, la Corte es competente o la demanda admisible.

(iii) En los casos previstos en el párrafo (ii) del presente artículo, o en cualquier otro caso en el que un juez lo solicite, la votación final sólo tendrá lugar después de un debate sobre la necesidad de realizar votaciones separadas y, siempre que sea posible, después de un intervalo adecuado tras dicho debate.

(iv) La Corte decidirá si las votaciones separadas previstas en el párrafo (ii) de este Artículo deben ser registradas en la decisión.

(v) Cuando el Presidente le pida que haga constar su voto final en cualquier fase del procedimiento, o que vote sobre cualquier cuestión relativa a la votación de la decisión o conclusión de que se trate, lo hará únicamente por medio de una respuesta afirmativa o negativa”³¹³.

Tras haber superado las distintas fases del procedimiento, que incluyen la formulación y discusión del anteproyecto de sentencia, la CIJ deberá dictar su decisión sobre el fondo de la controversia que, desde luego, tendrá en cuenta el derecho aplicable señalado en el artículo 38, es decir:

“a. las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;

b. la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;

c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas;

d. las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 59”.

³¹³ Ídem.

Ello será así, salvo que, con arreglo a la norma del párrafo segundo del mismo artículo 38 del Estatuto, las partes hayan facultado a la CIJ para decidir el asunto *ex aequo et bono*, lo que no implica la pérdida de la naturaleza judicial característica del procedimiento de la CIJ³¹⁴.

Es oportuno preguntarnos cuál será el derecho que decidirá aplicar la CIJ en el procedimiento en este caso. Tengamos en cuenta el principio de intertemporalidad del derecho que consiste en aplicar el derecho vigente al momento en que ocurrieron los hechos que, en su conjunto, conforman la situación jurídica. La regla intertemporal impone el análisis conjunto “*del derecho internacional contemporáneamente en vigor*” que forma parte del contexto del tratado³¹⁵.

En este caso, la CIJ se pronunciará sobre la validez del Laudo Arbitral de París, y esa determinación podrá hacerse conforme al derecho vigente para ese momento, es decir entre 1897 -fecha de la firma de Tratado Arbitral de Washington- y el 3 de octubre de 1899, fecha en que el Tribunal Arbitral de París dictó la decisión. Aunque también los jueces podrían decidir dar preeminencia a las disposiciones del Acuerdo de Ginebra o, incluso, atender a los principios y reglas generales del derecho internacional.

Al margen de la discusión del derecho aplicable en el que se fundamentará la decisión de la CIJ en la sentencia definitiva, es necesario ratificar el carácter obligatorio de los fallos emanados de ese alto órgano jurisdiccional. Con relación a esto, la CNU en el párrafo primero de su artículo 94 dispone que los Estados miembros deben cumplir las decisiones de la CIJ. Concretamente señala dicha disposición que “*Cada Miembro de las Naciones Unidas compromete a cumplir la decisión de la Corte Internacional de Justicia en todo litigio en que sea parte*”³¹⁶.

De manera que las sentencias dictadas por la CIJ tienen carácter definitivo y no están en forma alguna sujetas a apelación. Tampoco es procedente en derecho la pretensión de nulidad contra una sentencia de la CIJ. Todo lo anterior nos lleva a la conclusión de que las sentencias de la CIJ están revestidas del efecto de *res iudicata*. Incluso en casos donde se ha planteado una cuestión ya decidida como objeto de un nuevo litigio, la CIJ se ha mantenido firme en no volver a considerar el mismo asunto. Ello fue así en el caso *Chorzow Factory* (Alemania contra Polonia) resuelto por la CPJI y en los casos del *Corfu Channel* (Reino Unido contra Albania) decidido mediante sentencia del 15 de diciembre de 1949 y *Haya de la Torre* (Colombia contra Perú) decidido mediante sentencia del 13 de junio de 1950³¹⁷.

³¹⁴ Véase Daniel Guerra Iñiguez, *ob. cit.*, p. 461 (véase nota 83).

³¹⁵ Max Sorensen, *ob. cit.*, p. 231 (véase nota 11).

³¹⁶ Véase Carta de las Naciones Unidas. Disponible en: https://www.oas.org/36ag/espanol/doc_referencia/carta_nu.pdf.

³¹⁷ Véase Max Sorensen, *ob. cit.*, p. 658.

A pesar de que la CIJ no tiene una segunda instancia para apelar un fallo emitido por sus magistrados, puede conocer en apelación de una decisión de otro órgano internacional o, incluso, un laudo emanado de un tribunal arbitral si los Estados han convenido en que ese acto pueda ser sometido a la CIJ “si uno de ellos alega que el laudo no se ajusta al Derecho Internacional, puesto que tal desacuerdo constituye uno de los casos de conflictos jurídicos señalados en el artículo 36”³¹⁸.

En general, y esto también aplica a la sentencia definitiva, las decisiones de la CIJ se definen por mayoría de votos de los magistrados que estén presentes al momento de decidir. En el supuesto de que no haya mayoría por empate durante la votación, el voto determinante será el del Presidente o el del magistrado que haga sus veces en los supuestos de ausencia (Artículo 55 del Estatuto).

Los jueces de la CIJ deben cumplir con el deber de motivación de la sentencia y, desde luego, incluir los nombres de cada uno de los magistrados que hayan participado en la decisión (Artículo 56 del Estatuto).

También es importante señalar que los jueces tendrán derecho a manifestar su opinión disidente y ésta será agregada a la sentencia de conformidad con lo establecido en el artículo 57 del Estatuto. Deberán firmar la sentencia tanto el Presidente como el Secretario, luego el fallo será leído en una sesión pública a la cual debe preceder la debida notificación de ese acto a los agentes de cada una de las partes (Artículo 58 del Estatuto).

La sentencia tendrá efecto vinculante que se restringe a las partes en litigio y sólo con relación al aspecto que ha sido decidido. No abarcará otros aspectos que vayan más allá de la controversia atendida por la CIJ ni podrá obligar a Estados que no hayan sido partes en el procedimiento (Artículo 59 del Estatuto).

De forma que no hay duda sobre el carácter definitivo de las sentencias de la CIJ. Sin embargo, en los que casos en los que no se verifique el cumplimiento voluntario del fallo, ¿cómo se procede a la ejecución forzosa de las sentencias dictadas por la CIJ?

En este sentido, la doctrina ha establecido que en cuanto a la ejecución forzosa de los fallos de la CIJ, puede aplicarse el mismo tratamiento dado a los laudos arbitrales. En efecto:

³¹⁸ Véase Alfred Verdross, *Derecho Internacional Público*, Aguilar, Madrid, 1976, p. 565. El autor indica como ejemplo que en el caso sobre Jurisdicción del Consejo de la Organización de Aviación Civil Internacional de India contra Pakistán la CIJ “declaró, en su sentencia de 18 de agosto de 1972, que si un acuerdo internacional le confiere competencia para decidir en apelación sobre la decisión de un órgano internacional en un litigio entre Estados, la CIJ también es competente para entender de una apelación dirigida contra la decisión de ese órgano en cuanto a su propia competencia”.

“El orden legal contemporáneo, carente de una organización centralizada de instrumentos de fuerza que puedan utilizarse en ayuda de los órganos judiciales y cuasijudiciales, presenta el mismo problema con respecto a la ejecución forzosa de las sentencias judiciales y de los laudos arbitrales”³¹⁹.

De manera que cobran importancia mecanismos como la autoayuda (*self help*) que podría conducir, por ejemplo, a un embargo de bienes disponibles en el Estado que resultó victorioso en el procedimiento. También podrá recurrir a la cooperación internacional, recurso de los tribunales internos y, por supuesto, al apoyo de las instituciones internacionales³²⁰. En caso de incumplimiento, el párrafo segundo del artículo 94 dispone que *“Si una de las partes en un litigio dejare de cumplir las obligaciones que le imponga un fallo de la Corte, la otra parte podrá recurrir al Consejo de Seguridad, el cual podrá, si lo cree necesario, hacer recomendaciones o dictar medidas con el objeto de que se lleve a efecto la ejecución del fallo”*.

Salvo otra disposición de la CIJ, cada parte deberá sufragar sus propias costas. De manera que es distinto al ámbito del derecho interno, pues las costas no serán sufragadas por la parte vencida (Artículo 64 del Estatuto).

2.3.1.1. Carácter inapelable de las sentencias

El fallo emitido por la CIJ tendrá carácter definitivo y no podrá ser objeto de apelación. Si existen problemas entre las partes respecto de la interpretación que deba darse a la sentencia, la CIJ tiene la facultad de evaluarlo e interpretarlo para aclarar cualquier aspecto que pueda generar confusión (Artículo 60 del Estatuto).

El párrafo primero del artículo 61 del Estatuto permite la revisión de las sentencias emitidas por la CIJ, pero sólo bajo un supuesto excepcional y es cuando la solicitud de revisión del fallo:

“...se funde en el descubrimiento de un hecho de tal naturaleza que pueda ser factor decisivo y que, al pronunciarse el fallo, fuera desconocido de la Corte y de la parte que pida la revisión, siempre que su desconocimiento no se deba a negligencia”.

En caso de que la CIJ considere que debe proceder a la revisión de una sentencia por la razón antes expuesta, dará inicio al procedimiento de revisión a través de una resolución y, en ella deberán concurrir expresamente tres requisitos: la existencia del nuevo hecho, el reconocimiento de que las características e implicaciones del nuevo hecho fundamentan la revisión y, por último, la declaratoria con lugar de la solicitud de revisión de la sentencia (Párrafo segundo del artículo 61 del Estatuto).

³¹⁹ *Ídem.*

³²⁰ *Ídem.*

Sin embargo, aunque una de las partes solicite la revisión de la sentencia, la CIJ podrá exigir como presupuesto de la revisión el cumplimiento de la sentencia objeto de revisión (Parágrafo tercero del artículo 61 del Estatuto).

Para poder solicitar la revisión de una sentencia dictada por la CIJ existe un plazo de seis meses desde la aparición de del nuevo hecho (Parágrafo cuarto del artículo 61 del Estatuto). La revisión de sentencias de la CIJ no será procedente cuando la parte la solicite transcurridos diez años desde el momento de la emisión del fallo (Parágrafo quinto del artículo 61 del Estatuto).

Teniendo en cuenta las disposiciones anteriores y el carácter definitivo e inapelable de las sentencias es evidente que la CIJ es, ahora, el único lugar y la única instancia para dirimir la controversia. De conformidad con el artículo 60 del Estatuto, del cual Venezuela es parte, sus sentencias son definitivas e inapelables y son obligatorias para las partes. En efecto, *“El fallo será definitivo e inapelable. En caso de desacuerdo sobre el sentido o el alcance del fallo, la Corte lo interpretará a solicitud de cualquiera de las partes”*³²¹.

La CIJ dictará el fallo con el que se resuelve la controversia en forma definitivamente firme y deberá cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 95 del Reglamento, a saber:

*“1. El fallo, cuyo texto indicará si ha sido dictado por la Corte o por una Sala, contendrá: la fecha de su lectura; los nombres de los jueces que han participado en él; los nombres de las partes; los nombres de los agentes, consejeros y abogados de las partes; un resumen del procedimiento; las conclusiones de las partes; las circunstancias de hecho; los fundamentos de derecho; la parte dispositiva del fallo; la decisión, si la hubiere, con respecto a las costas; la indicación del número y nombre de los jueces que han constituido la mayoría; la indicación del texto del fallo que hará fe. 2. Cualquier juez podrá, si así lo desea, agregar al fallo su opinión separada o disidente; el juez que desee hacer constar su acuerdo o disentimiento sin explicar los motivos podrá hacerlo en la forma de una declaración. La misma regla se aplicará a las providencias dictadas por la Corte. 3. Un ejemplar del fallo, debidamente firmado y ornado con el sello de la Corte, se depositará en los archivos de la Corte y se transmitirá otro a cada una de las partes. El Secretario enviará copias: a) al Secretario General de las Naciones Unidas; b) a los Miembros de las Naciones Unidas; e) a los otros Estados que tengan derecho a comparecer ante la Corte”*³²².

³²¹ Véase Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Disponible en: <https://www.icj-cij.org/public/files/statute-of-the-court/statute-of-the-court-es.pdf>.

³²² *Ídem*. Véase también Corte Internacional de Justicia, La Corte Internacional de Justicia. Preguntas y respuestas acerca del principal órgano judicial de las Naciones Unidas, décima edición, Naciones Unidas, Nueva York, 2000. “El sello de la Corte,

2.3.1.2. La Corte Internacional de Justicia y la sentencia de fondo por medio de la cual se resolverá la controversia entre la República Cooperativa de Guyana y Venezuela

Ahora que la CIJ ha declarado sin lugar las excepciones preliminares sobre la admisibilidad de la demanda propuestas por Venezuela, el procedimiento seguirá su curso y la CIJ tendrá que fijar mediante una providencia la fecha límite para la presentación de la contramemoria de Venezuela. Una vez que el proceso se encuentre en fase de decisión del fondo de la controversia, y en la oportunidad de dictar sentencia definitiva, la CIJ podría decidir:

1. Declarar válido el Laudo Arbitral de París con lo cual quedaría firme la frontera establecida en ese laudo sin tener que resolver la cuestión conexas del arreglo definitivo de la controversia limítrofe entre Venezuela la República Cooperativa de Guyana.
2. Declarar nulo el Laudo Arbitral de París, caso en el cual habría que determinar cómo se establecería la línea fronteriza entre Venezuela y la República Cooperativa de Guyana.

En este supuesto existirían varias posibilidades:

- 2.1. La CIJ podría decidir resolver directamente sobre la delimitación de la frontera terrestre a través de la sentencia que resuelva el fondo del asunto o, en su defecto, mediante un procedimiento incidental dedicado exclusivamente a la fijación de la frontera que implica también la delimitación de las áreas marinas y submarinas. Este es un asunto al que debe prestarse especial atención dada la importancia de la proyección de los derechos territoriales y la soberanía que tiene Venezuela, en tanto Estado ribereño, sobre el mar territorial, la zona económica exclusiva y la plataforma continental, todas fuentes muy importantes de riqueza.
- 2.2. La CIJ podría remitir la delimitación de la frontera al Secretario General de la ONU, argumentando que la delimitación de la frontera no tiene carácter jurídico y por lo tanto no le corresponde a la CIJ resolver este asunto mediante arreglo judicial.

que sirve para dar autenticidad a las versiones oficiales de las decisiones de la Corte y que figura en sus publicaciones, representa un sol naciente cuyos rayos iluminan en el primer plano una figura de la Justicia que sostiene un par de balanzas en una mano y una hoja de palma en la otra. Esta figura está sentada en un pedestal situado sobre un globo terráqueo desplegado en dos esferas. La parte inferior está enmarcada por dos ramas de un laurel, que recuerdan el emblema de las Naciones Unidas, cuyo órgano judicial principal es la Corte. El sello es el originario de la Corte Permanente de Justicia Internacional, la predecesora de la Corte Internacional de Justicia, y fue diseñado en 1922 por el escultor danés J. C. Wienecke”.

En este caso, el Secretario General de la ONU debería seleccionar otro medio de solución previsto en el artículo IV.2 del Acuerdo de Ginebra.

- 2.3. La CIJ podría ordenar a las partes volver a la aplicación del Acuerdo de Ginebra a objeto de resolver la delimitación de la frontera terrestre a través de los medios admitidos por el derecho internacional, especialmente por el artículo IV.2 del Acuerdo de Ginebra y el artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas. Esta opción es poco viable dado que los antecedentes de la controversia demuestran lo difícil que es negociar un asunto tan delicado como la soberanía e integridad territorial.
- 2.4. La CIJ podría remitir la delimitación de la frontera a un nuevo tribunal arbitral, decisión que estaría permitida según lo previsto en el artículo IV.2 del Acuerdo de Ginebra. En este supuesto, las partes deberían suscribir un tratado de arbitraje en el fijen el procedimiento a seguir, el derecho aplicable al fondo de la controversia y la modalidad de selección de los árbitros.

2.3.1.3. Derecho aplicable a la controversia entre la República Cooperativa de Guyana y Venezuela

La CIJ ha declarado su competencia para conocer de la controversia lo que genera varias dudas como ¿cuál será el derecho que decidirá aplicar la CIJ? La respuesta deriva de los principios propios del derecho internacional público. El principio de la intertemporalidad del derecho consiste en aplicar el derecho vigente al momento en que ocurrieron los hechos que en su conjunto conforman la situación jurídica. La regla intertemporal impone el análisis conjunto “*del derecho internacional contemporáneamente en vigor*” que forma parte del contexto del tratado³²³.

Si la CIJ declarara la nulidad del Laudo Arbitral de París y decidiera resolver la delimitación de la frontera entre Venezuela y la República Cooperativa de Guyana, entonces debería determinar cuál es el derecho aplicable para hacerlo.

Además de lo anterior hay tres fuentes de derecho aplicable que servirían para solucionar el problema:

1. El Tratado Arbitral de Washington de fecha 2 de febrero de 1897. Las normas del Tratado de Washington deberían ser la primera fuente de derecho aplicable a considerar por parte de la CIJ para resolver la cuestión conexas de la delimitación fronteriza. En ese caso la CIJ debería recurrir principalmente a las normas de los artículos III y IV de dicho instrumento.

³²³ Max Sorensen, *ob. cit.*, p. 231.

El artículo III del Tratado de Washington estableció lo siguiente: “*El Tribunal investigará y se cerciorará de la extensión de los territorios respectivamente, o que pudieran ser legítimamente reclamados por aquellas o éste, al tiempo de la adquisición de la Colonia de la Guayana Británica por la Gran Bretaña, y determinará la línea divisoria entre los Estados Unidos de Venezuela y la Colonia de la Guayana Británica*”.

Por otra parte, el artículo IV del Tratado de Washington estableció que: “*Al decidir los asuntos sometidos a los Árbitros, éstos se cerciorarán de todos los hechos que estimen necesarios para la decisión de la controversia, y se gobernarán por las siguientes reglas en que están convenidas las Altas Partes Contratantes como reglas que han de considerarse aplicables al caso, y por los principios de derecho internacional no incompatibles con ellas, que los Arbitros juzgaren aplicables al mismo.*”

REGLAS

a) *Una posesión adversa o prescripción por el término de cincuenta años constituirá un buen título, Los árbitros podrán estimar que la dominación política exclusiva de un Distrito, así como la efectiva colonización de él son suficientes para constituir una posesión adversa o crear títulos de prescripción.*

b) *Los Árbitros podrán reconocer y hacer efectivos derechos y reivindicaciones que se apoyen en cualquier otro fundamento válido conforme al derecho internacional y en cualesquiera principios de derecho internacional que los Árbitros estimen aplicables al caso y que no contravengan a la regla precedente.*

c) *Al determinar la línea divisoria, si el Tribunal hallare que el territorio de una parte ha estado, en la fecha de este Tratado, ocupado por los ciudadanos o súbditos de la otra parte, se dará a tal ocupación el efecto que, en opinión del Tribunal, requieran la razón, la justicia, los principios del derecho internacional y la equidad del caso”.*

La CIJ debería considerar el principio americano *uti possidetis iuris*, que sirve como fundamento de nuestra soberanía territorial desde la creación de la Capitanía General de Venezuela mediante Real Cédula emitida por Carlos III el 8 de septiembre de 1777. El principio *uti possidetis iuris* ha sido valorado por la CIJ en varios casos, como consta en la jurisprudencia de este alto órgano jurisdiccional internacional.

Un primer caso en el que se tomó en cuenta el principio *uti possidetis iuris* fue el caso de Libia c. Chad (1994), en el cual se indicó el valor de la estabilidad de los límites fronterizos entre Estados estableciendo que “*Una vez acordado, el límite se mantiene; ya que cualquier otro enfoque viciaría el principio*

*fundamental de la estabilidad de los límites, cuya importancia ha sido reiteradamente enfatizada por esta Corte*³²⁴.

En otra controversia sobre límites fronterizos, específicamente el caso Benín c. Níger (2013), la CIJ “*enfatiza que el principio Uti possidetis iuris requiere no solo que se confíe en los títulos legales existentes, sino también que se tenga en cuenta la manera en que esos títulos fueron interpretados y aplicados por las autoridades públicas competentes en el Poder, en particular en el ejercicio de su poder legislativo*”.

En el caso Burkina Faso c. República de Malí (ICJ Reports, 1986) la CIJ ha establecido que “*el principio del Uti possidetis ha mantenido su lugar entre los principios jurídicos más importantes, fundamentalmente en lo tocante a los títulos territoriales y la delimitación de las fronteras en el momento de la descolonización*”. Esa misma decisión, se pronunció respecto de la relación existente entre el principio del uti possidetis iuris y el principio de intangibilidad de las fronteras estableciendo “*que no podía desconocer el principio de Uti possidetis iuris, cuya aplicación da lugar a este respeto de la intangibilidad de las fronteras*”.

2. El Acuerdo de Ginebra de fecha 17 de febrero de 1966: Si la CIJ decide que éste es el derecho aplicable para resolver la cuestión conexa relativa a la delimitación fronteriza entre Venezuela y la República Cooperativa de Guyana, estaría seleccionando el instrumento más reciente en el que las partes manifestaron su voluntad de solucionar el diferendo limítrofe. En este supuesto, la CIJ deberá atender al espíritu y propósito del Acuerdo de Ginebra que consiste en la búsqueda de una solución satisfactoria que permita el arreglo práctico de la controversia. Si la CIJ decide resolver la cuestión conexa de la delimitación fronteriza según el Acuerdo de Ginebra, el derecho aplicable será el que deduce de la voluntad de la Venezuela y de la República Cooperativa de Guyana expresado en una solución aceptable para ambas partes.

3. Los principios y reglas del derecho internacional general: En caso de seleccionar los principios y reglas del derecho internacional general, la CIJ se aparta de un instrumento concreto de derecho aplicable y deberá proceder a determinar cuáles son los principios y reglas del derecho internacional general que resultan aplicables al caso concreto.

³²⁴ Abraham Gómez, “Guayana esequiba: ¿cómo ha sentenciado la corte en litigios similares?”, publicado en *El Nacional* en fecha 14 de julio de 2022. Disponible en: <https://www.elnacional.com/opinion/guayana-essequiba-como-ha-sentenciado-la-corte-en-litigios-similares/>.

2.3.1.4. La delimitación de áreas marinas y submarinas

Una posible delimitación territorial entre la República Cooperativa de Guyana y Venezuela tendría una importante repercusión en la delimitación de áreas marinas y submarinas.

La posible delimitación de las áreas marinas y submarinas por parte de la CIJ permite apreciar la complejidad de la controversia. La proyección de los derechos de Venezuela tiene serias implicaciones económicas. Se trata de zonas de abundante actividad petrolera. En efecto, la República Cooperativa de Guyana realiza actividades de explotación en espacios que, aun con la delimitación efectuada por el tribunal arbitral de París en 1899, pertenecen solo a Venezuela.

Desde el año 2013 la República Cooperativa de Guyana ha violado los derechos territoriales de Venezuela delimitando de facto las áreas marinas y submarinas. Esto tuvo como resultado la intercepción del buque Teknik Perdana por el Patrullero Oceánico de la Fuerza Armada Venezolana “Yekuana” el 22 de octubre de 2013.

Comoquiera que la soberanía territorial es uno de los principios rectores del sistema político previsto en la Constitución, la garantía del cumplimiento de ese principio es un deber del Estado cuya omisión implica, no solo una violación constitucional, sino dejar a la deriva los legítimos derechos de la República sobre el territorio objeto de controversia.

2.3.2. Desistimiento (Artículos 88 y 89 del Reglamento)

La forma natural de terminación del procedimiento contencioso ante la CIJ es la sentencia definitiva que resuelve el fondo de la controversia planteada. Sin embargo, también es posible que un procedimiento contencioso iniciado ante la CIJ se extinga mediante una sentencia que declare que la CIJ no tiene competencia para conocer del asunto cuya solución se pretendía.

Otra de las formas de terminación del procedimiento contencioso ante la CIJ es el desistimiento que se encuentra regulado en los artículos 88 y 89 del Reglamento. El artículo 88 establece la posibilidad de que en el marco de un procedimiento contencioso ante la CIJ exista un desistimiento convencional que podrá ser mediante notificación conjunta o separada de las partes. Dicha norma indica lo siguiente:

“1. Si en cualquier momento antes de que el fallo definitivo sobre el fondo sea pronunciado, las partes, conjunta o separadamente, notificaran por escrito a la Corte que están de acuerdo en desistir del procedimiento, la Corte dictará una providencia tomando nota del desistimiento y ordenando la cancelación del asunto de que se trate del Registro General”.

El párrafo segundo del artículo 88 del Reglamento dispone que cuando se trate de un desistimiento originado debido a un arreglo amistoso, las partes podrán atribuir a la CIJ la facultad de hacer constar este hecho en la providencia de

desistimiento incluso pudiendo incluir los términos fijados en el arreglo. En caso de llegar en verdad técnicamente se trataría de una transacción y no de un desistimiento. La norma dispone lo siguiente:

“2. Si las partes hubieran convenido en desistir del procedimiento por haber llegado a un arreglo amistoso, la Corte, si las partes así lo desean, podrá hacer constar este hecho en la providencia ordenando la cancelación del asunto del Registro General o podrá indicar los términos del arreglo en la providencia o en un anexo a la misma”.

En caso de que la CIJ no se encuentre reunida, la providencia del desistimiento podrá ser dictada por el Presidente de la CIJ. Así lo dispone el párrafo tercero del artículo 88 del Reglamento:

“3. Si la Corte no estuviese reunida, el Presidente podrá dictar cualquier providencia tomada de conformidad con este Artículo”.

El Reglamento establece en su artículo 89 la posibilidad de un desistimiento en la fase inicial del procedimiento iniciado por solicitud. Los requisitos para que la solicitud sea declarada con lugar inmediatamente son: (i) la consignación de un escrito ante la CIJ en el que la parte actora desista de continuar con el procedimiento y (ii) que el demandado, para el momento de la consignación de este acto procesal, no haya realizado ningún acto en el procedimiento. Al efecto dispone el mencionado artículo 89 del Reglamento:

“1. Si, en el curso de un procedimiento incoado mediante una solicitud, el demandante informara por escrito a la Corte que renuncia a continuar el procedimiento y si, en la fecha de la recepción en la Secretaría de la Corte de este desistimiento, el demandado no hubiera efectuado todavía ningún acto de procedimiento, la Corte dictará una providencia tomando nota del desistimiento y ordenando la cancelación del asunto de que se trate del Registro General. El Secretario enviará copia de dicha providencia al demandado”.

En los casos en los que la parte demandada ya haya realizado actos en el proceso para el momento de la consignación del escrito en el que se solicita el desistimiento, la CIJ fijará un plazo para que la parte demandada se oponga al desistimiento. La consecuencia jurídica de la no oposición del demandado implica la aceptación del desistimiento; pero si se opone el procedimiento contencioso continuará su curso. El párrafo segundo del artículo 89 del Reglamento así lo regula:

“2. Si, en la fecha de la recepción del desistimiento, el demandado hubiera ya efectuado algún acto de procedimiento, la Corte fijará un plazo dentro del cual el demandado podrá declarar si se opone al desistimiento. Si en el plazo fijado no hubiera objetado al desistimiento, éste se considerará aceptado y

la Corte dictará una providencia tomando nota del desistimiento y ordenando la cancelación del asunto del que se trate del Registro General. Si hubiese objetado se continuará el procedimiento”.

Al igual que ocurre en los supuestos de desistimiento convencional, establece el párrafo tercero del artículo 89 del Reglamento lo siguiente:

“3. Si la Corte no estuviese reunida, las facultades que le confiere este Artículo podrán ser ejercidas por el Presidente”.

En el procedimiento iniciado por la República Cooperativa de Guyana en contra de Venezuela el desistimiento convencional podría ser una opción si, durante su curso, las partes decidieran negociar y llegar a un arreglo conforme lo previsto en el Acuerdo de Ginebra. Desde luego que, en estos momentos, la República Cooperativa de Guyana no está abierta a una negociación. Sin embargo, no debe descartarse la posibilidad de que Venezuela haga uso de todas las estrategias posibles para alcanzar una solución práctica y negociada. Para ello, habría que evaluar los posibles puntos de presión que puedan ser empleados para llevar a la representación guyanesa al terreno de la negociación y, por qué no, identificar los intereses comunes que pudieran existir entre los Estados parte.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU BURELLI, Alirio, “La prueba en los procesos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos” en Antônio Augusto Cançado Trindade (Coord.), *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI*, Tomo I, Segunda edición, Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, 2001. Disponible en <http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/bitstream/handle/123456789/28023/la-prueba-en-los-procesos-ante-la-corte-interamericana-de-derechos-humanos.pdf?sequence=2&isAllowed=y>

ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES, *Doctrina Académica Institucional. Pronunciamientos años 2012-2019*, tomo II, Academia de Ciencias Políticas y Sociales – Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2019.

AGUIAR, Asdrúbal, “El compromiso arbitral de Washington sobre la reclamación Esequiba y el Derecho internacional”, en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, número 165, julio-septiembre, Caracas, 2021.

_____, “La competencia de la Corte Internacional de Justicia y la cuestión conexas sobre la frontera entre Guyana y Venezuela”, en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, número 167, enero-marzo, Caracas, 2022.

ÁLAMO YBARRA, Carlos, *Fronteras de Venezuela con la Guayana Británica*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales – Editorial Élite, Caracas, 1938.

ALMÉCJA BERMÚDEZ, Juan, *La estrategia imperial británica en la Guayana Esequiba*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 1987.

AREA PEREIRA, Leandro, “A vuelo de pájaro: La delimitación de las áreas marinas y submarinas al norte del Golfo de Venezuela”, en GERBASI, Fernando (comp.), *La diplomacia venezolana en democracia (1958-1998)*. Kalathos Ediciones, Madrid, 2018.

ARRÁIZ LUCCA, Rafael, *Las constituciones de Venezuela (1811-1999)*, Editorial Alfa, Caracas, 2021.

AYALA CORAO, Carlos, “Palabras del Académico Carlos Ayala Corao, en la apertura del décimo encuentro sobre la plataforma continental y la frontera marítima entre Guyana y Venezuela”, Héctor Faúndez Ledesma y Rafael Badell Madrid (coords.), *La controversia del Esequibo*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales - Editorial Jurídica Venezolana, Serie Eventos 34, Caracas, 2022.

BADELL MADRID, Rafael, “La Nulidad del Laudo de París del 3 de octubre de 1899”, *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, número 165, Caracas, 2021.

_____ “Comentarios sobre la controversia con Guyana” en *Libro Homenaje a Cecilia Sosa Gómez*, Tomo I, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2021.

_____ “Consideraciones sobre la Constitución de Colombia de 1821”, *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, número 165, Caracas, 2021.

BASCUÑÁN MONTES, Aurelio, *Tratados aprobados en la Conferencia Internacional de La Haya*, Garnier Hermanos, París, 1900.

BETANCOURT, Milagros, El Laudo Arbitral del 3 de octubre de 1899 a la luz de la Jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia, en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, número 165, julio-septiembre, Caracas, 2021.

BLANCO-URIBE QUINTERO, Alberto *La protección del ambiente y el contencioso administrativo*, Editorial Sherwood, colección cuadernos, Caracas, 1998.

BRAVO SUÁREZ, Temístocles Lastenio, *Derecho Internacional Público Contemporáneo*, Editorial Área de Innovación y Desarrollo, Alicante, 2018. Disponible en <https://www.3ciencias.com/libros/libro/derecho-internacionalpublico-contemporaneo/>.

BREWER-CARÍAS, Allan, “Conclusiones Coloquios de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales sobre la reclamación del territorio Esequibo”, en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, número 168, abril-junio, Caracas, 2022.

_____ “La formación de la república y de su territorio en las constituciones del siglo XIX. Un legado del proceso constitucional que comenzó con la Ley Fundamental de la República de Colombia promulgada por Simón Bolívar, en Angostura, el 17 de diciembre de 1819”, en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, número 164 abril-junio, Caracas, 2021.

_____ *La Constitución de la República de Colombia de 30 de agosto de 1821. Producto de la unión de los pueblos de Venezuela y de la Nueva Granada propuesta por Simón Bolívar. Sus antecedentes y condicionantes*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales - Academia Colombiana de Jurisprudencia - Editorial Jurídica Venezolana - Editorial Temis, Caracas/Bogotá, 2021.

_____ *Historia constitucional de Venezuela*, Tomo I, Editorial Alfa, Caracas, 2008.

_____ *Las constituciones de Venezuela*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 1997.

BRICEÑO MONZÓN, Claudio A., “La Guayana Esequiba: Frontera Oriental de Venezuela” en DONÍS RÍOS, Manuel (comp.) *El reclamo Esequibo un compromiso nacional vigente ante la historia y la justicia*, Universidad Católica Andrés Bello, 2021.

BRICEÑO MONZÓN, Claudio, OLIVAR, José Alberto y BUTTÓ, Luis Alberto (coords.), *La cuestión Esequibo. Memoria y soberanía.*, Universidad Metropolitana, Caracas, 2016.

BROTÓNS, Antonio Remiro, “El Acuerdo de Ginebra y la controversia del Esequibo”, en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, número 165, julio-septiembre, Caracas, 2021.

_____ “El Acuerdo de Ginebra y la controversia del Esequibo”, en Héctor Faúndez Ledesma y Rafael Badell Madrid (coords.), *La controversia del Esequibo*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales - Editorial Jurídica Venezolana, Serie Eventos 34, Caracas, 2022.

BROWN SCOTT, James (dir.), *The proceedings of the Hague Peace Conference*, elaborado por la Carnegie Endowment for International Peace en Washington, Oxford University Press, Nueva York, 1920. Disponible en https://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/Hague-Peace-Conference_1899.pdf.

BURGOS GUTIÉRREZ, Andrés E. (ed.), *Memorias de Venezuela*, número 34 enero-febrero 2016, Ministerio del Poder Popular para la Cultura – Centro Nacional de la Historia, Caracas, 2016.

CALDERA INFANTE, Jesús E., “El Esequibo es venezolano: El litigio estratégico de Venezuela contra Guyana en la Corte Internacional de Justicia”, *Revista de Ciencias Humanas y Sociales*, número 93-2, Universidad del Zulia, Maracaibo, 2020.

CARDONA LLORENS, Jorge, “La competencia de la Corte Internacional de Justicia en materia contenciosa, el principio de la competencia sobre la competencia y la ejecución de las sentencias de la Corte”, en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, número 166, octubre-diciembre, Caracas, 2021.

CARRILLO BATALLA, Tomás Enrique (coord.), *La reclamación venezolana sobre la Guayana Esequiba*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Eventos 2, Caracas, 2008.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Judgment of 18 December 2020* sobre la jurisdicción de la corte de fecha 18 de diciembre de 2020. Disponible en: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/171/171-20201218-JUD-01-00-EN.pdf>.

_____ *Dissenting opinion of Judge Abraham*. Disponible en: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/171/171-20201218-JUD-01-02-EN.pdf>

_____ *Dissenting opinion of Judge Bennouna*. Disponible en: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/171/171-20201218-JUD-01-03-EN.pdf>.

_____ *Dissenting opinion of Judge Gevorgian*. Disponible en: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/171/171-20201218-JUD-01-06-EN.pdf>.

_____ *Application instituting proceedings* de la República Cooperativa de Guyana de fecha 29 de marzo de 2018. Disponible en: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/171/171-20180329-APP-01-00-EN.pdf>

COVA ARRIA, Luis, “La Academia de Ciencias Políticas y Sociales y la defensa del territorio Esequibo”, *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, número 164, Caracas, 2021.

_____ “Principales aspectos de la situación jurídica de la reclamación venezolana sobre la Guyana Esequiba”, en SOSA GÓMEZ, Cecilia y CASAL, Jesús M. (Coords.), *¿Qué hacer con la justicia? El caso venezolano*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Centro para la Integración y el Derecho Público, Caracas, 2020.

_____ “El Acuerdo de Ginebra visto a 53 años de su firma”, *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, número 157, Caracas, 2019.

Dávila Barrios, William (ed.), *Libro blanco: La reclamación venezolana del territorio Esequibo*, Asamblea Nacional, Caracas, 2020.

DE SOLA, René, “Valuación actualizada del Acuerdo de Ginebra”, *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, número 91, Caracas, 1983.

DE TOMA-GARCÍA, Ricardo Salvador, “Panorama y crítica de los intereses geopolíticos en la región”, en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, número 168, abril-junio, Caracas, 2022.

Diez De Velasco Vallejo, Manuel, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, decimoctava edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2013.

DONÍS RÍOS, Manuel, *El Esequibo. Una reclamación histórica*, Abediciones – Konrad Adenauer Stiftung, Caracas, 2016.

____ “La reclamación del territorio Esequibo: 1899-1966”, *Boletín de la Academia Nacional de la Historia*, número 397, Caracas, 2016.

____ “Presentación” en *El reclamo Esequibo. Un compromiso nacional vigente ante la historia y la justicia*, Abediciones, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2021.

____ “Antecedentes de la reclamación venezolana del territorio Esequibo”, en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, número 164, abril-junio, Caracas, 2021.

____ “Antecedentes de la reclamación venezolana del territorio Esequibo”, en Héctor Faúndez Ledesma y Rafael Badell Madrid (Coords.), *La controversia del Esequibo*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales - Editorial Jurídica Venezolana, Serie Eventos 34, Caracas, 2022.

____ “La historia por Manuel Donís. De un pupilo para un maestro. Un chorrillo para el Padre Hermann”, *El Ucabista*, Caracas, 1998. Disponible en http://w2.ucab.edu.ve/tl_files/sala_de_prensa/recursos/ucabista/feb98/39.htm.

Escovar León, Ramón, “Marcos Falcón Briceño y el Esequibo”, artículo publicado en *El Nacional*, 7 de julio de 2020. Disponible en <https://www.elnacional.com/opinion/marcos-falcon-briceno-y-el-esequibo/>.

____ “La sentencia de la Corte Internacional de justicia en el conflicto de Guyana vs Venezuela”, artículo publicado en *El Nacional*, 22 de diciembre de 2020. Disponible en <https://www.elnacional.com/opinion/la-sentencia-de-la-corte-internacional-de-justicia-en-el-conflicto-de-guyana-vs-venezuela/>;

____ “El Esequibo y la unidad nacional”, artículo publicado en *El Nacional*, 2 de febrero de 2021. Disponible en <https://www.elnacional.com/opinion/el-esequibo-y-la-unidad-nacional/>.

____ “La controversia con Guyana: Venezuela debe presentar la contramemoria”, artículo publicado en *El Nacional*, 31 de mayo de 2022. Disponible en <https://www.elnacional.com/opinion/la-controversia-con-guyana-venezuela-debe-presentar-la-contramemoria/>.

ESTRADA MORALES, Allan Amilkar, “Diferendo territorial entre Guatemala vs. Belice”, en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, número 165, julio-septiembre, Caracas, 2021.

FALCÓN BRICEÑO, Marcos, “Orígenes de la actual reclamación de la Guayana Esequiba”, *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, número 91, Caracas, 1983.

FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor, *La competencia contenciosa de la Corte Internacional de Justicia y el caso Guayana vs. Venezuela*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales – Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2020.

_____ “Medidas cautelares en el caso Guyana c. Venezuela” artículo publicado en El Nacional en fecha 19 de noviembre de 2021. Disponible en <https://www.elnacional.com/opinion/medidas-cautelares-en-el-caso-guyana-c-venezuela/>.

_____ “La necesidad de medidas provisionales en el caso Guyana c. Venezuela”, en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, número 166, octubre-diciembre, Caracas, 2021.

_____ “La controversia del Esequibo y las condiciones de validez del Laudo de París del 3 de octubre de 1899”, en *Libro Homenaje a Cecilia Sosa Gómez*, Tomo I, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2021.

_____ “La competencia de la CIJ respecto de la cuestión relacionada con el arreglo definitivo de la controversia sobre la frontera entre Guyana y Venezuela”, en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, número 167, enero-marzo, Caracas, 2022.

_____ “La nulidad del Laudo de París, del 3 de octubre de 1899”, en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, número 167, enero-marzo, Caracas, 2022.

_____ “Presentación”, en Héctor Faúndez Ledesma y Rafael Badell Madrid (coords.), *La controversia del Esequibo*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales - Editorial Jurídica Venezolana, Serie Eventos 34, Caracas, 2022.

_____ “La controversia del Esequibo y el fantasma de Federico de Martens”, *Revista de Derecho Público*, número 169-170, enero-junio, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2022

FERNÁNDEZ, Josmar, La plataforma continental y la frontera marítima entre Guyana y Venezuela, en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, número 167, enero-marzo, Caracas, 2022.

FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos, “El arbitraje internacional y sus dualidades”, *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, número XV, Córdoba, 2006.

FIGUEREDO, Emilio, “El Acuerdo de Ginebra y su significado en la controversia territorial entre Venezuela y Guyana”, en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, número 165, julio-septiembre, Caracas, 2021.

FONZO, Erminio, “Italia y el bloqueo de Venezuela”, en *Cultura Latinoamericana*, número 1, Universidad Católica de Colombia - Università degli Studi di Salerno, 2015.

GAMERO LANZ, José Rafael “Convenio de Status Quo del 18 de noviembre de 1850”, artículo publicado en fecha 19 de noviembre de 2018. Disponible en <https://www.linkedin.com/pulse/convenio-de-status-quo-del-18-noviembre-1850-jos%C3%A9-rafael-gamero-lanz/?originalSubdomain=es>.

GARAVINI DI TURNO, Sadio, “Guyana: El Acuerdo de Ginebra en la actualidad”, en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, número 153, Caracas, 2014.

_____ “El Acuerdo de Ginebra y la controversia del Esequibo”, en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, número 165, julio-septiembre, Caracas, 2021.

_____ “La demanda de Guyana, la competencia de la Corte Internacional de Justicia y las opciones de Venezuela”, en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, número 166, octubre-diciembre, Caracas, 2021.

García-Lozano, Soledad, “La sentencia de la Corte Internacional de Justicia del 27 de junio de 2001 en el caso La Grand”, *Boletín mexicano de derecho comparado*, número 109, Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad de México, 2004.

_____ “La indicación de medidas cautelares por la Corte Internacional de Justicia: el asunto Breard. (Paraguay c. Estados Unidos)”, *Themis*, número 40, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2000.

GARCÍA-VELUTINI, Oscar, *Facultad, acción y efecto de arbitrar*, Editorial Arte, Caracas, 1960.

GOBIERNO NACIONAL, *Recopilación de leyes y decretos de Venezuela*, impresa por orden del Gobierno Nacional, Imprenta Bolívar, Caracas, 1896.

GÓMEZ, Abraham, “Guayana esequiba: ¿cómo ha sentenciado la corte en litigios similares?”, publicado en *El Nacional* en fecha 14 de julio de 2022. Disponible en <https://www.elnacional.com/opinion/guayana-essequiba-como-ha-sentenciado-la-corte-en-litigios-similares/>.

GONZÁLEZ OROPEZA, Hermann, “Dos aspectos del reclamo Esequibo” en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, número 91, Caracas, 1983.

GONZÁLEZ OROPEZA, Hermann y Ojer, Pablo, *Informe que los expertos venezolanos para la cuestión de límites con Guayana Británica presentan al gobierno nacional*, Ministerio de Relaciones Exteriores, Caracas, 1967.

GROS ESPIELL, Héctor, “Las medidas cautelares (provisionales) en los tribunales internacionales. El caso de la Corte Internacional de Justicia y el medio ambiente”, *Anuario Hispano-Luso-Americano de derecho internacional*, número 18, Imprenta Hispano-arábiga, Granada, 2007.

_____, *Rusia e Inglaterra en Asia Central*, Ediciones de la Presidencia de la República, Caracas, 1981.

Guerra Iñiguez, Daniel, *Derecho Internacional Público*, Tomo II, 2ª edición, Grafiunica, Caracas, 1976.

GUERRERO MAYORGA, Orlando, “El Laudo del Rey de España Alfonso XIII del 23 de diciembre de 1906”, en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, número 167, enero-marzo, Caracas, 2022.

HAZELTINE, Mayo W., “The United States and the Late Lord Salisbury¹”, *The North American Review*, número 564, University of Northern Iowa, 1903

Hernández-Bretón, Eugenio, “La necesaria defensa del territorio Esequibo”, en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, número 164, Caracas, 2021.

_____, “El arbitraje internacional con entes del Estado venezolano”, *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, número 147, Caracas, 2009.

INSTITUTO DE DERECHO INTERNACIONAL, *Projet de règlement pour la procédure arbitrale internationale*, Session de La Haye, 1875. Disponible en: https://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/1875_haye_01_fr.pdf.

LAGOS VALENZUELA, Enrique, “Los Estados Unidos de América y el Arbitraje”, *Anales de la Facultad de Derecho*, Vol. IV, N° 13 a 16, Universidad de Chile, 1938. Disponible en http://web.uchile.cl/vignette/analesderecho/CDA/an_der_simple/0,1362,SCID%253D330%2526ISID%253D16%2526PRT%253D304,00.html.

LLANOS MANSILLA, Hugo, *Teoría y práctica del derecho internacional público*, primera edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1977.

LORETO GONZÁLEZ, Irene, *Génesis del constitucionalismo en Venezuela*, Centro de Investigaciones Jurídicas, Caracas, 2005.

MA, Xuechan y GUO, Shuai, “An empirical study of the voting pattern of judges of the International Court of Justice (2005-2016)”, *Erasmus Law Review*, número 3, 2017.

MÁRQUEZ, Óscar José, “Programa de la Tesis sostenida por el Estudiante Tito Alfaro en 1842”, Universidad Central de Venezuela. Disponible en <https://ley.exam-10.com/pravo/2546/index.html>.

MATORANO, Juan, “La carta de Domingo Sifontes sobre el incidente del Cuyuní”, publicado en *Aporrea* el 29 de julio de 2015. Disponible en <https://www.aporrea.org/actualidad/a211477.html>.

MENDIZABAL, Santiago, “Jus Post Bellum: ¿Qué tan útil es para Relaciones Internacionales?”, *El Outsider*, número 5, Universidad San Francisco de Quito, 2020.

MINISTERIO DEL PODER POPULAR PARA RELACIONES EXTERIORES, *Guayana Esequiba. Historia de un despojo*, Caracas, 2015.

MORALES PAÚL, Isidro, “El juicio arbitral sobre la Guayana Esequiba de 1899 y la violación de los principios del debido proceso en perjuicio de Venezuela”, en Tomás Enrique Carrillo Batalla (coord.), *La reclamación venezolana sobre la Guayana Esequiba*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Eventos 2, Caracas, 2008.

_____, “Análisis crítico del problema fronterizo «Venezuela-Gran Bretaña»”, *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, número 91, Caracas, 1983.

OJER CELIGUETA, Pablo, *Los documentos de la casa amarilla*, Editorial Arte, Caracas, 1982.

_____, *Robert H. Schomburgk explorador de Guayana y sus líneas de frontera*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1969.

OLLARVES, Jesús, La plataforma continental y la frontera marítima entre Guyana y Venezuela. Reflexiones sobre los problemas en torno a la delimitación de la frontera marítima entre Venezuela y Guyana y el derecho aplicable, en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, número 167, enero-marzo, Caracas, 2022.

ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, “El Consejo de Derechos Humanos declara que tener un medio ambiente limpio y saludable es un derecho humano” apartado de Noticias ONU, publicado el 8 de octubre de 2021. Disponible en <https://news.un.org/es/story/2021/10/1498132>.

PACHECO BLANDINO, Tania Elena, *La res judicata en la Corte Internacional de Justicia: un enfoque práctico*, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 2011.

PALENCIA HERNÁNDEZ, Alexis, “Escuadra venezolana en tiempos de Castro”, en *Tiempo y espacio*, número 64, Universidad Pedagógica Experimental Libertador, Caracas, 2015.

PEÑA SILVA, Francisco, “Los actos unilaterales de los Estados”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, N° 2 diciembre, Universidad Austral de Chile, Valdivia, 2020.

PICADO VARGAS, Carlos Adolfo, “El derecho a ser juzgado por un juez imparcial”, *Revista de Iudex*, número 2, San José, 2014.

POSNER, Eric y DE FIGUEIREDO, Miguel, “Is the International Court of Justice biased?”, *John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper*, número 234, 2005.

PROVENZALI HEREDIA, Elbano, “Cronología de una solidaridad. Documentos brasileños revelan los derechos de Venezuela sobre la Guyana Esequiba”, *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, número 93-94, Caracas, 1983.

RAJ, Meenakshi, “International Court of Justice”, *Indian Legal Solution*. Disponible en <https://indianlegalsolution.com/international-court-of-justice-icj/>

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, 23.^a ed., versión 23.4 en línea. Ver en: <https://dle.rae.es>. Consultado el 27 de octubre de 2021.

RESTREPO, José Manuel, *Historia de la Revolución de la República de Colombia*, tomo I, Librería Americana, París, 1827

REVANALES, Gerson, “Venezuela: un caso de debilidad jurídica, política, y diplomática en la reclamación del Esequibo”, en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, número 158, Caracas, 2019.

RIVAS QUINTERO, Alfonso, *Derecho constitucional*, Clemente Editores, Valencia, 2002.

RODRÍGUEZ BERRIZBEITIA, Julio, “Las reglas del Tratado de Washington de 1897 y los títulos históricos del territorio del Esequibo”, en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, número 164, abril-junio, Caracas, 2021.

RODRÍGUEZ CEDEÑO, Víctor, “Las implicaciones de la no comparecencia en el procedimiento contencioso ante la Corte Internacional de Justicia: Reglas y principios aplicables a la luz de la práctica de la Corte”, en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, número 166, octubre-diciembre, Caracas, 2021.

_____, “Sobre el principio del *uti possidetis iuris* en el contexto de la controversia territorial sobre el Esequibo”, en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, número 167, enero-marzo, Caracas, 2022.

RODRÍGUEZ VELTZÉ, Eduardo y ROJAS TUDELA, Farit, “Justicia en el ámbito internacional”, *Revista Jurídica Derecho*, número 7, La Paz, 2017. Disponible en http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2413-28102017000200004&lng=es&nrm=iso.

ROJAS, Armando, “La reclamación de la Guayana Esequiba. Gestiones diplomáticas realizadas por Venezuela durante el siglo XIX” en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, número 91, Caracas, 1983.

RUAN SANTOS, Gabriel, “Los títulos de la reclamación por la Guayana esequiba. Especial referencia a la “cláusula de prescripción”, en Héctor Faúndez Ledesma y Rafael Badell Madrid (coords), *La controversia del Esequibo*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales - Editorial Jurídica Venezolana, Serie Eventos 34, Caracas, 2022.

_____ “La Academia de Ciencias Políticas y Sociales y la reclamación de Venezuela por la Guayana Esequiba. Algunos antecedentes” en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, número 164, abril-junio, Caracas, 2021.

_____ “Los títulos de la reclamación por la Guayana Esequiba. Especial referencia a la cláusula de prescripción”, *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, número 165 julio-septiembre 2021, Caracas, 2021.

SAINZ-BORGO, Juan Carlos, “La recuperación de Esequibo. Anotaciones desde la estrategia procesal”, *Revista de Derecho Público*, número 167-168, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2021.

_____ “El Acuerdo de Ginebra a la luz del Derecho de los Tratados”, en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, número 165, julio-septiembre, Caracas, 2021.

SALMON, Jean (dir.), *Dictionnaire de Droit international public*, Bruselas, 2001.

SCHACHT ARISTIGUETA, Efraín, “Aspectos jurídicos y políticos del Tratado de Ginebra”, en Tomás Enrique Carrillo Batalla (Coord.), *La reclamación venezolana sobre la Guayana Esequiba*, Serie Eventos, 2, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2008.

SCHOENRICH, Otto, “Materia de excepcional importancia para la historia diplomática de Venezuela. La disputa de límites entre Venezuela y La Guayana Británica”, *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, Vol. 14, No. 1-2-3-4, Caracas, 1949.

SEPÚLVEDA, César, *Derecho Internacional*, primera edición, Editorial Porrúa, México D.F, 1960.

SOL ALDONATE, María, “A 110 años. Formación de la Triple Entente”, *Universidad de la Plata – Instituto de Relaciones Internacionales*, Buenos Aires, 2017.

SORENSEN, Max, *Manual de Derecho Internacional Público*, Fondo de Cultura Económica, México, 1973.

SOSA RODRÍGUEZ, Carlos, “El acta de Washington y el laudo de París”, *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, número 91, Caracas, 1983.

SUÁREZ FIGUEROA, Naudy, (comp.), *Rómulo Betancourt. Selección de escritos políticos (1929-1981)*, Fundación Rómulo Betancourt, Caracas, 2006.

SUREDA DELGADO, Rafael, *Venezuela y Gran Bretaña. Historia de una usurpación*, Tomos I y II, Trabajo presentado a la ilustre Universidad Central de Venezuela para ascender, en el escalafón docente, a la categoría de Profesor Asistente, Caracas, 1974.

TORO HARDY, José, “Ponencia de José Toro Hardy ante la Academia de Ciencias Políticas y Sociales”, en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, número 168, abril-junio, Caracas, 2022.

TORRES ROMÁN, Eloy, “Los antecedentes de la controversia del Esequibo”, en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, número 164, abril-junio, Caracas, 2021.

VENEZUELA, *Historia oficial de la discusión entre Venezuela y la Gran Bretaña sobre sus límites en la Guayana*, L. Weiss & Company impresores, Nueva York, 1896.

VERDROSS, Alfred, *Derecho Internacional Público*, sexta edición, Biblioteca Jurídica Aguilar, Madrid, 1976.

EL DERECHO-GARANTÍA AL *NON BIS IN IDEM* Ó *NE BIS IN IDEM* BAJO EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Carlos M. Ayala Corao*

SUMARIO

Introducción: El derecho humano a no ser juzgado dos veces por la misma causa (*non bis in idem* ó *ne bis in idem*) como un derecho fundamental y un derecho humano. 1. Evolución y consolidación como un derecho fundamental en el Derecho interno. 2. Reconocimiento como un derecho humano en el Derecho internacional. 3. La interpretación internacional autorizada como derecho humano. 4. La consolidación expresa de los efectos del derecho. 5. La confirmación del contenido del derecho en otros tratados: la asistencia penal internacional y el cumplimiento de sentencias penales. 6. La confirmación del contenido esencial del derecho humano. II. El principio *ne bis in idem* en el ámbito de la Extradición. III. La normativa de INTERPOL garantiza y obliga al respeto de los derechos humanos. IV. La deferencia necesaria en la interpretación realizada por la jurisdicción del Estado requerido, con respecto a la solicitud de extradición. 1. Confirmación en disposiciones convergentes de otros tratados. 2. La Decisión N° 9 de la Comisión de INTERPOL. V. Conclusiones.

Introducción: El derecho humano a no ser juzgado dos veces por la misma causa (*non bis in idem* ó *ne bis in idem*) como un derecho fundamental y un derecho humano

El derecho-garantía al debido proceso legal conocido como *non bis in idem* ó *ne bis in idem*¹, consiste en la prohibición de juzgar a una persona dos veces por los mismos hechos delictivos.

* Profesor Titular de Derecho Constitucional (UCAB). Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Vicepresidente de la Comisión Internacional de Juristas.

¹ La frase en latín *ne bis in idem* equivalente a *non bis in idem*, se origina de la “máxima” proveniente del Derecho Romano: *nemo bis vexari pro una et eadem causa* (una persona no puede ser juzgada dos veces por la misma causa).

Este derecho-garantía se basa en los principios de cosa juzgada (*res judicata*), certeza, seguridad jurídica y justicia para el acusado o enjuiciado; y en la certeza de que culminen la persecución en los procesos penales por los mismos hechos delictivos. Resulta contrario al sentido más elemental de justicia y seguridad jurídica, que exista la amenaza permanente contra una persona, de imponerle sanciones simultáneas o sucesivas en el tiempo, por los mismos hechos. Como lo advierte Henkel, el fundamento filosófico de este derecho se ancla en la necesidad de la seguridad jurídica, pues “responde a la confianza de los sujetos que exigen tener la certidumbre de que la decisión tiene existencia duradera; en segundo lugar, ... a la exigencia de la comunidad jurídica de que, a partir de un determinado momento y por motivos de paz jurídica, se ponga fin a la duda y a la lucha por el Derecho que se busca en todo asunto concreto.”²

La prohibición de la múltiple persecución penal, no sólo se refiere a la pena como garantía del derecho material, sino que está centrada en el propósito de impedir un nuevo accionar del poder punitivo del Estado, allí donde ya se ejerce o se ejerció por los mismos hechos delictivos. De manera que la justicia exige que una persona perseguida penalmente por una misma conducta contraria a Derecho, sea objeto de un solo juicio y reciba una sola sanción.

Este principio constituye uno de los más antiguos en la historia del Derecho. Así fue expuesto y reconocido por múltiples juristas del Derecho Romano. Por ejemplo, Decio afirmaba que todo aquél que ha sido absuelto una vez, no debe ser molestado de nuevo (*absolutus semel non debet molestari*); mientras que Quintiliano lo expresaba como: *bis de eadem ne re sit actio*, lo cual se traduce en que “no sea dos veces la acción sobre la misma cosa”; y Paulo lo acreditaba del siguiente modo: *ne quis ob idem crimen pluribus legibus reus fieret*, esto es, “un mismo delito no puede abrir el paso a varias acciones”³.

En la época medieval, este principio estuvo contemplado en las *Siete Partidas* de Alfonso X de España (Siglo XII), al prohibirse que el absuelto por sentencia valedera, fuera acusado nuevamente por el mismo hecho. Debe aclararse, que, si bien inicialmente esta prohibición fue formulada con miras a las penas corporales, ello no implica que la misma no tenga validez en cuanto otras sanciones incluidas las penas privativas de libertad. Así, este principio ha sido interpretado históricamente de forma amplia, a los fines de extender sus alcances a toda clase o a categoría de sanciones penales y, concretamente, para evitar un nuevo riesgo de privación de la libertad personal.

² Heinrich Henkel, *Introducción a la filosofía del Derecho*, Taurus, Madrid, 1968, p. 552.

³ Eduardo Jauchen, *Derechos del Imputado*, Editorial Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2005, pp. 78, 376, 378, 391, 392, 395, 400.

1. Evolución y consolidación como un derecho fundamental en el Derecho interno

Un antecedente fundamental del reconocimiento expreso de este derecho fue su incorporación en la *Constitución de los Estados Unidos de América* a través de la Enmienda Quinta V (1789/1791): “[...] [N]or shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb. [...]”⁴. Otro antecedente importante se ubica en el *Código de Instrucción Criminal* francés de 1808, fruto de las ideas aportadas por la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano y la Revolución francesa. En este texto normativo se estableció que la absolución era libre en todos los casos, lo cual imposibilitó cualquier cabida del *non liquet*, y por ende, cualquier nueva persecución por el mismo hecho⁵.

De esta forma, el *derecho a no ser juzgado dos veces por la misma causa* fue siendo reconocido prácticamente en todas las constituciones y legislaciones internas de los Estados; y posteriormente a mediados del siglo XX, lo va a ser también en los instrumentos internacionales de derechos humanos y en los tratados de extradición y de cooperación internacional en materia penal.

2. Reconocimiento como un derecho humano en el Derecho internacional

A semejanza de lo ocurrido con el *ne bis in idem* en el Derecho interno, su evolución y consolidación en el Derecho internacional, va a tener lugar por una doble vía: en los instrumentos internacionales de derechos humanos como un derecho al debido proceso y en los tratados sobre extradición.

En efecto, el derecho a no ser juzgado dos veces por la misma causa ha sido reconocido como un derecho integrante de la garantía de toda persona al debido proceso o a un proceso justo. De allí que las primeras formulaciones de los instrumentos sobre derechos humanos, como es el caso de la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* de 1948, haya reconocido en términos generales el derecho a un proceso “con justicia” (proceso justo) o debido proceso “con todas las garantías necesarias”. Así la Declaración Universal establece en sus artículos 10 y 11:

Artículo 10.

Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, **a ser oída** públicamente y **con justicia** por un tribunal independiente e imparcial, para

⁴ Fifth Amendment to the US Constitution, National Constitution Center, The Constitution of the United States: Amendments 11-27, America’s Founding Documents, National Archives, disponible en: <https://constitutioncenter.org/the-constitution/amendments/amendment-v> y <https://www.archives.gov/founding-docs/bill-of-rights/what-does-it-say>.

⁵ Mireille Delmas M., *Procès pénal et droits de l’homme*, Presses Universitaires de France, Paris, 1992, p. 38 y ss.

la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal. (Resaltados añadidos).

Artículo 11.

1. Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en **juicio público** en el que se le hayan asegurado **todas las garantías necesarias para su defensa**.

2. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. (Resaltados añadidos).

En el mismo sentido, meses antes, la *Declaración Americana Americana de los Derechos y Deberes del Hombre* había reconocido el derecho a un proceso regular, en los siguientes términos generales:

Artículo XXVI. **Derecho a proceso regular.**

Se presume que todo acusado es inocente, hasta que se pruebe que es culpable.

Toda persona acusada de delito tiene derecho a ser oída en forma imparcial y pública, a ser juzgada por tribunales anteriormente establecidos de acuerdo con leyes preexistentes y a que no se le imponga penas crueles, infamantes o inusitadas.

El derecho al *ne bis in idem* va a adquirir reconocimiento autónomo -y no solo como contenido implícitamente en el derecho al debido proceso- en instrumentos posteriores, especialmente en los tratados y convenciones sobre derechos humanos. Así, hoy día este derecho lo podemos encontrar expresamente reconocido, entre otros, en los siguientes tratados sobre derechos humanos, incluido el Estatuto de Roma:

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:

Artículo 14.

[...]

7: Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país. (Resaltados añadidos).

Convención Americana sobre Derechos Humanos:

Artículo 8. Garantías Judiciales.

[...]

4: El inculpado **absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos**. (Resaltados añadidos).

Convenio Europeo de Derechos Humanos para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, Protocolo N° 7 al Convenio:

Artículo 4. Derecho a no ser juzgado o condenado dos veces:

1. **Nadie podrá ser perseguido o condenado penalmente por los tribunales del mismo Estado, por una infracción por la que ya hubiera sido absuelto o condenado en virtud de sentencia firme**, conforme a la ley y al procedimiento penal de ese Estado.

2. Lo dispuesto en el párrafo anterior no impedirá la reapertura del proceso, conforme a la ley y al procedimiento penal del Estado interesado, cuando hechos nuevos o ulteriormente conocidos o un vicio esencial en el procedimiento anterior pudieran afectar a la sentencia dictada.

3. No se autorizará derogación [suspensión] alguna del presente artículo en virtud del artículo 15 del Convenio. (Resaltados añadidos).

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea:

Artículo 50. Derecho a no ser juzgado o condenado penalmente dos veces por la misma infracción: **Nadie podrá ser juzgado o condenado penalmente por una infracción respecto de la cual ya haya sido absuelto o condenado en la Unión mediante sentencia penal firme conforme a la ley**. (Resaltados añadidos).

Estatuto de Roma (Corte Penal Internacional):

Artículo 20. Cosa juzgada.

1. Salvo que en el presente Estatuto se disponga otra cosa, **nadie será procesado por la Corte en razón de conductas constitutivas de crímenes por los cuales ya hubiere sido condenado o absuelto por la Corte**.

2. **Nadie será procesado por otro tribunal en razón de uno de los crímenes mencionados en el artículo 5 por el cual la Corte ya le hubiere condenado o absuelto**⁶.

3. **La Corte no procesará a nadie que haya sido procesado por otro tribunal en razón de hechos también prohibidos en virtud de los artículos 6, 7 u 8 a menos que el proceso en el otro tribunal:**

⁶ Como será desarrollado más adelante, el artículo 5 del Estatuto de Roma se refiere a la competencia de la Corte Penal Internacional en los crímenes de genocidio, lesa humanidad, guerra y agresión.

a) Obedeciera al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte; o

b) No hubiere sido instruido en forma independiente o imparcial de conformidad con las debidas garantías procesales reconocidas por el derecho internacional o lo hubiere sido de alguna manera que, en las circunstancias del caso, fuere incompatible con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia. (Resaltados añadidos).

Con anterioridad al Estatuto de Roma, el principio *ne bis in idem* ya había sido consagrado en los *Estatutos del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (ICTY)* (artículo 10) y *del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (ICTR)* (artículo 9)⁷.

Los textos antes citados de los instrumentos internacionales de derechos humanos son una evidencia de la progresiva evolución, consolidación y expansión del reconocimiento autónomo del principio *ne bis in idem* en el Derecho internacional, llegando a adquirir la condición de *derecho humano universal*⁸. En efecto, este derecho-garantía no sólo se encuentra reconocido hoy en día en casi todas las legislaciones internas; sino, además, en los tratados internacionales sobre derechos humanos, y en casi la totalidad de los tratados de extradición y cooperación en materia penal suscritos entre los Estados.

⁷ Los artículos 2 al 5, respectivamente, del *Estatuto del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia* (Resolución 827 (1993) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, 32 Material jurídico internacional 1203 (1993)) otorgan al Tribunal jurisdicción para los casos de violaciones graves de los Convenios de Ginebra de 1949 (75 United Nations Treaty Series 31 y Series 39 (1958)), violaciones de las leyes y costumbres de la guerra, genocidio y crímenes de lesa humanidad. Los artículos 2 a 4, respectivamente, del *Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda* (Resolución 955 (1994) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, 33 Materiales Jurídicos Internacionales 1600 (1994)), otorgan al Tribunal jurisdicción para el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y las violaciones del Artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949, y de los Protocolos Adicionales de 1977, I (Protocolo de las Víctimas de Conflictos Armados Internacionales).

⁸ La *Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos*, solo reconoce este derecho-garantía de manera implícita y por remisión en la cláusula del debido proceso, refiriendo a otros tratados y convenciones vigentes, como es el caso del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:

Article 7

1. Every individual shall have the right to have his cause heard. This comprises: (a) the right to an appeal to competent national organs against acts of violating his fundamental rights as recognized and guaranteed by conventions, laws, regulations and customs in force; [...].

Así por ejemplo, en el caso de Europa, el *ne bis in idem* ha sido plenamente reconocido por la *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, que amplía el ámbito de aplicación del principio a todo el área territorial de la Unión Europea (UE). Y después del Tratado de Lisboa que entró en vigor el 1 de diciembre de 2009, por el que se modificó el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, dicha Carta Europea de derechos se ha vuelto directa e inmediatamente aplicable en todos y cada uno de los Estados miembros de la UE. En efecto, conforme al Tratado de Lisboa, los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta Europea de derechos, tienen “el mismo valor jurídico que los Tratados” (art. 6). En consecuencia, la mayoría de las jurisdicciones ahora consideran también el principio externo de *ne bis in idem* como obligatorio y como un derecho al que los Estados no pueden renunciar por ningún medio⁹.

En este sentido, K. Ambos afirma que en los términos firmes y extensos en los que el *ne bis in idem* ha quedado consagrado en el Estatuto de Roma, representa por sí mismo su configuración como un principio universal¹⁰. Por su parte, afirma Vervaele que, el tradicional *ne bis in idem* ha evolucionado de un principio legal a nivel de Derecho interno a un derecho humano transnacional, al punto que hay quienes consideran que es incluso una norma de *ius cogens*¹¹.

Ello implica, que este derecho humano debe aplicarse en forma horizontal y también vertical. Así, a nivel *horizontal*, se aplica frente a las jurisdicciones del mismo nivel, como ocurre entre dos Estados; o entre dos entidades internas (provincias/estados) dentro de un mismo país, en los casos de sistemas federales de justicia. Mientras que su aplicación a nivel *vertical*, se aplica de la justicia penal de los Estados a la justicia penal internacional y viceversa. Así, por ejemplo, se dice que el principio opera a nivel vertical hacia *abajo*, cuando la Corte Penal Internacional ha procesado a un individuo, lo que implica que un país no puede juzgarlo por la misma causa. Y se dice que opera hacia *arriba*, cuando una persona ha sido procesada conforme a las reglas del debido proceso (sin intención de evadir la justicia) por un determinado país, por lo que luego no se puede juzgar en la Corte Penal Internacional. Sin embargo, la última expansión de este principio

⁹ D. Vozza, “Verso un nuovo ‘volto’ del ne bis in idem internazionale nell’Unione europea?”, disponible en: <http://www.penalecontemporaneo.it/upload/1336026245Vozza%20ne%20bis%20in%20idem.pdf>; y F. M. Ferrari, “Bis in idem internazionale: quando la fiducia paneuropea prevale sulla territorialità dello ius puniendi”, disponible en: www.europeanrights.eu.

¹⁰ Kai Ambos, “The International Criminal Court and the Traditional Principles of International Cooperation in Criminal Matters”, *Finnish Yearbook of International Law*, No. 9, 2000, p. 420.

¹¹ John A.E. Vervaele, “The transnational ne bis in idem principle in the EU. Mutual recognition and equivalent protection of human rights”, *Common Market Law Review*, No. 41, pp. 795-812.

se presenta a nivel horizontal-internacional, para impedir que una persona que ha sido juzgada por un Estado “A” bajo las reglas del debido proceso, pueda ser juzgado por los mismos hechos en un Estado “B”.

Como derecho humano y por tanto de reconocimiento universal, este derecho ha sido objeto de una evolución interpretativa progresiva, expandiendo su naturaleza tutelar. Así, hoy en día se ha venido progresivamente consolidando un consenso en que este derecho humano se aplica tanto múltiples sanciones como para múltiples procesamientos por los mismos hechos delictivos, es decir, que opera siempre que una persona haya sido juzgada conforme a las reglas del debido proceso con sentencia definitivamente firme condenatoria o absolutoria; pero también aplica cuando una persona se encuentra siendo enjuiciada en una determinada jurisdicción y se le pretende juzgar, paralelamente o sucesivamente, en otra¹².

3. La interpretación internacional autorizada como derecho humano

El contenido del derecho a no ser juzgado dos veces por la misma causa o por los mismos hechos, ha sido ratificado por la interpretación autorizada de los órganos creados por los tratados sobre derechos humanos.

En el **sistema universal de derechos humanos**, el derecho a no ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país, conforme vimos *supra*, es reconocido en el artículo 14, párrafo 7, del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. El Comité de Derechos Humanos (Comité) ha tenido oportunidad de establecer su interpretación autorizada en el sentido de que, este derecho protege a toda persona frente a la pretensión de los Estados de juzgarlos dos veces por los mismos hechos delictivos. Esta interpretación es obligatoria para los Estados partes de este tratado¹³. Así, en el caso *Matkarim Aminov vs. Turkmenistán*, el Comité hizo referencia a su Observación General número 32, específicamente sobre el derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia, declarando que se vulneraron los derechos del autor (víctima) en virtud del artículo 14, párrafo 7 del Pacto, debido a que el autor ha sido juzgado y sancionado dos veces con largas penas de prisión debido a la misma disposición legal, recalcando que en el artículo 14, párrafo 7 expresamente se afirma que “nadie podrá ser juzgado ni sancionado

¹² Para una visión general del *ne bis in idem* en el Derecho internacional, ver Mohamed El Zeidy, “The Doctrine of Double Jeopardy in International Criminal and Human Rights Law”, *Mediterranean Journal of Human Rights*, No. 6, 2002.

¹³ Para ver los Estados parte del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, información oficial de United Nations Treaty Collection, disponible en: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtmsg_no=IV-4&chapter=4&clang=_en.

por un delito por el que ya haya sido condenado por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país”¹⁴.

Por otro lado, en los casos *V.S. vs. Lituania* y *Fardon vs. Australia* el Comité precisó que este derecho protege a las personas fundamentalmente respecto a procesos y sanciones de carácter penal¹⁵.

En el **sistema interamericano de derechos humanos**, haremos mención a la interpretación autorizada realizada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), con relación al contenido del derecho a no ser juzgado dos veces por los mismos hechos, reconocido -implícitamente en la *Declaración Americana* en el derecho a un proceso regular y- explícitamente en la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* (“Convención Americana”), como el derecho del “inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos”(art. 8, párr. 4). En el caso de la *Convención Americana*, hay que tomar en cuenta no sólo los Estados que la han ratificado sino además aquellos que han aceptado la jurisdicción contenciosa obligatoria de la Corte IDH¹⁶.

La Corte IDH ha desarrollado y consolidado la interpretación del derecho humano de toda persona absuelta por una sentencia firme a no ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos (*non bis in idem* ó *ne bis in idem*), entendiendo -como lo hicimos *supra*- que el artículo 8.4 de la Convención Americana, “se inserta en el marco de las normas relativas al ‘juicio justo’ o a las garantías del ‘debido proceso’, previstas en el mismo artículo de dicho tratado;” y que por lo tanto, “el artículo 8.4 de la Convención debe interpretarse en armonía con estas últimas normas y con las demás disposiciones de la Convención”¹⁷.

Para la Corte IDH, la expresión “los mismos hechos” utilizada por la Convención Americana, se trata de “un término más amplio en beneficio del inculcado o procesado”¹⁸, ya que, como lo sostuvo en el caso *Loayza Tamayo vs.*

¹⁴ Comité de Derechos Humanos, *Caso Matkarim Aminov vs. Turkmenistán*, Comunicación N° 2220/2012, Dictamen de 127 de septiembre de 2016, párr. 9.5.

¹⁵ Comité de Derechos Humanos, *Caso V.S. vs. Lituania*, Comunicación N° 2437/2014, Dictamen del 27 de agosto de 2015, párr. 6.4.; y *Caso Fardon vs. Australia*, Comunicación N° 1629/2007, Dictamen del 10 de mayo de 2010, párr. 7.3.

¹⁶ Para los Estados parte de la *Convención Americana sobre Derechos humanos* y los Estados parte que han aceptado la jurisdicción obligatoria de la Corte IDH, ver información oficial en Tratados Multilaterales OEA: http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos_firmas.htm

¹⁷ **Corte IDH, *Caso Gutiérrez y familia vs. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 25 de noviembre de 2013*, párr. 128.**

¹⁸ Corte IDH, *Caso J. Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 27 de noviembre de 2013*, párr. 259.

Perú, “[e]ste principio busca proteger los derechos de los individuos que han sido procesados por determinados hechos para que no vuelvan a ser enjuiciados por los mismos hechos”.

La Corte IDH concluyó en el caso *J. Vs. Perú*, que para que se configure una violación del artículo 8.4 de la Convención Americana, hace falta el cumplimiento de los siguientes requisitos: “(i) el imputado debe haber sido absuelto; (ii) la absolución debe ser el resultado de una sentencia firme, y (iii) el nuevo juicio debe estar fundado en los mismos hechos que motivaron la sustanciación del primer juicio”¹⁹.

Finalmente, la Corte IDH ha sostenido que el principio *ne bis in idem* como derecho humano no resulta aplicable en los casos en los cuales (i) la absolución de delitos por sentencia firme configure una cosa juzgada “aparente” o “fraudulenta” con el propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal, o (ii) cuando no hubo la intención real de someter al responsable a la acción de la justicia, o (iii) por la violación al debido proceso ante jueces independientes e imparciales; así como, (iv) por la aparición de pruebas que puedan permitir la determinación de los responsables de violaciones a los derechos humanos. En ese sentido, en el caso *Almonacid Arellano y otros Vs. Chile* -confirmada en el caso *Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana*²⁰, la Corte IDH sostuvo esta tesis en los siguientes términos:

154. En lo que toca **al principio *ne bis in idem*, aun cuando es un derecho humano reconocido en el artículo 8.4 de la Convención Americana, no es un derecho absoluto y, por tanto, no resulta aplicable cuando: i) la actuación del tribunal que conoció el caso y decidió sobreseer o absolver al responsable de una violación a los derechos humanos o al derecho internacional obedeció al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal; ii) el procedimiento no fue instruido independiente o imparcialmente de conformidad con las debidas garantías procesales, o iii) no hubo la intención real de someter al responsable a la acción de la justicia. Una sentencia pronunciada en las circunstancias indicadas produce una cosa juzgada “aparente” o “fraudulenta”**. Por otro lado, esta Corte considera que si aparecen nuevos hechos o pruebas que puedan permitir la determinación de los responsables de violaciones a los derechos humanos, y más aún, de los responsables de crímenes de lesa humanidad, pueden ser reabiertas las investigaciones, incluso si existe una sentencia absolutoria en calidad de cosa juzgada, puesto

¹⁹ *Ibíd.*, párr. 262.

²⁰ Corte IDH, *Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de octubre de 2012, párr. 195.

que las exigencias de la justicia, los derechos de las víctimas y la letra y espíritu de la Convención Americana desplaza la protección del *ne bis in idem*.²¹ (Resaltados añadidos).

El sistema europeo de derechos humanos ha llegado a conclusiones similares a las del sistema universal (ONU) y el sistema interamericano (OEA) con relación al contenido del derecho al *ne bis in idem*. Conforme vimos *supra*, el Convenio Europeo igualmente consagra en su artículo 4 de su Protocolo No. 7, el derecho de toda persona a no ser perseguido o condenado penalmente por los tribunales del mismo Estado, por una infracción por la que ya hubiera sido absuelto o condenado en virtud de sentencia firme conforme a la ley y al procedimiento penal de ese Estado. La Corte o Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha tenido oportunidad de interpretar esta norma del artículo 4 de su Protocolo No. 7, estableciendo que la misma prohíbe que se procese, enjuicie o persiga a una persona por una segunda vez por una infracción con fundamento en “actos idénticos, o sustancialmente iguales,” a los que sirvieron de base al primer proceso, cualquiera que sea su calificación jurídica e independientemente de si había resultado declarado inocente o culpable, ya que se trata de una decisión previa con fuerza de cosa juzgada. La identidad de los hechos, deben estar referidos al conjunto de circunstancias fácticas concretas que implican al mismo infractor y están unidas indisociablemente en el tiempo y en el espacio. A semejanza de la interpretación de este derecho que vimos *supra* en otros sistemas internacionales de derechos humanos como el interamericano, lo relevante en el contenido de este derecho al *ne bis in idem*, van a ser los “hechos concretos” y no tanto los delitos o infracciones jurídicas, por las cuales la persona ha sido enjuiciada. Así, en el caso *Zolotukhin v. Rusia*, el TEDH estableció al respecto la siguiente interpretación jurisprudencial:

82. Accordingly, the Court takes the view that Article 4 of Protocol No. 7 must be understood as prohibiting the prosecution or trial of a second “offence” in so far as it arises from identical facts or facts which are substantially the same.

83. The guarantee enshrined in Article 4 of Protocol No. 7 becomes relevant on commencement of a new prosecution, **where a prior acquittal or conviction has already acquired the force of res judicata**. At this juncture the available material will necessarily comprise the decision by which the first “penal procedure” was concluded, and the list of charges levelled against the applicant in the new proceedings. Normally, these documents would contain a statement of facts concerning both the offence for which the applicant has already been tried and the offence of which he or she stands accused. **In the Court’s view, such statements of fact are an appropriate starting-point for its determination of the issue whether the**

²¹ Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 26 de septiembre de 2006, párr. 154.

facts in both proceedings were identical or substantially the same. The Court emphasizes that it is irrelevant which parts of the new charges are eventually upheld or dismissed in the subsequent proceedings, because Article 4 of Protocol No. 7 contains a safeguard against being tried or being liable to be tried again in new proceedings rather than a prohibition on a second conviction or acquittal (compare paragraph 110 below).

84. The Court’s inquiry should therefore focus on those facts which constitute a set of concrete factual circumstances involving the same defendant and inextricably linked together in time and space, the existence of which must be demonstrated in order to secure a conviction or institute criminal proceedings.²² (Resaltados añadidos).

Otro aspecto fundamental que ha sido objeto de desarrollo en la jurisprudencia del TEDH es el relativo a la aplicación del *ne bis in idem* en casos de sanciones administrativas que son de naturaleza penal. En efecto, según el Tribunal Europeo, este derecho supone que un procedimiento penal contra una persona se refiera a delitos relativos a hechos “idénticos o sustancialmente los mismos” a aquellos por los que ha sido considerada responsable por la autoridad administrativa. En otras palabras, el análisis debe comenzar por centrarse en aquellos hechos que constituyen (i) un conjunto de circunstancias fácticas concretas, (ii) que involucran al mismo acusado y (iii) que están inextricablemente vinculados entre sí, en el tiempo y el espacio²³. En otras palabras, actos que se refieran en definitiva a la misma conducta. Ahora bien, el aporte más importante del caso *Grande Stevens v. Italy* es que el Tribunal Europeo dictaminó que las sanciones administrativas impuestas ciertas autoridades administrativas pueden considerarse, a los efectos del Convenio Europeo de Derechos Humanos, como sanciones penales. El Tribunal dictaminó que el inicio de un procedimiento penal por un comportamiento ilegal que ya ha estado sujeto a las sanciones administrativas de naturaleza penal, constituye un “*bis in idem*”, ya que infringe la prohibición de iniciar una acción legal dos veces por la misma causa de acción. Así, el TEDH ha desarrollado con carácter evolutivo y pro-persona el principio de *ne bis in idem* dentro de cada Estado parte, al ampliar su ámbito de aplicación para incluir también a las sanciones que son esencialmente de naturaleza penal, a pesar de que están formalmente no están clasificadas como tales en la legislación interna. Al hacerlo, el Tribunal se refirió a su propia jurisprudencia, que establece los criterios a tener en cuenta para determinar si había o no una acusación penal. En este sentido, el Tribunal ha establecido que para determinar cuándo se trata de una cuestión penal o no, hay que tener en cuenta tres criterios: (i) la calificación legal del asunto dentro del sistema del Estado pertinente; (ii) la naturaleza del asunto en sí; y (iii) la naturaleza y la gravedad de las sanciones. El Tribunal

²² ECHR, *Case Zolotukhin v. Rusia*, Aplicación No. 14939/03, (GC) Judgement of 10 February 2009, párrs. 82-84.

²³ *Ibid.*, párrs. 74-77.

también ha señalado que estos tres criterios son alternativos y no acumulativos, pero podrían acumularse cuando el análisis de cada criterio no sea suficiente para llevar a cabo una determinada declaración sobre la aplicación del principio de *ne bis in idem*²⁴. Así, por ejemplo, en el caso *Grande Stevens v. Italy* unas infracciones administrativas graves que habían llevado a la imposición de sanciones de multas cuantiosas (superiores a un millón de euros) por la autoridad regulatoria del mercado de valores, el TEDH llegó a la conclusión que éstas equivalían a sanciones de naturaleza penal, por lo que no era posible que el Estado iniciara un nuevo procedimiento penal en su contra. El Tribunal determinó que, aunque la primera sanción estaba descrita como “administrativa” en la ley, la severidad de las multas impuestas por la autoridad regulatoria administrativa las asimilaba a sanciones de naturaleza penal. De esta forma, la sentencia del TEDH concluyó afirmando, que el nuevo procedimiento penal -relativo a una segunda infracción o delito-, se originó en acontecimientos idénticos a los que habían sido objeto de la primera condena, lo que en sí mismo equivalía a una violación del artículo 4 del Protocolo No. 7. Por lo tanto, el Tribunal Europeo condenó al Estado responsable a garantizar que los nuevos procedimientos penales iniciados contra los demandantes (víctimas) en violación de esta disposición y que aún estaban pendientes, se cerraran lo más rápido posible y sin consecuencias adversas para ellos²⁵.

La panorámica anterior a nivel internacional nos confirma la consolidación del *ne bis in idem* como un derecho humano universalizado de toda persona, a no ser procesada de nuevo por los mismos hechos (o sustancialmente los mismos hechos), por los cuales ha sido previamente enjuiciada, independientemente de que la sentencia definitiva la haya declarado inocente o culpable. Por lo cual, este derecho está referido fundamentalmente a los “hechos” cualquiera que sea su “calificación jurídica”.

4. La consolidación expresa de los efectos del derecho

Como hemos visto, el derecho humano de toda persona a no ser enjuiciada dos veces por los mismos hechos ha pasado de ser un derecho originado en las legislaciones internas a ser un derecho humano universal consolidado.

La condición de “universalidad” inherente a todo derecho humano, hace que este derecho no derive de la condición de nacional de una persona, o de su género, de su opinión política, de su raza o de su condición social o económica. Se trata de un derecho universal de toda persona y una obligación también universal de todos los Estados. Ello implica, que los Estados partes de los instrumentos que consagran este derecho de manera explícita o implícita, tienen la obligación de respetar, garantizar y proteger este derecho humano universal de toda persona. No

²⁴ *Ibíd.*, párrs. 52-57.

²⁵ ECHR, *Case of Grande Stevens v. Italy*, (*Application No. 18640/10*), Judgment of 4 March 2014 (final of 7 July 2014), párrs. 219-228 y 237.

existe fundamento alguno en estos instrumentos sobre derechos humanos, para que un Estado invoque su jurisdicción o soberanía, para oponerla a la vigencia y respeto de este derecho en su jurisdicción. Por el contrario, conforme al Derecho internacional de los tratados, éstos deben ser interpretados y cumplidos de buena fe por los Estados partes (*pacta sunt servanda*²⁶); y por tanto, los Estados no pueden invocar su Derecho interno como justificación para el incumplimiento de un tratado²⁷.

Es importante afirmar que este derecho tiene vigencia y aplicación, tanto a nivel intra-estatal como a nivel inter-estatal. No existe nada que impida o excluya la validez universal de este derecho. Así, por ejemplo, no podría una provincia o un estado dentro de un Estado federal, pretender enjuiciar de nuevo a una persona por los mismos hechos por los cuales ya fue enjuiciada en la otra entidad federal; ni pretender el Estado nacional enjuiciar de nuevo a una persona por los mismos hechos por los cuales ya fue enjuiciada en uno de sus niveles inferiores (provincias o estados). Tampoco podría un Estado pretender enjuiciar a una persona por los mismos hechos por los cuales ya fue enjuiciada en otro Estado. Este derecho sólo admite excepciones en los casos especiales, en los cuales, como hemos visto, exista una probada situación de cosa juzgada manipulada o fraudulenta; o el juicio anterior no haya gozado de las garantías esenciales del debido proceso; o el propósito haya sido probadamente evadir el efecto de la justicia. En este sentido, los Estados tienen la obligación de adoptar las medidas legislativas y de otro carácter (ej. Judiciales), para hacer efectivo este derecho dentro de su jurisdicción.

La anterior interpretación ha sido confirmada incluso por los tratados sobre derechos humanos, que incluso establecen delitos internacionales frente a los cuales existen varias jurisdicciones competentes: la del lugar de ocurrencia de los hechos delictivos, y la del lugar donde se encuentra el presunto responsable o la nacionalidad de la víctima. En estos casos, frente al Estado que haya afirmado jurisdicción para perseguir el presunto responsable, un tercer Estado que podría reclamar su jurisdicción para enjuiciar los mismos hechos, cede su jurisdicción frente al primero y tiene la obligación de cooperar con el primero.

Así, por ejemplo, la *Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes* (Convención contra la Tortura) de las

²⁶ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados:

26. “Pacta sunt servanda”. Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.

²⁷ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados:

27. El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.

Naciones Unidas²⁸, establece la obligación de los Estados partes de sancionar los actos de tortura, a cuyo efecto, el artículo 5 establece la obligación de los Estados de establecer distintas posibilidades para afirmar una sola jurisdicción:

- a) Cuando los delitos se cometan en cualquier territorio bajo su jurisdicción o a bordo de una aeronave o un buque matriculados en ese Estado;
- b) Cuando el presunto delincuente sea nacional de ese Estado;
- c) Cuando la víctima sea nacional de ese Estado y éste lo considere apropiado.

2. Todo Estado Parte tomará asimismo las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre estos delitos en los casos en que el presunto delincuente se halle en cualquier territorio bajo su jurisdicción y dicho Estado no conceda la extradición, con arreglo al artículo 8, a ninguno de los Estados previstos en el párrafo 1 del presente artículo.

3. La presente Convención no excluye ninguna jurisdicción penal ejercida de conformidad con las leyes nacionales.

Una vez afirmada la jurisdicción de un Estado para enjuiciar a un presunto responsable de actos de tortura, los demás Estados deberán aceptarla y cooperar y prestar asistencia mutua a dicho Estado. En este sentido, la Convención contra la Tortura dispone en su artículo 9, que los Estados Partes se prestarán todo el auxilio posible en lo que respecta a cualquier procedimiento penal relativo a los delitos, inclusive el suministro de todas las pruebas necesarias para el proceso que obren en su poder.

En igual sentido, la *Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas* de las Naciones Unidas, establece normas equivalentes a la Convención contra la Tortura, tanto en relación con la obligación de los Estados de establecer distintas posibilidades para afirmar su jurisdicción (art. 9); como en relación con la obligación de los Estados Partes de prestar todo el auxilio posible en lo que respecta a cualquier procedimiento penal relativo a los delitos, inclusive el suministro de todas las pruebas necesarias para el proceso que obren en su poder (art. 14)²⁹.

Queda claro, por tanto, que si el objeto es perseguir y sancionar determinadas violaciones graves contra los derechos humanos que configuran delitos internacionales, los presuntos responsables pueden y deben ser perseguidos por los Estados partes del tratado, quienes tienen varias opciones para afirmar su

²⁸ Información oficial en United Nations Treaty Collection, disponible en: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-9&chapter=4&clang=_en.

²⁹ Información oficial en United Nations Treaty Collection, disponible en: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-16&chapter=4&clang=_en.

jurisdicción. Inclusive el Estado en cuya jurisdicción se encuentra el presunto responsable, debe necesariamente extraditar la persona al Estado requirente o en su defecto enjuiciarla en su territorio³⁰. Pero una vez que un Estado parte afirme su jurisdicción para enjuiciar al presunto responsable, los demás Estados así lo aceptarán y le prestarán la cooperación y el auxilio necesario.

Por lo tanto, la consecuencia de considerar como delito internacional estas graves violaciones a los derechos humanos como la tortura y la desaparición forzada de personas, es que el proceso llevado a cabo por un Estado parte de esos instrumentos, tiene el carácter de cosa juzgada y debe ser respetado por los demás Estados. Por lo cual, a menos de que estemos frente a una de las situaciones excepcionales de cosa juzgada fraudulenta antes descritas, la sentencia de absolución o condena beneficia al destinatario con el derecho al *ne bis in idem* ante terceros Estados.

La consolidación de esta evolución del derecho al *ne bis in idem* en el Derecho internacional, puede verse en el caso del juzgamiento de los delitos bajo el *Estatuto de Roma*: el artículo 5 se refiere a la competencia de la Corte Penal Internacional en los crímenes de genocidio, de lesa humanidad, de guerra y de agresión. En efecto, de conformidad con el artículo 20 del *Estatuto de Roma*, el principio de jurisdicción es, en primer lugar, que la persona que haya sido juzgada por la Corte Penal no será procesada por esa misma Corte en razón de conductas constitutivas de crímenes por los cuales ya hubiere sido condenado o absuelto por la Corte. En segundo lugar, nadie será procesado por otro tribunal en razón de uno de los crímenes mencionados en el artículo 5 por el cual la Corte Penal Internacional ya le hubiere condenado o absuelto. Y en tercer lugar, la Corte Penal Internacional tampoco procesará a nadie que haya sido procesado por otro tribunal en razón de hechos (también prohibidos en virtud de los artículos 6, 7 u 8), a menos que el proceso en el otro tribunal: a) obedeciera al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte; o b) no hubiere sido instruido en forma independiente o imparcial de conformidad con las debidas garantías procesales reconocidas por el Derecho internacional o lo hubiere sido de alguna manera que, en las circunstancias del caso, fuere incompatible con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia.

En consecuencia, el contenido del derecho al *ne bis in idem* se ha ido consolidando como un derecho humano universal, no solo exigible dentro de las jurisdicciones intra-estatales, sino además en las jurisdicciones inter-estatales e incluso a nivel de jurisdicciones internacionales.

³⁰ *Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes*, artículo 7; y *Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*, artículo 11.

5. La confirmación del contenido del derecho en otros tratados: la asistencia penal internacional y el cumplimiento de sentencias penales

Los Estados han suscrito otros tratados y convenciones en materia penal, específicamente en materia de cooperación y asistencia penal mutua y cumplimiento de condenas penales, donde han ratificado el respeto al derecho al *non bis in idem* o *ne bis in idem*. A tales efectos, haremos mención breve a tratados suscritos por Argentina y los Estados Unidos de América. Así, la *Convención Interamericana sobre Asistencia Mutua en Materia Penal*, adoptada el 23 de mayo de 1992 en Nassau, Bahamas, que entró en vigencia en 1996³¹, establece expresamente que el Estado requerido puede denegar la asistencia mutua en materia penal, cuando ésta fuere usada con el objeto de juzgar a una persona por un cargo por el cual dicha persona ya fue previamente condenada o absuelta en un juicio en el Estado requirente o requerido:

Artículo 9. DENEGACIÓN DE ASISTENCIA

El Estado requerido podrá denegar la asistencia cuando a su juicio:

La solicitud de asistencia fuere usada con el objeto de juzgar a una persona por un cargo por el cual dicha persona ya fue previamente condenada o absuelta en un juicio en el Estado requirente o requerido [...]. (Resaltados añadidos).

En el mismo sentido, la *Convención Interamericana para el Cumplimiento de Condenas Penales en el Extranjero*, adoptada el 9 de junio de 1993 en Managua, Nicaragua, que entró en vigencia el 12 de abril de 1996³², establece expresamente que la persona sentenciada que fuera trasladada conforme a lo previsto en la Convención no podrá ser detenida ni enjuiciada (o condenada) nuevamente en el Estado receptor por el mismo delito que motivó la sentencia impuesta por el Estado sentenciador:

Artículo VII.- Derechos de la Persona Sentenciada Traslada y Formas de Cumplimiento de la Sentencia.

La persona sentenciada que fuera trasladada conforme a lo previsto en la presente Convención no podrá ser detenida, enjuiciada o condenada nuevamente en el Estado receptor por el mismo delito que motivó la sentencia impuesta por el Estado sentenciador. (Resaltados añadidos).

Esta tendencia tiene incluso un carácter universal más allá del mero ámbito interamericano, como se evidencia por ejemplo en la *Convención Única Sobre*

³¹ Ver información oficial en Tratados Multilaterales OEA, disponible en: <https://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/a-55.html>.

³² Ver información oficial en Tratados Multilaterales OEA, disponible en: <https://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/a-57.html>.

*Estupefacientes de las Naciones Unidas*³³, dispone que los delitos graves cometidos en el extranjero, tanto por nacionales como por extranjeros, serán juzgados por el Estado parte en cuyo territorio se haya cometido el delito, o por el Estado parte en cuyo territorio se encuentre el delincuente (si no procede la extradición de conformidad con la ley de la Parte a la cual se la solicita), “si dicho delincuente no ha sido ya procesado y sentenciado” (artículo 36, 2. iv).

Pero incluso en el ámbito europeo, esta tendencia al reconocimiento extra o inter-estatal de los efectos del *ne bis in idem* ha sido igualmente reconocida. Así, por ejemplo, en el ámbito europeo y más específicamente de la Unión Europea, el *Convenio Europeo sobre la Transmisión de Procedimiento en Materia Penal* dispone que cuando una persona “hubiera sido absuelta” mediante sentencia penal firme y ejecutoria, “no podrá ser perseguida ni condenada, ni quedar sometida a la ejecución de una sanción en otro Estado Contratante” (artículo 35.1.a)³⁴. En el mismo sentido, el *Convenio Europeo sobre la Validez Internacional de las Sentencias Penales*, dispone que cuando una persona “haya sido absuelta” mediante sentencia penal europea, “no podrá ser procesada, condenada ni sometida al cumplimiento de una sanción por el mismo hecho en otro Estado Contratante” (artículo 35.1.a)³⁵.

Lo anterior, confirma que el derecho al *non bis in idem* ó *ne bis in idem* ha sido además reconocido como un principio y un derecho fundamental y humano no sólo en el Derecho interno, sino en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos y, además, en materia de cooperación para la asistencia penal en la persecución de delitos e incluso para el cumplimiento de sentencias penales. Este derecho no sólo tiene aplicación dentro de las jurisdicciones internas de los Estados, sino entre los Estados e incluso los tribunales internacionales.

6. La confirmación del contenido esencial del derecho humano

Un asunto sobre el cual ha habido interpretaciones diversas es si la prohibición de doble enjuiciamiento se refiere a los mismos *hechos* o a los mismos *delitos*. En efecto, si se entiende que el derecho a no ser juzgado dos veces por la

³³ *La Convención Única Sobre Estupefacientes de las Naciones Unidas*, adoptada y abierta a la firma el 30 de marzo de 1961 en New York. Fue enmendada por el *Protocolo de 1971* de Modificación de la Convención Única de 1961 sobre *Estupefacientes en Viena*. Información oficial de United Nations Treaty Collection, disponible en: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtmsg_no=VI-18&chapter=6&clang=_en.

³⁴ *Convenio Europeo sobre la Transmisión de Procedimiento en Materia Penal*, adoptado en Estrasburgo el 15 de mayo de 1972, entró en vigor el 12 de noviembre de 1988.

³⁵ *Convenio Europeo sobre la Validez Internacional de las Sentencias Penales*, adoptado en La Haya el 28 de mayo de 1970.

misma causa (*ne bis in idem*) se refiere únicamente a los *delitos* idénticos, entonces tendrá un alcance más limitado que si se entiende que la prohibición hace referencia a los mismos *hechos*.

Así, por ejemplo, una persona que ha sido detenida en un determinado Estado por el delito de tráfico ilícito de drogas podría ser requerida por otro país no sólo por ese delito, sino también por otros similares, como conspiración, lavado de dinero, etc. Si se entiende que el derecho a no ser juzgado por la misma causa se refiere a los mismos *hechos*, en el presente ejemplo aplicaría la garantía con todo rigor; mientras que, si se entendiese que el derecho se refiere únicamente a los mismos *delitos*, la garantía podría no aplicarse en su totalidad a este mismo supuesto, ya que podría entenderse que el segundo Estado lo estaría persiguiendo por otros delitos distintos a los que ya fue juzgado.

Algunos tratados internacionales de derechos humanos y de extradición utilizan los términos “*mismos delitos*”, mientras que otros utilizan los “*mismos hechos*”. Incluso, algunos autores han sugerido que en el Derecho anglosajón existe la tendencia de limitar el derecho-garantía a los *mismos delitos*, mientras que en los sistemas de Derecho civil se extiende a la similitud de los *hechos*.³⁶

No obstante, la tendencia garantista de este derecho humano impone su interpretación de la manera que sea más favorable sea al ejercicio del mismo. Así, por ejemplo, en la *Convención Americana de Derechos Humanos* se utilizan los términos los “*mismos hechos*”; mientras que en la *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea* se utiliza la “*misma infracción*”. Una interpretación estricta y literal lleva a que el contenido del derecho podrá variar considerablemente en uno u otro caso.

El “delito” es un concepto jurídico normativo. Por ejemplo, ante el delito de tráfico de estupefacientes se pueden imputar una multiplicidad de delitos concurrentes, de conformidad con las particularidades de legislación interna de cada país, como sería la legitimación de capitales que pudiera estar involucrada. De allí, que, si el derecho al *ne bis in idem* se restringe únicamente al mismo *delito*, la aplicación de este derecho-garantía será más restrictiva y limitada, pues siempre existirán diferencias en los tipos penales de cada Estado.

No obstante, aun en esos supuestos, tampoco se puede llegar al extremo de usar a una interpretación formalista del *nomen iuris* y no material del tipo delictivo, para justificar la persecución múltiple de una persona por un mismo delito sustancialmente idéntico.

Por tanto, fundar el contenido de este derecho en los *hechos*, da un alcance tutelar de mayor amplitud material y de contenido, ya que se refiere a las

³⁶ Ver, Linda Carter, “The principle of Complementarity and the International Criminal Court: The Role of Ne Bis in Idem”, *Santa Clara Journal of International Law*, Vol. 8, Issue 1, 2010.

conductas mas no a su tipificación jurídica bajo determinados tipos de delitos. Esta discusión relacionada con el alcance de este derecho humano estuvo presente al momento de la redacción del *Estatuto de la Corte Penal Internacional*, donde se modificó la redacción que se había utilizado en los *Estatutos de los Tribunales Internacionales para la ex Yugoslavia y Ruanda*, a la hora de consagrar el derecho al *ne bis in idem*. Así, la redacción vigente (artículo 20) hace referencia a “conductas constitutivas de crímenes”, lo que ha sido interpretado en el sentido de que la garantía alcanza a los procesos penales relacionados sobre los mismos hechos³⁷.

Esta discusión se ha planteado también dentro de las jurisdicciones internas de los países que reconocen este derecho. Por ejemplo, en los Estados Unidos de América en el caso *Sindona v. Grant*³⁸, referido a un caso relacionado con el Tratado de Extradición entre ese país e Italia, la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito consideró que el principio *ne bis in idem* se refería a la *misma conducta* y no a los mismos delitos o infracciones³⁹.

II. El principio *ne bis in idem* en el ámbito de la extradición

Como ya adelantamos, el derecho humano a no ser juzgado dos veces por la misma causa se encuentra hoy en día reconocido en prácticamente todos los tratados modernos de extradición y cooperación internacional en materia penal.

La lucha contra el delito constituye un elemento esencial de la política exterior de los Estados, que ha sido reconocida como una responsabilidad de la comunidad de naciones. En virtud de la ágil movilidad internacional de los autores y demás partícipes en conductas delictivas, se han ido mejorando las pautas comunes de cooperación policial y judicial, expresada en el intercambio fluido de informaciones sobre identidad de infractores, prácticas delictivas y personas vinculadas a las mismas; y además, en la configuración de instituciones procesales idóneas para perseguir a los responsables, donde sin duda la cooperación policial internacional de la Organización Internacional de Policía Criminal (INTERPOL) juega un papel muy importante.

Así, con el transcurso de los años se ha mejorado sensiblemente la institución de la extradición, superando una serie de obstáculos a su viabilidad; y además, se

³⁷ Al respecto, puede consultarse el trabajo de John T. Holmes, “Complementarity: National vs. The ICC”, *The Rome Statute of the International Criminal Court*, compilado por Antonio Cassese, Oxford University Press, 2002.

³⁸ United States Court of Appeals, Second Circuit, Mar 21, 1980 619 F.2d 167 (2d Cir. 1980).

³⁹ Una posición contraria había asumido antes la Corte Suprema de los Estados Unidos de América en el caso *Blockburger v. United States*, en donde se consideró que lo relevante no era la misma conducta, sino la necesidad de probar o no unos hechos distintos: U.S. Jan 4, 1932 284 U.S. 299 (1932).

han creado un conjunto amplio de instituciones tendientes a dotar de mayor eficacia a la cooperación judicial internacional⁴⁰. Precisamente por ello, y entre otras iniciativas, la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, se dedicó a la tarea de preparar un *instrumento modelo de Tratado sobre la Extradición*, tomando en cuenta los tratados internacionales existentes con disposiciones sobre extradición, incluyendo la *Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional*⁴¹, la *Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*⁴², al igual que los instrumentos internacionales contra el terrorismo.

En el artículo 4 del *Tratado Modelo* se incluye el derecho al *ne bis in idem*, al señalarse lo siguiente:

Podrá denegarse la extradición cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:

[...]

b) Si las autoridades competentes del Estado requerido han decidido no iniciar, o dar por terminadas, actuaciones contra la persona por el delito por el que se solicita la extradición;

c) Si en el Estado requerido hay un proceso pendiente contra la persona reclamada por el delito cuya extradición se solicita; [...].

De igual forma, la misma Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito preparó una *Ley Modelo de Extradición*, donde en la sección 8 se establece lo siguiente:

Se puede denegar la extradición si se ha emitido y ejecutado una sentencia definitiva en contra de la persona reclamada en [país que adopta la ley] [o en un tercer Estado] con respecto al delito por el cual se solicita la extradición.

Tratados de esta naturaleza existen entre la mayoría de los países e incluso a nivel regional. Así, por ejemplo, en el caso de Europa, el *Convenio Europeo de Extradición*, (París el 13 de diciembre de 1957), dispone en su artículo 8, que el Estado parte requerido podrá denegar la extradición de la persona reclamada, si ésta fuera objeto de persecución por las autoridades competentes de aquélla, a causa del hecho o los hechos motivadores de la solicitud de extradición:

⁴⁰ César San Martín C., “La Extradición y la Cooperación Judicial Internacional”, Ponencia presentada para el foro sobre la *Cooperación Judicial Internacional*, IV Congreso Internacional de Derecho Penal de la Pontificia Universidad Católica del Perú, disponible en: https://issuu.com/profesorasduarte/docs/la_extradici_n_y_la_cooperaci_n_judicial_internaci.

⁴¹ Adoptada por la Resolución 55/22 de la Asamblea General de la ONU de 15 de noviembre del 2000 y en vigor desde el 29 de septiembre del 2003.

⁴² Adoptada por la Resolución 58/4 de la Asamblea General de la ONU de 31 de octubre del 2003 y en vigor desde el 14 de diciembre de 2005.

Artículo 9. *Non bis in idem*

La extradición no se concederá si la sentencia firme ha sido dictada por las autoridades competentes de la Parte requerida sobre la persona reclamada con respecto al delito o los delitos por los que se demanda la extradición. La extradición puede denegarse si las autoridades competentes de la Parte requerida han decidido no instruir o finalizar el proceso por el mismo delito o delitos.

Así mismo, en el *Instrumento de Ratificación del Protocolo Adicional al Convenio Europeo de Extradición* (París el 15 de octubre de 1975), se dispuso en su artículo 9, que “no se concederá la extradición de una persona contra la que se haya dictado una sentencia firme en un tercer Estado, la Parte Contratante para el Convenio, por el delito o los delitos por los que se interpone la demanda: a) si la mencionada sentencia obtuvo su absolución”. En ese mismo sentido, el *Convenio de Aplicación del Acuerdo Schengen* de 1995, dispone que, cualquier persona que haya sido juzgada mediante sentencia firme en un Estado, no podrá ser perseguida por los mismos hechos en otro Estado. Como señala Redondo, los motivos del Convenio parecen claros, “la libre circulación de las personas y el principio de reconocimiento mutuo. En cuanto al primero, a través de él se garantiza que, una vez sometido un ciudadano a un proceso efectivo de persecución penal, éste puede moverse por la UE sin temor a ser sometido de nuevo a dicho proceso por los mismos hechos⁴³. En lo que hace al segundo, debido a la pertenencia a la comunidad jurídica europea, los Estados Miembros de la UE tienen que reconocer el carácter vinculante de las resoluciones de los otros Estados Miembros como si fueran propias”⁴⁴.

Se trata por tanto de una situación consolidada en relación con el reconocimiento expreso del respeto al derecho humano al *ne bis in idem* ó *non bis in idem* a nivel internacional, en los tratados marco que regulan la extradición, tanto a nivel regional como a nivel bilateral.

III. La normativa de INTERPOL garantiza y obliga al respeto de los derechos humanos

El artículo 2(1) del *Estatuto de la Organización Internacional de Policía Criminal* (en adelante, Estatuto de INTERPOL) señala claramente que los fines de INTERPOL son:

⁴³ Ver referencias en Acuerdo de Schengen/VisaEuropa, disponible en: <https://www.visaeuropa.com/visa-schengen/acuerdo>.

⁴⁴ Beatriz Redondo C., “Principio Non Bis in Idem”, Universidad de Alcalá, Alcalá de Henares, 2017, disponible en: <https://ebuah.uah.es/dspace/bitstream/handle/10017/32368/TFM.%20NON%20BIS%20IN%20IDEM.pdf?sequence=1>.

(1) Conseguir y desarrollar, **dentro del marco de las leyes de los diferentes países del respeto a la *Declaración Universal de Derechos Humanos***, la más amplia asistencia recíproca de las autoridades de policía criminal. (Resaltados y cursivas añadidas).

En el mismo sentido, el artículo 11(1) del *Reglamento de INTERPOL sobre el Tratamiento de Datos* (en adelante RITD) dispone:

El tratamiento de datos en el Sistema de Información de INTERPOL deberá ser autorizado con arreglo a la legislación aplicable a la Oficina Central Nacional, a la entidad nacional y a la entidad internacional, y efectuarse respetando los derechos fundamentales de las personas objeto de la cooperación, de conformidad con el artículo 2 del Estatuto de la Organización y **la *Declaración Universal de Derechos Humanos* a la que remite dicho artículo**. (Resaltados y cursivas añadidas).

Esta misma obligación de respeto a los derechos fundamentales de la persona y la conformidad con la *Declaración Universal de Derechos Humanos* se reitera en el artículo 34(1) del RITD; y el artículo 76(d) *eiusdem* señala que las publicaciones de notificaciones deben realizarse de acuerdo a los artículos 2(1) y 3 del Estatuto de INTERPOL y “con las obligaciones que el derecho internacional le impone”.

Finalmente, el artículo 86 del RITD establece que la Secretaría General debe realizar un examen jurídico de todas las notificaciones rojas, a los fines de garantizar su conformidad con la normativa INTERPOL, y en particular con los artículos 2 y 3 del *Estatuto de INTERPOL*.

Como puede apreciarse, la normativa que rige a INTERPOL establece la obligación de este organismo de adoptar sus decisiones con relación a la cooperación policial entre los Estados, en respeto y protección de los derechos humanos y las obligaciones de Derecho internacional.

Si bien en la normativa de INTERPOL se hace referencia a la *Declaración Universal de Derechos Humanos*, debe entenderse esta mención no en un sentido restrictivo, sino en definitiva referida a los derechos humanos en el marco del Derecho internacional, como por demás se ve confirmado por el artículo 76(d) del RITD. En efecto, los derechos humanos contenidos en la Declaración Universal no son un concepto estático, taxativo e invariable, sino por el contrario, se trata de un instrumento viviente, cuyo contenido ha venido evolucionando junto con el desarrollo de la humanidad desde 1948, bajo el principio pro-persona o de progresividad.

Así, conforme hemos visto, los nuevos derechos implícitos que emanan de anteriores formulaciones van siendo reconocidos en virtud de su carácter dinámico y evolutivo; y se van reconociendo y consolidando hasta aparecer formulados de manera explícita.

Como lo reconoce la mayor parte de la doctrina internacional, no todo perjuicio o amenaza se reconoce como derecho, pero tanto el contenido como la lista de derechos humanos ha venido evolucionando y continuará haciéndolo, en respuesta a las aspiraciones de la humanidad y los cambios sociales, políticos y tecnológicos⁴⁵. Por lo general, estos derechos se consolidan luego de concretas experiencias, por lo general de sufrimiento de las personas humanas, y luego de la lucha por la defensa de la dignidad. Tal y como lo expresa el Profesor Dershowitz, la fuente de los derechos son las experiencias de grandes injusticias de la humanidad, lo que resume en la frase “*rights comes from wrongs*”⁴⁶.

Así, por ejemplo, el derecho a no ser encarcelado por deudas y el derecho a la educación primaria obligatoria, no aparecen expresamente en la *Declaración Universal de Derechos Humanos*; pero quizás hoy nadie dude que se trata de un derecho humano universal, incluso consolidado en otros instrumentos internacionales, como el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* y el *Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales*.

Este es el caso del *ne bis in idem*, o el derecho a no ser juzgado dos veces por la misma causa. Este derecho humano ha venido evolucionando desde ser considerado como un principio legal de Derecho interno a un derecho humano universal, primero reconocido de manera implícita en los primeros instrumentos internacionales, y seguidamente, de manera explícita con su reconocimiento expreso internacional. Por ello, como apunta Vervaele, el *ne bis in idem* debe aplicarse como un derecho humano completamente transnacional *erga omnes*. De allí que, en las conclusiones de su trabajo, Vervaele afirma lo siguiente:

Classic inter-state cooperation in criminal matters has been replaced by enhanced judicial cooperation, directly between the actors of the criminal justice system. Moreover, these have to recognize each other’s judicial decisions, based upon the principle of mutual recognition. Mutual recognition of, for example, each other’s arrest warrants does not only lead to speedier surrender of suspects within the EU, but also to the duty of transnational application of legal principles such as the *ne bis in idem* principle. And this transnational operation presumes that the territorial scope and substantive application of the *ne bis in idem* principle within the EU is based on a common standard. This is the only way in which to guarantee equivalent protection. Essential aspects of the operation of the criminal justice system are thus functioning in an European area without internal borders, a transnational judicial area. Member States must be prepared to leave behind their classic, outdated views on sovereignty and accept a vision

⁴⁵ Jack Donnelly, *Universal Human Rights in Theory & Practice*, Second Edition, Cornell University Press, 1998, p. 57.

⁴⁶ Allan Dershowitz, *Shouting Fire, Civil Liberties in a Turbulent Age*, Little Brown & Company, 2002, pp. 32 y ss.

of shared sovereignty in the common judicial area. Transnational human rights are a substantial part of such a common judicial area.⁴⁷ (Resaltados añadidos).

En conclusión, las actuaciones de INTERPOL también deben sujetarse al respeto de los derechos humanos y en concreto al reconocimiento y la aplicación del principio *ne bis in idem*, por tratarse de un derecho humano universal con amplio reconocimiento en los distintos tratados internacionales en materia de derechos humanos y cooperación en materia penal. La evolución progresiva y la consolidación del derecho al *ne bis in idem* en el Derecho internacional, confirma la anterior conclusión. En este sentido, el reconocimiento de este derecho humano y su contenido expansivo en los instrumentos internacionales, incluido el *Estatuto de Roma*, como vimos *supra*, indica su claro nivel de aceptación en los asuntos relacionados con la justicia penal internacional, lo que confirma la imposibilidad de negarle su carácter de derecho humano transnacional. Ya no se trata de un simple principio reconocido por los ordenamientos jurídicos internos y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, sino además de un derecho fundamental para proteger la seguridad jurídica, el cual debe ser reconocido y aplicado en cualquier requerimiento de una persona, para ser juzgado en un determinado país o sistema de justicia.

En el caso particular de las Alertas Rojas u órdenes de detención de INTERPOL, el artículo 82 del RITD establece que la solicitud de localización de una persona se realiza siempre “con miras a su extradición”, por lo que las actuaciones de las Oficinas Centrales Nacionales involucradas y las autoridades de INTERPOL deben necesariamente considerar la aplicación de los derechos humanos universales y la legislación y tratados vigentes que se refieran a la extradición. De esta forma, las notificaciones de las Alertas Rojas es un medio para alcanzar el fin (la extradición), de manera que al negarse válidamente ésta (la extradición), no tendría sentido mantener dicha alerta.

Por tanto, para la publicación de notificaciones de Alertas Rojas debe aplicarse toda la normativa de Derecho internacional referente al caso concreto y dentro de este análisis debe considerarse, en consecuencia, el derecho al *ne bis in idem*.

Ahora bien, en cuanto a la interpretación del alcance de este derecho al caso concreto, el propio Artículo 2 de los Estatutos de INTERPOL y el artículo 76(d) del RITD disponen que debe considerarse no sólo las leyes de los diferentes países sino *las obligaciones que el Derecho internacional le impone*. Es allí donde debe entonces considerarse la existencia y contenido de los tratados de extradición y las leyes internas que regulen la materia.

⁴⁷ John A.E. Vervaele, “The Transnational *ne bis in idem* principle in the EU. Mutual recognition and equivalent protection of human rights”, *Utrecht Law Review*, Vol. 1, Issue 2, pp. 117-118.

Como vimos anteriormente, la evolución actual del Derecho internacional de los derechos humanos permite afirmar que una persona que ha sido juzgada con las garantías del debido proceso en un Estado y ha sido declarada inocente mediante sentencia definitiva firme; no puede ser requerida ni detenida ni extraditada para ser juzgada por los mismos hechos en otro Estado, a menos de que se estuviera frente a un claro caso de cosa juzgada fraudulenta. Esta conclusión se encuentra confirmada en la mayoría de los tratados de extradición en los cuales expresamente se establece el derecho al *ne bis in idem* en forma amplia, al hacer referencia a la identidad de los hechos.

De allí, que en los asuntos relacionados con las solicitudes de extradición entre estos dos países y frente a cualquier solicitud de notificaciones de Alertas Rojas, en el marco de la normativa INTERPOL, debe respetarse y aplicarse el derecho humano al *ne bis in idem*: cuando una persona ha sido juzgada en uno de los dos Estados mediante sentencia definitiva y firme (absuelta o culpable); el segundo Estado pierde jurisdicción para poder juzgarlo por la misma causa por segunda vez. Esta obligatoria aplicación reside no sólo en el reconocimiento de este derecho humano internacional, sino además por ser una norma expresa de los tratados de extradición entre los Estados, que no puede ser obviada a la hora de resolver cualquier asunto de extradición.

IV. La deferencia necesaria en la interpretación realizada por la jurisdicción del Estado requerido, con respecto a la solicitud de extradición

Como hemos dicho hasta aquí, los Estados involucrados en un procedimiento de extradición deben aplicar toda la normativa existente entre ambos países, dentro de lo cual debe considerarse el derecho humano al *ne bis in idem*. Ahora bien, si el Estado requerido ha revisado el asunto y ha decidido negar la solicitud de extradición, con base en la aplicación de este derecho humano internacional, debe entonces respetarse y presumirse la legitimidad de las sentencias dictadas por las autoridades judiciales competentes, salvo que existan evidencias serias, fundadas y determinantes de que se trata de una situación de mala fe o de cosa juzgada fraudulenta donde se busca evadir la responsabilidad penal del perseguido.

En ese caso, el Estado requirente no tiene por qué insistir en su solicitud de extradición, y mucho menos solicitar la notificación de una Alerta Roja de INTERPOL, una vez que existe una decisión incluso judicial que interpreta el tratado suscrito entre ambos países, donde se ha negado el requerimiento en base al derecho al *ne bis in idem*, pues de lo contrario, no tendría ningún sentido el compromiso internacional debidamente aprobado (*pacta sunt servenda*).

Al existir unas decisiones de una jurisdicción interna mediante una justicia independiente y ajustada a las normas del debido proceso, el Estado requirente y el órgano competente de INTERPOL, deben mantener una postura de deferencia y respeto frente a la interpretación del tratado de extradición que realice la justicia

del Estado requerido, en el sentido que le corresponde a éste apreciar y considerar la aplicación de la normativa contenida en el indicado tratado.

Esta posición ha sido mantenida por la jurisprudencia de los Estados Unidos de América frente a los temas de extradición, al menos desde el año 1907 hasta el presente. En efecto, en el caso *Johnson v. Browne*⁴⁸, la Corte Suprema de los Estados Unidos consideró que debía valorar y considerar en forma deferente una decisión relacionada con una solicitud de extradición por parte de las autoridades judiciales de Canadá, señalando que la consagración o no de un delito dentro del ámbito del Tratado de Extradición era una cuestión que le correspondía realizar a las autoridades canadienses y esa decisión debía considerarse como definitiva.

Esta posición ha sido reiterada, incluso recientemente por la Corte de Apelaciones del Distrito de Columbia, concretamente en el caso *United States v. Nizar Ben Abdelaziz*. En esta sentencia se reiteró que los tribunales estadounidenses deben dar una “gran deferencia” a las decisiones dictadas por las cortes extranjeras en los casos de extradición. Textualmente señaló esa Corte:

We hold that we have jurisdiction to review Belgium’s decision, but that **our review is highly deferential**. Where an individual has been extradited pursuant to a treaty, we defer to the extradition decision of the extraditing country. In light of this deference, we presume, absent evidence to the contrary, that the extraditing nation has complied with its obligations under the treaty and that the extradition is lawful.

[...]

This deference applies equally to claims challenging the doble jeopardy provisions of extradition treaties.⁴⁹ (Resaltados añadidos).

En su sentencia, la Corte de Apelaciones consideró que la posición deferente implica que las autoridades judiciales estadounidenses deben presumir que si las cortes extranjeras consideran que un determinado delito no es extraditable o ya fue o se encuentra en proceso de juzgamiento, debe respetarse esa interpretación realizada del respectivo Tratado. Ese debe ser el estándar aplicable frente a las solicitudes de extradición.

En este sentido, como lo ha expuesto Abbell, la mayoría de los tratados de extradición suscritos por los Estados Unidos de América después de la Segunda Guerra Mundial, consagran la cláusula de *ne bis in idem* o *non bis in idem*, conforme a la cual, la extradición de una persona puede ser negada por el Estado

⁴⁸ Corte Suprema de los Estados Unidos, *Caso Johnson v. Browne*, 205 U.S. 309 (1907).

⁴⁹ Corte de Apelaciones del Distrito de Columbia, *caso United States v. Nizar Ben Abdelaziz*, 15-3075, 17 enero, 2017.

requerido (en ese caso los Estados Unidos), en el caso de personas procesadas y sentenciadas como culpables o inocentes, por los mismos hechos u ofensas:

All but one post-World War II United States extradition treaty, as well as several pre-World War II treaties, contain a so-called **non bis in idem provision requiring the United States to deny extradition if the requested person has been convicted or acquitted in the United States of the same acts or offense for which his extradition is requested**. As further pointed out in that Section, most of the treaties containing a non bis in idem provision restrict its applicability to **persons charged or convicted of the same offences in the requesting country for which they have already been convicted or acquitted in the United States**.⁵⁰ (Resaltados añadidos).

Con relación a la aplicación del *ne bis in idem*, también ha existido un debate sobre si vale la pena hacer una distinción en los tratados de extradición entre los mismos “hechos” como una situación fáctica referida a las conductas y los delitos u ofensas como una definición jurídica del tipo penal. Un buen sector de la jurisprudencia americana como de la más autorizada doctrina, ha concluido que esa discusión ya no tiene sentido y hay que dejarla de lado. Como lo afirma Cherif Bassiouni, la mayoría de los tratados modernos han adoptado expresamente una orientación basada en los “hechos” y no en los delitos, ya que la diversidad de los nombres de los delitos en las distintas jurisdicciones hace que sea mucho más justo y apropiado aplicar el enfoque del *ne bis in idem* por los hechos. Así, Cherif Bassiouni concluye que la tendencia en Estados Unidos, Europa y Canadá es interpretar el *ne bis in idem* en casos de extradición basada en los hechos y no en el tipo penal del delito:

The problem has arisen in the case of *in re Gambino*. On September 11, 2006, the district court ruled on Gambino’s habeas corpus petition that the magistrate’s order granting extradition was in violation of the treaty’s Article VI in that the facts upon which he was requested were the same facts on which he had been previously prosecuted on in the federal district court in New York. Thus Article VI, which uses the word “same acts” in English, *stessi fatti* in Italian, is interpreted to mean same facts of the 1983 treaty with Italy. The magistrate misunderstood the issue and confused the two concepts reflected in the 1973 United States-Italy treaty with its replacement, the 1983 United States Italy Extradition Treaty. The federal district court judge, unlike the magistrate, understood the difference between a fact-driven concept of *ne bis in idem* and a law-driven one.

The same issue arose in *United States v. Jurado-Rodriguez*, involving the 1883 United States Luxembourg Extradition Treaty, which contains in Article III, a similar provision on *ne bis in idem*, as Article VI of the United

⁵⁰ Michael Abbell, *Extradition to and from the United States*, Martinus Nijhoff Publishers/Brill Academic, Leiden/Boston, 2010, pp. 224-226.

States Italy Extradition Treaty. In that case, the distinction as in *Sindona v. Grant*, distinguishes between “same offense and same conduct”. The “**same offense**” approach is driven by the crime charged while the “**same conduct**” terminology is fact driven, irrespective of what the charge may be. Considering that **most modern treaties adopt a fact-driven approach to double criminality, it would be consistent with that approach for the interpretation of double jeopardy provisions** such as Article III in the Luxembourg treaty and Article VI in the Italian treaty **to be interpreted on a fact-driven basis. Moreover, the diversity in labeling crimes that exists between different legal systems would make it more fair to follow a fact-driven approach.**

[...]

The trend in Europe, Canada, and the United States is for such issues as *ne bis in idem* and dual criminality to be fact driven and not law driven. In the end, this approach serves the interest of the government and the relators, as well as provides judicial economy.⁵¹ (Resaltados añadidos).

En definitiva, confirmamos nuestra conclusión, en el sentido de que, en principio, en el caso que existan decisiones del Estado requerido, donde se ha negado una solicitud de extradición sobre los mismos hechos, con base en la interpretación del tratado respectivo y/o la legislación aplicable, el Estado requirente debe asumir una posición deferente frente esa posición.

Esto quiere decir que el Estado requirente al menos debe *presumir la legitimidad* de las decisiones del Estado requerido, a menos que existan evidencias para cuestionar que el Estado requerido ha cumplido de buena fe con las obligaciones impuestas por el tratado de extradición. En este sentido, incluso, en este ámbito se han admitido algunas excepciones para desconocer la decisión que impide la extradición, cuando existan evidencias de que se está en presencia de “*sham trials*”, esto es, como vimos *supra*, cosas juzgadas fraudulentas: procesos manipulados o destinados a evadir la responsabilidad de los culpables de un determinado delito. En efecto, el Derecho internacional admite que bajo ciertas circunstancias se pueden desconocer la aplicación del derecho al *ne bis in idem*, como son los casos de juzgamientos por tribunales que no son imparciales e independientes; o los juicios diseñados para proteger al acusado de un crimen internacional; o cuando no se haya investigado y procesado diligentemente al acusado⁵².

⁵¹ Cherif M. Bassiouni, *International Extradition: United States Law and Practice*, Oxford University Press, 2014, pp. 151 y 152.

⁵² Ver, entre otros, “Limitations on the Principle of Non Bis in Idem from an International Legal Perspective”, Center for Justice and International Law y la International Human Rights Law Clinic of Yale Law School, 2002; y John

Pero salvo que existan y se hayan presentado evidencias serias de que se está ante una cosa juzgada fraudulenta, debe mantenerse una posición deferente frente a las decisiones de los países que aplican los tratados de extradición.

Como hemos dicho *supra*, las solicitudes de alertas rojas de INTERPOL son un medio efectivo para lograr la captura y consecuente extradición de una persona; pero en otros casos han sido utilizadas también por Gobiernos autoritarios para perseguir personas por su oposición al régimen. Por ello, esta misma posición deferente debe ser asumida por las autoridades de INTERPOL frente a algún requerimiento o cuestionamiento de notificaciones rojas, cuando el Estado requerido es un Estado de Derecho que ha decidido, con base a la legislación aplicable, negar la extradición. De allí, que salvo la existencia de circunstancias excepcionales como las anotadas, debe dársele plena validez y reconocimiento a las decisiones judiciales que hayan negado la solicitud de extradición y dejar sin efecto la correspondiente alerta roja de INTERPOL.

En consecuencia, no tiene causa ni sentido que se mantenga una Alerta Roja de INTERPOL, cuando un Estado requerido es un Estado democrático que ha negado la extradición de la persona requerida, al estarla juzgando o haberla juzgado ya en su jurisdicción mediante sentencia definitiva y firme (inocente o culpable); más aún, cuando el derecho al ne bis in idem se encuentra expresamente reconocido por un tratado bilateral entre ambos países.

1. Confirmación en disposiciones convergentes de otros tratados

Conforme vimos *supra* e insistimos de nuevo, los Estados han suscrito otros tratados y convenciones en materia penal, específicamente en materia de asistencia penal mutua y cumplimiento de condenas penales, donde han ratificado el respeto del derecho al *non bis in idem* ó *ne bis in idem*. A tales efectos, la *Convención Interamericana sobre Asistencia Mutua en Materia Penal*, adoptada el 23 de mayo de 1992 en Nassau, Bahamas, que entró en vigencia en 1996, establece expresamente que el Estado requerido puede denegar la asistencia mutua en materia penal, cuando ésta fuere usada con el objeto de juzgar a una persona por un cargo por el cual dicha persona ya fue previamente condenada o absuelta en un juicio en el Estado requirente o requerido (art. 9). En el mismo sentido, la *Convención Interamericana para el Cumplimiento de Condenas Penales en el Extranjero*, adoptada el 9 de junio de 1993 en Managua, Nicaragua, que entró en vigencia el 12 de abril de 1996, establece expresamente que la persona sentenciada que fuera trasladada conforme a lo previsto en la Convención, no podrá ser detenida ni enjuiciada (o condenada) nuevamente en el Estado receptor por el mismo delito que motivó la sentencia impuesta por el Estado sentenciador (art. VII).

Rappaport, "First Circuit Upholds Re-prosecution of Defendant Acquitted in 'Sham' Trial", *Harvard Law Review*, Vol. 118, 2005.

Lo anterior, confirma que **el derecho al *non bis in idem* ó *ne bis in idem* ha sido además reconocido como principio no sólo en el Derecho interno, en los instrumentos sobre derechos humanos y en los tratados sobre extradición, sino además en materia de cooperación para la asistencia penal en la persecución de delitos e incluso para el cumplimiento de sentencias penales, como es el caso de los tratados celebrados en el sistema interamericano.**

2. La Decisión N° 9 de la Comisión de INTERPOL

Es importante hacer referencia a la Decisión N° 9 emanada de la Comisión de Control de los Ficheros de INTERPOL (Comisión INTERPOL) de fecha 2 de marzo de 2017, mediante la cual se negó la aplicación del derecho al *ne bis in idem* frente a una solicitud de eliminación de datos del sistema de información (Alerta Roja).

Comenzaremos destacando que, en esta decisión la Comisión INTERPOL negó el reconocimiento del *ne bis in idem* como un derecho humano internacional autónomo y aplicable a cualquier requerimiento de notificaciones de INTERPOL. En nuestro criterio, la Comisión asumió una posición indebidamente restrictiva frente a la permanente evolución del contenido de los derechos humanos, dejando a un lado la clara tendencia del derecho internacional que ha venido consagrando este derecho en los respectivos tratados en materia de derechos humanos y en los tratados de extradición y cooperación en materia de justicia penal.

Ahora, si bien en esta decisión se desconoce el carácter de derecho humano universal del *ne bis in idem*, es importante destacar que en ese caso **se trataba de una solicitud de extradición entre dos países que no tenían tratado de extradición**; por lo que **la decisión deja ver claramente que en los casos donde existan tratados de extradición, el derecho a no ser juzgado dos veces por la misma causa resultaría aplicable.**

Más aun, la decisión de la Comisión de INTERPOL señala que la determinación sobre la aplicación del principio *ne bis in idem* *debe dejarse a los tribunales competentes durante los procesos de extradición*; con lo cual sugiere, que en caso que existan esas decisiones judiciales, INTERPOL no podrá emitir una alerta roja.

En efecto, en este antecedente, las autoridades de INTERPOL señalan que la existencia y aplicación del derecho al *ne bis in idem* debe dejarse a la consideración de las autoridades judiciales competentes para resolver la solicitud de extradición. De allí que cuando exista un tratado bilateral vigente que consagra este derecho y cuando las autoridades judiciales del país requerido han decidido aplicar este derecho y, en consecuencia, han negado la extradición, mal puede entonces mantenerse la notificación de una Alerta Roja, pues debe entenderse que la finalidad de dicha notificación no puede cumplirse.

Por tanto, en los casos donde existan tratados de extradición entre los países que requieren la cooperación internacional, donde expresamente se consagre el

derecho al *ne bis in idem*, las autoridades de INTERPOL deben respetar este derecho, conforme a lo dispuesto en los artículos 2 del Estatuto de INTERPOL y 34(1) y 76(d) del RITD.

Con mucha más razón resultará procedente la negativa de la notificación de una Alerta Roja, cuando en el proceso de extradición el país requerido ha negado judicialmente la extradición, en virtud de la aplicación de su legislación y/o los tratados internacionales suscritos con el país requirente. Se trata de decisiones de las que debe presumirse su legitimidad, salvo que existan claras evidencias de que se trata de sentencias resultantes de procesos injustos o destinados a evitar la responsabilidad penal de los involucrados. En este mismo sentido, el Estado requerido debe garantizar la libertad de la persona requerida, si la orden de detención es manifiestamente ilegal, arbitraria o fraudulenta.

V. Conclusiones

Con base en las precedentes consideraciones, podemos formular las siguientes conclusiones generales, las cuales deben entenderse a la luz de los razonamientos aquí expuestos en mayor detalle:

1. El principio del *ne bis in idem* ha adquirido la condición de un *derecho humano universal*, pues no sólo se encuentra establecido en la mayoría de los tratados internacionales de Derechos humanos, sino además en casi todas las legislaciones internas y en casi la totalidad de los tratados de extradición y cooperación en materia penal, suscritos entre los distintos países del mundo.
2. Este derecho se encuentra además recogido expresamente en la mayoría de los tratados de extradición, donde se le da un alcance bastante amplio, en el sentido que lo relevante es determinar si los *hechos* por los cuales se solicita a una determinada persona son en esencial los mismos que justifican la solicitud de extradición. De comprobarse la similitud de los hechos objetos de persecución, deberá negarse la solicitud de extradición.
3. La normativa de INTERPOL resalta la obligación de respetar en sus decisiones la legislación de los países involucrados y la protección de los derechos fundamentales de las personas, los derechos humanos y las obligaciones de Derecho internacional. Por tanto, las actuaciones de INTERPOL deben aplicar el principio *ne bis in idem*, al tratarse de un derecho humano universal con amplio reconocimiento en los distintos tratados internacionales en materia de derechos humanos y cooperación en materia penal.
4. Lo anterior tiene aún mayor intensidad, cuando existe un tratado de extradición que expresamente reconoce el derecho al *ne bis in idem*.

5. Una vez activado un procedimiento de extradición entre dos países que han suscrito un tratado de extradición, si el Estado requerido ha revisado el asunto y ha decidido negar la solicitud de extradición, con base en el *ne bis in idem*, debe entonces respetarse y presumirse la legitimidad de esta decisión, salvo que existan evidencias serias de que se trata de una situación de cosa juzgada fraudulenta, donde se busca evadir la responsabilidad penal del perseguido.
6. Con más razón deberá garantizarse la aplicación del derecho al *ne bis in idem*, cuando el Estado solicitado ya ha dictado una sentencia firme condenatoria o absolutoria, pues salvo que exista un alegato y prueba de que se trató de un *sham trial*, debe respetarse el juzgamiento realizado, el cual, por sí solo, debe implicar el decaimiento de la solicitud de extradición y, en su caso, la notificación de la Alerta Roja de detención.
7. Finalmente, las decisiones enmarcadas dentro de un procedimiento de extradición deben ser consideradas y respetadas por INTERPOL, frente a cualquier solicitud o revisión de las notificaciones de Alertas Rojas de detención. En efecto, en virtud del carácter instrumental de las Alertas Rojas de INTERPOL para de la detención e inmediato sometimiento de la persona a su extradición, de no ser legal, viable ni legítima la extradición, no debe mantenerse una Alerta Roja. En el mismo sentido, el Estado requerido debe garantizar la libertad de la persona requerida, si la orden de detención es manifiestamente ilegal, arbitraria o fraudulenta.

RES JUDICATA Y UN LAUDO MAL DICTADO EL CASO GUYANA C. VENEZUELA

*Héctor Faúndez Ledesma**

SUMARIO

Introducción. I. La teoría. 1. El efecto de la cosa juzgada. 2. Las condiciones de la cosa juzgada y las formalidades de un laudo válido. 3. Una decisión “debidamente adoptada”. 4. Inexistencia y nulidad: Actos nulos y actos anulables. 5. El principio de la competencia de la competencia y la validez del laudo. II. Las condiciones de validez de un laudo en el Derecho Internacional. 1. Las causales de nulidad de un laudo. 2. La clasificación de las causales de nulidad. III. El peso de la prueba: Presunción en favor de la validez del laudo. A modo de conclusión.

El presente trabajo es ofrecido, en testimonio de amistad, al Dr. Humberto Romero-Muci, cuyas enseñanzas han calado profundamente en las generaciones de abogados que ha contribuido a formar, particularmente en la Universidad Central de Venezuela y en la Universidad Católica Andrés Bello. De su larga trayectoria académica dan cuenta sus numerosas publicaciones. El aprecio y la estima que se le tiene en las Academias de Iberoamérica dan cuenta de su valor intelectual y de sus incesantes andanzas, como la encarnación de Don Quijote, en defensa de la justicia y el Derecho. Su sólida formación jurídica contrasta con su humildad y cercanía. Me siento honrado al participar en el modesto homenaje que hoy le ofrecemos sus amigos.

Introducción

A pesar de la abundante documentación presentada por las partes y de la complejidad de algunos de sus argumentos, cuando apenas habían transcurrido

* Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, con ‘distinción máxima’, de la Universidad de Chile, Diplomado en Derecho Internacional y Comparado de los Derechos Humanos, Estrasburgo, Francia; Master en Leyes (LL.M.), Escuela de Derecho de la Universidad de Harvard; Doctor of Philosophy (Ph.D.), King’s College, Universidad de Londres. Profesor titular de Derecho Internacional Público en la Universidad Central de Venezuela; profesor invitado en diversas universidades extranjeras; y autor de diversas obras jurídicas.

seis días después de finalizadas las audiencias, a las 12.05 pm del 3 de octubre de 1899, en la ciudad de París, en una ceremonia pública celebrada en uno de los salones del Ministerio de Asuntos Exteriores de Francia -en el *Quai d'Orsay*-, el tribunal arbitral, que había sido designado para resolver la controversia fronteriza entre Venezuela y la Colonia Británica de Guyana, anunció su sentencia, acordada por unanimidad. Lucas D'Oyly Carte, que había actuado como asistente de la Secretaría del Tribunal, leyó el texto en inglés del laudo, y Federico de Martens hizo lo propio con la versión en francés. En dicha ocasión, el presidente del tribunal -Federico de Martens-, observó que ésta era la primera vez en que el procedimiento arbitral se había ceñido a reglas preestablecidas, que instituían un Código de Arbitraje, y que también era la primera vez en que -en un juicio arbitral- se llegaba a una decisión unánime.¹ Ni lo primero era enteramente cierto, ni lo segundo hacía que el laudo fuera inmune a la crítica y a un examen jurídico riguroso, para determinar si se habían seguido y respetado los pasos indispensables para su validez.

Si, en 1872, el arbitraje en el caso del *Alabama* echó los cimientos de lo que luego sería el arbitraje internacional moderno, lo cierto es que, esta vez, en el caso del Esequibo, había sobradas razones para esperar un laudo que estuviera a la altura del anterior, observando escrupulosamente las condiciones bajo las cuales las partes habían aceptado su competencia, y teniendo en cuenta el desarrollo alcanzado, hasta ese momento, por el Derecho Internacional en materia de arbitraje.

Ya se han cumplido 123 años desde que se dictara el laudo de París, para resolver la controversia fronteriza entre Gran Bretaña y Venezuela respecto del territorio Esequibo. Actualmente, en virtud de una demanda introducida por Guyana en contra de Venezuela, dicha controversia se encuentra pendiente ante la Corte Internacional de Justicia, para que ésta determine la nulidad o validez del laudo arbitral dictado en París el 3 de octubre de 1899. En su demanda del 29 de marzo de 2018, Guyana pide a la Corte Internacional de Justicia que confirme la validez jurídica y el carácter vinculante del referido laudo, mediante el cual se fijó la frontera entre la antigua colonia de la Guyana Británica y Venezuela. En su sentencia sobre jurisdicción, del 18 de diciembre de 2020, la Corte Internacional de Justicia determinó que ella es competente para pronunciarse sobre la validez del laudo y sobre la cuestión relacionada con el arreglo definitivo de la disputa sobre la frontera terrestre entre Guyana y Venezuela. Pero, en este momento, el aspecto medular de esta controversia tiene que ver con la nulidad o validez del laudo; lo otro -la cuestión relacionada con el arreglo definitivo de la frontera terrestre entre ambos países- es un asunto colateral, que sólo surgirá si la Corte

¹ Cfr. el discurso de Federico de Martens, pronunciado el martes 3 de octubre de 1899, en la sesión final del Tribunal, reproducido en J. Gillis Wetter, *The International Arbitral Process: Public and Private*, vol. III, Oceana Publications, Inc., Dobbs Ferry, New York, 1979, pp. 78 y ss.

declara que el laudo es nulo. Por el contrario, si se determina que el laudo es válido, éste ya habría fijado la frontera entre Guyana y Venezuela, y sólo restaría acatarlo.

Como ya tuvo oportunidad de observar la Corte Internacional de Justicia en su sentencia en el caso del laudo arbitral del Rey de España, en este tipo de procedimientos, la Corte no está llamada a pronunciarse sobre si la decisión del árbitro es correcta o incorrecta -justa o injusta-, sino a decidir si el laudo es nulo y carente de efectos, o si, por el contrario, es plenamente válido y obligatorio para las partes.²

A partir de lo anterior, y aunque es la Corte Internacional de Justicia la que está llamada a dar su veredicto sobre este asunto, parece oportuno formular algunas consideraciones en relación con la nulidad o validez del laudo que, en esta fase procesal, es el objeto principal de la controversia, y de cuya decisión depende que se pueda entrar a conocer de lo que -según la sentencia de la Corte sobre su competencia-, es la cuestión relacionada con el arreglo definitivo de la controversia sobre la frontera entre Guyana y Venezuela. En este breve comentario, sólo me referiré a los aspectos teóricos del principio de cosa juzgada, y su contrapartida -las reglas en materia de nulidad de un laudo-, dejando para un trabajo más amplio, de próxima aparición, el análisis de los hechos del caso y de la forma como éstos encajan en dicha teoría.

En los términos del artículo 36.6 del Estatuto de la Corte -del cual Venezuela es parte-, en caso de disputa en cuanto a si la Corte tiene o no jurisdicción, la Corte decidirá. En tal sentido, en su sentencia del 18 de diciembre de 2020, la Corte dispuso que ella es competente para conocer de la demanda de Guyana en lo que concierne a: 1) la validez del laudo arbitral del 3 de octubre de 1899, y 2) respecto de la cuestión relacionada con el arreglo definitivo de la controversia sobre la frontera terrestre entre Guyana y Venezuela. Esa sentencia es obligatoria pues, de acuerdo con el artículo 94.1 de la Carta de las Naciones Unidas, cada miembro de la Organización se compromete a cumplir las decisiones de la Corte Internacional de Justicia en todo litigio en que sea parte. Por consiguiente, es ocioso insistir en que la Corte carece de competencia para conocer de este caso. La Corte ya dijo lo que tenía que decir en torno a su jurisdicción, y ese es el fin del asunto. Para utilizar una expresión de San Agustín, *¡Roma locuta, causa finita!* Además, en cuanto a lo que el Tribunal pueda decidir sobre el fondo de la controversia, es bueno que se sepa que, por más que se diga lo contrario y se inventen recursos imaginarios, la sentencia de la Corte será igualmente obligatoria para las partes en este caso.

Los hechos han demostrado que la controversia del Esequibo, que versa sobre un inmenso territorio situado en el pulmón de la humanidad -con una abundante

² Cfr. International Court of Justice, *Case Concerning the Arbitral Award made by the King of Spain on 23 December 1906 (Honduras v. Nicaragua)*, Judgment of 18 November 1960, p. 214.

biodiversidad y pletórico en recursos naturales-, no fue resuelta por el laudo de París, ni siquiera en forma precaria. Venezuela sostiene que ese laudo es nulo, e insiste en que la Corte Internacional de Justicia carece de competencia para conocer de este asunto.

Lo que en este momento está planteado ante la Corte es una cuestión estrictamente jurídica, para cuya respuesta hay buenos argumentos de cada una de las partes. Pero Venezuela se resistió mucho antes de hacerse parte en el juicio. En una mirada desde Venezuela, la decisión de comparecer o no comparecer en el procedimiento ante la Corte estaba marcada por distintas visiones sobre lo que nos depara el futuro, y que fueron expuestas, en su oportunidad, por dirigentes políticos, por antiguos diplomáticos, o por académicos. Resumidamente, ellas son las siguientes:

1. La teoría de la conspiración, que sostiene que ésta es una cuestión ya decidida, que los jueces de la Corte Internacional de Justicia forman parte de una conspiración internacional contra Venezuela, dirigida por la EXXON (según algunos) o por el Departamento de Estado de los Estados Unidos (según otros), y que, por lo tanto, no tiene sentido hacerse parte en el procedimiento ante la CIJ, la cual es incompetente para conocer de este caso;
2. La visión del romántico, que ve en Guyana a un pequeño país, pobre y débil, que no puede perder dos tercios de su territorio, y que sostiene que la Corte Internacional de Justicia nunca fallaría en contra de Guyana;
3. La visión del político -o el diplomático-, que asume que Venezuela no puede ganar, pues eso sería abrir una caja de Pandora, invitando a la revisión de las fronteras internacionales en muchas partes del globo, alterando el *status quo* y poniendo en peligro la paz mundial, y
4. La visión del jurista, que entiende que ésta es una controversia estrictamente jurídica, que se resolverá sobre la base del Derecho. Según quienes sostienen esta tesis, no hay que recurrir a la descalificación de un tribunal respetable -como es la Corte Internacional de Justicia- y no hay que dar credibilidad a consideraciones emocionales o políticas, carentes de toda base fáctica, y alejadas de lo que indica la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia.

No hay ningún hecho que avale la tesis de una supuesta conspiración de los jueces de la CIJ en contra de Venezuela, y que permita sostener, con absoluta ligereza, que el fallo ya está decidido. En la fase de jurisdicción, era fácil predecir que la entonces juez *ad hoc*, Hilary Charlesworth, votara en favor de la tesis de que la Corte era competente para conocer de esta demanda; pero no hay ninguna razón para pensar que ella estaba parcializada, y que votó así porque era parte de una conspiración en contra de Venezuela; sencillamente, Guyana había estudiado su perfil profesional, había examinado sus escritos y sus conferencias, y había

concluido que (por lo menos en lo concerniente a la competencia de la Corte), ella estaría más inclinada a la tesis de Guyana que a la de Venezuela; por eso es que - en ejercicio del derecho que le confiere el artículo 31.2 del Estatuto de la Corte-Guyana la eligió como su juez *ad hoc*.³ En esa fase del procedimiento, Venezuela también podía haber designado un juez *ad hoc* -con autoridad intelectual para influir en la mente de los otros jueces-, pero decidió no hacerlo. Es cierto que, en este momento, la política exterior de los Estados Unidos está más cerca de Guyana que de Venezuela, y es igualmente cierto que los países del Caribe angloparlante se han pronunciado abiertamente en favor de la demanda de Guyana; pero de ahí a asumir que la juez Joan Donoghue -de nacionalidad estadounidense-, o el juez Patrick Robinson -nacional de Jamaica- estén parcializados, o reciban instrucciones del Departamento de Estado de los Estados Unidos o del Caricom, es hilar tan delgado que el hilo se puede cortar. Tampoco hay que olvidar que los gobiernos de Chávez y de Maduro han mantenido muy buenas relaciones con los países del Caribe, al extremo de haber creado un programa especial -Petrocaribe- para asistir a los países de la región; suponiendo que los jueces de la CIJ no sean independientes e imparciales, esta circunstancia podría influir a favor de Venezuela, desbaratando el argumento de una conspiración en que sea parte el juez Robinson. Por otra parte, asumir que el juez Abdulquawi Ahmed Yusuf (de Somalia), el juez Peter Tomka (de Eslovaquia), la juez Julia Sebutinde (de Uganda), el juez Dalveer Bhandari (de la India), el juez Nawaf Salam (del Líbano), el juez Yuji Iwasawa (de Japón), la juez Xue Hanqin (de China), o los ya fallecidos jueces Antônio Cançado Trindade (de Brasil) y James Crawford (de Australia), que votaron en contra de Venezuela en la fase de jurisdicción, son -o fueron- parte de una conspiración en contra de Venezuela es, simplemente, demencial. Aunque las sentencias de un Tribunal nunca dejan satisfechas a ambas partes en una controversia, las de la CIJ siempre están suficientemente fundadas. Insistir en esa tesis paranoica es, sencillamente, una muestra de la frustración de quienes hubieran querido que, en la sentencia sobre jurisdicción, la Corte hubiera decidido de otra forma. Pero lo cierto es que esa sentencia está debidamente razonada, y da cuenta, en forma abrumadora (por doce votos a favor y cuatro en contra), de cada uno de los argumentos que esgrimió Venezuela. Tampoco es un hecho inusual que, en un Tribunal colegiado, pueda haber votos disidentes, que son tales no porque sus autores formaran parte de una conspiración diferente, sino porque no pudieron convencer a los jueces de la mayoría para que fallaran en sentido contrario. No es un complot el que doce sea más que cuatro, sobre todo si esos doce dan razón de sus dichos. El no verlo así es no aceptar las reglas del juego, y no aceptar que, tal vez, no siempre tenemos la razón. Por lo demás, el que la CIJ haya fallado en contra de Venezuela en la fase de jurisdicción no significa

³ Con motivo del fallecimiento del juez James Crawford, al ser designada Hilary Charlesworth como juez titular de la Corte, para completar el período de Crawford, Guyana procedió a nombrar un nuevo juez *ad hoc*, designación que recayó en el profesor Rüdiger Wolfrum, nacional de Alemania.

que, necesariamente, vaya a fallar en contra de Venezuela en la fase de fondo. Por mencionar sólo uno de los casos más recientes, en el caso *Bolivia c. Chile*, por la supuesta obligación de negociar un acceso al Océano Pacífico, en la fase de Jurisdicción, la Corte falló a favor de Bolivia, por catorce votos contra dos (incluido, entre estos dos últimos, el voto de la juez *ad hoc* designada por Chile),⁴ y luego, en la fase de fondo, falló abrumadoramente a favor de Chile, por doce votos contra tres (incluido entre estos últimos el voto del juez *ad hoc* designado por Bolivia).⁵

El argumento de que Guyana no puede perder, porque es un país pobre, débil y pequeño, equivale a ignorar cuál es la función del Derecho en una sociedad. Curiosamente, dando credibilidad a esta tesis, fue el propio Hugo Chávez el que afirmó que esta controversia era una “*herencia del colonialismo*” y que, por lo tanto, era un asunto que había que dejar en paz. El problema es que, en este caso, la víctima del colonialismo fue Venezuela y no Guyana. Y lo cierto es que es Guyana la que cuenta con el apoyo de la EXXON y de las grandes corporaciones transnacionales (incluida la empresa china Cnooc), que están ansiosas por explotar los recursos naturales que hay en la zona en disputa. Además, debe observarse que es Guyana quien ha podido unir detrás suyo, aunque sea en forma muy sutil, el apoyo de Cuba y los Estados Unidos.

Tampoco tiene sentido sembrar el desaliento y afirmar, con absoluta ligereza, que Venezuela no puede ganar, pues eso abriría la puerta a la revisión de las fronteras en otras regiones del planeta. Con ello, se está dando por sentado que hay otras disputas fronterizas semejantes a la de Guyana y Venezuela, con las mismas características peculiares de la controversia del Esequibo, en la que hay fundadas razones para poner en duda la validez de un laudo arbitral, y en la que hay un tratado que obliga a las partes a buscar “un arreglo práctico” y “mutuamente satisfactorio”. Lo más parecido -aunque de lejos- es el caso de *Guinea-Bissau c. Senegal*, que ya fue resuelto por la CIJ, sin que su sentencia generara ningún descalabro en las relaciones internacionales, y sin que ese fallo invitara a revisar las fronteras en los países del continente africano o en otras partes del mundo. Con esta teoría, sin ningún argumento racional, se está descartando que, si de verdad hubiera otros casos similares, también se pudieran resolver sobre la base del Derecho. No queremos que, como en la vieja frase latina, de origen un tanto incierto, *-fiat iustitia et pereat mundus-*, se haga justicia aún a riesgo de que perezca el mundo; pero no cabe duda de que, si no se hace justicia, estaremos viviendo en un mundo en el que imperen el caos y la inseguridad.

⁴ Cfr. International Court of Justice, *Obligation to negotiate access to the Pacific Ocean (Bolivia v. Chile)*, Preliminary objection, Judgment of 24 September 2015, párrafo 56.

⁵ Cfr. International Court of Justice, *Obligation to negotiate access to the Pacific Ocean (Bolivia v. Chile)*, Merits, Judgment of 1 October 2018, párrafo 177.

Si bien la confianza en el Derecho puede estar sobrevaluada, ésta es la única respuesta civilizada a la solución de las controversias internacionales. Cualquiera otra fórmula es caer en la espiral de la arbitrariedad y la violencia.

Por lo demás, en este caso, la respuesta que se pide a la Corte Internacional de Justicia es una respuesta jurídica, y no una decisión política o emocional.

El 8 de marzo de 2022, Guyana presentó ante la Corte su memoria en el presente litigio, y estaba previsto que el 8 de marzo de 2023 venciera el plazo para que Venezuela hiciera lo propio, consignando su contra memoria. Poniendo fin a más de cuatro años de incertidumbre sobre si Venezuela iba o no a comparecer en el procedimiento ante la Corte, el 7 de junio de 2022, el actual gobierno de Venezuela interpuso una excepción preliminar de inadmisibilidad de la demanda, con lo que ya se ha sometido a la jurisdicción de la Corte, ha designado a sus agentes ante ella, y ha nombrado a Philippe Couvreur -ex Secretario de la Corte- como juez *ad hoc*. Si la excepción preliminar es admitida, en principio, ese sería el fin de la controversia judicial, aunque no de la controversia como tal, que tendría que seguir otros derroteros. Por el contrario, si la excepción preliminar es desestimada, seguirá el procedimiento judicial en la etapa en que se encontraba; Venezuela tendrá que presentar sus alegatos sobre el fondo de la controversia, y dentro de tres o cuatro años habrá una sentencia definitiva.

Independientemente de lo que pueda decidir la Corte sobre la excepción preliminar de admisibilidad, en las páginas que siguen, quiero referirme a los aspectos teóricos del aspecto central de la cuestión de fondo, que es la determinación de la nulidad o validez del laudo dictado en París el 3 de octubre de 1899. Por supuesto, si la excepción preliminar de admisibilidad es desestimada, ya no habrá excusas para entrar en la cuestión de fondo, y ese será el punto crucial que tendrá que resolver la Corte. Veamos qué es lo que dice la teoría jurídica.

I. La teoría

1. El efecto de la cosa juzgada

Se asume que los decretos, las leyes, e incluso las constituciones, no son definitivas, y que son el fruto de las relaciones de poder, o que son parte de un experimento social, sujeto a continuos ajustes y reacomodos; en este proceso, las leyes se pueden modificar, en incluso derogar. Por el contrario, los tribunales de justicia están sujetos a las leyes, por lo que tienen un margen de maniobra más limitado que los legisladores o los miembros de una asamblea constituyente; además, no siendo las sentencias un experimento social que luego se pueda corregir, uno espera que los jueces hagan lo correcto, y que sus decisiones sean concluyentes y produzcan el efecto de cosa juzgada. Aunque las leyes no son inmutables, se supone que -dados ciertos supuestos- las sentencias de los tribunales sí lo son. Si hay identidad de partes e identidad del objeto de la controversia, debe prevalecer la decisión original.

En los albores del Derecho Internacional, Hugo Grocio sostenía que, entre reyes y pueblos, una decisión arbitral es definitiva y no puede ser apelada, pues no hay potestad alguna que impida o rompa la atadura de la promesa de someterse al árbitro, ya sea que de éste emanare justicia o iniquidad, pues las partes le habrían hecho juez supremo de su causa.⁶ Por supuesto, desde 1625, el Derecho Internacional ha experimentado profundas transformaciones, que hacen que la afirmación de Grocio -en cuanto al valor de la cosa juzgada- ya no sea tan absoluta, o que, para poder operar, esté sujeta a condiciones muy estrictas, que descartan toda posibilidad de un fallo inicuo. Para comenzar, el propio Grocio distinguía entre el deber del árbitro y el de las partes que se habían sometido a arbitraje;⁷ según sus propias palabras, el primero también estaba sometido a reglas que tenían que ser respetadas. Además, en el Derecho Internacional contemporáneo, nunca podría invocarse la fuerza de la cosa juzgada para hacer prevalecer una iniquidad, producto del ejercicio arbitrario de la facultad de juzgar.

En 1902, en el primer caso del que conoció la Corte Permanente de Justicia Internacional -el caso del Fondo Piadoso de las Californias,⁸ con un panel de

⁶ Cfr. Hugo Grocio, *De Jure Belli ac Pacis*, Libro III, París, 1625, Capítulo XX, párrafo XLVI.2. Tomado de la versión castellana, *Del Derecho de la Guerra y de la Paz*, traducción de Jaime Torrubiano Ripoll (versión directa del original en latín), Tomo IV, Editorial Reus S.A., Madrid, 1925, pp. 274 y s.

⁷ Cfr. *Ibidem*.

⁸ Se trata de un fondo financiero, cuyos orígenes se remontan a 1697, que era el producto de las donaciones hechas a la Compañía de Jesús en México, para difundir la religión católica en la península de California, y que podían consistir en aportes en dinero, barcos, haciendas, ganado, legados, herencias completas, o bienes de cualquier tipo. El fondo fue administrado por los jesuitas hasta su expulsión del territorio español, en 1768, cuando pasó a manos de la corona española, y luego, con la independencia de México, en 1821, al gobierno mexicano. En 1836 se determinó que la propiedad del Fondo sería puesta a disposición del proyectado obispado de California, el cual se creó en 1840. Sin embargo, en 1842, el presidente López de Santa Anna revocó la ley de 1836, con lo que el Fondo nuevamente pasó a manos del Estado mexicano. Santa Anna ordenó la venta de los bienes, que el producto de los mismos se incorpore al erario nacional, y que se pagara un interés del seis por ciento anual sobre la capitalización de los bienes, el cual se destinaría -según la intención de los donantes- a la conversión y civilización de los salvajes. Una vez que -en 1848- la Alta California fue cedida a los Estados Unidos por el tratado de Guadalupe Hidalgo, el gobierno mexicano se negó a pagar a los preladados de la Iglesia en la Alta California cualquier parte de los intereses que se acumularon después de la ratificación de dicho tratado. El gobierno de los Estados Unidos hizo suya la reclamación de los preladados de la Iglesia Católica de California, en virtud de la Convención de Washington, del 4 de julio de 1868, se formó una comisión mixta para el arreglo de las reclamaciones cruzadas entre ambos gobiernos. Inicialmente, el super árbitro designado fue el jurista Francis Lieber -autor del famoso Código de

árbitros del que también formó parte Federico de Martens-,⁹ ésta debió abordar directamente la cuestión de la aplicación del principio de cosa juzgada al laudo arbitral dictado por Sir Edward Thornton, en 1875.¹⁰ En este caso, el Tribunal arbitral manifestó que la regla de la cosa juzgada se aplicaba no solamente a las sentencias dictadas por los tribunales nacionales, sino que, del mismo modo, a las sentencias arbitrales dictadas dentro de los límites de su competencia, y que había aún más poderosas razones para que también se aplicara a los arbitrajes internacionales.¹¹ Pero este laudo -que fue unánime, y de cuya decisión también participó Federico de Martens, nombrado como árbitro por los Estados Unidos-, tuvo buen cuidado de advertir los límites de la regla *res judicata*. Según el citado laudo, “todas las partes de una sentencia o fallo relativo a los puntos discutidos en la disputa se esclarecen y complementan entre sí, y todos ellos sirven para aclarar el significado y alcance de la parte resolutive, a fin de determinar los puntos sobre los que hay cosa juzgada y que, por tanto, no pueden ser cuestionados.”¹² Esto es, la parte resolutive se explica por la parte considerativa -o por los fundamentos del fallo-, y todo ello es lo que constituye *res judicata*. El laudo es obligatorio, en la medida en que lo decidido está debidamente fundamentado y explica el porqué de la decisión. Otro elemento importante a subrayar -y que tiene consecuencias

Lieber, que regula la conducta de los ejércitos en campaña-, que luego debió ser sustituido por Edward Thornton, quien falló en favor de los Estados Unidos, disponiendo el pago de veintidós anualidades de poco más de cuarenta y tres mil dólares de los Estados Unidos cada una, por los intereses devengados desde la firma del tratado de paz (Tratado de Guadalupe Hidalgo, del 2 de febrero de 1848) hasta el 2 de febrero de 1869, otorgando a los obispos un 6% de interés anual sobre la mitad del capital del Fondo Piadoso. *Cfr.* el laudo arbitral del 11 de noviembre de 1875, modificado por el laudo de 24 de octubre de 1876. El gobierno mexicano pagó las 21 anualidades dispuestas por el laudo, pero sostuvo que se había extinguido la pretensión de los reclamantes, y se negó a hacer más pagos de intereses en beneficio de la Iglesia en la Alta California.

⁹ El panel de árbitros estaba conformado por Sir Edward Fry (de Gran Bretaña), Frederic De Martens (de Rusia), Tobias M. C. Asser (de los Países Bajos), Alexander Frederik de Savornin Lohman (de los Países Bajos), y Henning Matzen (de Dinamarca), quien actuó como su presidente.

¹⁰ Laudo arbitral de Sir Edward Thornton, el 11 de noviembre de 1875, y enmendado por él el 24 de octubre de 1876.

¹¹ *Cfr.* Permanent Court of Arbitration, Panel of arbitrators: Edward Fry, Frederic De Martens, Tobias M. C. Asser, Alexander Frederik de Savornin Lohman, and Henning Matzen (president), The Pious Fund Case (United States of America v. Mexico), Arbitral Award of 14 October, 1902, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. IX, p. 1-14, en p. 12.

¹² «CONSIDÉRANT que toutes les parties d'un jugement ou d'un arrêt concernant les points débattus au litige s'éclaircissent et se complètent mutuellement et qu'elles servent toutes à préciser le sens et la portée du dispositif, à déterminer les points sur lesquels il y a chose jugée et qui partant ne peuvent être remis en question». *Ibid.*, p. 12.

respecto del caso del Esequibo- es que, según el laudo de 1902, la decisión del árbitro Thornton tiene efecto de cosa juzgada respecto del pago de las veintinueve anualidades, pero que el modo del pago no concernía al fondo del derecho en litigio sino solamente a la ejecución del fallo.¹³

Desde muy temprano, Venezuela también ha estado en el centro del debate sobre el efecto de cosa juzgada que produce un laudo arbitral ya dictado, respecto de las mismas partes y de la misma materia. Mediante la Convención del 25 de abril de 1866 (que entró en vigor el 17 de abril de 1867), Estados Unidos y Venezuela convinieron en la instalación de una comisión mixta,¹⁴ -con un super árbitro para los casos de desacuerdo- para resolver las reclamaciones de ciudadanos de Estados Unidos en contra de Venezuela. La comisión decidió 49 reclamaciones, 25 de las cuales fueron rechazadas. Respecto de las otras 24, Venezuela debía pagar US \$ 1.253.310,30. El 12 de febrero de 1869, Venezuela alegó irregularidades en la designación del super árbitro, y fraude tanto en el procedimiento seguido por el Tribunal como en sus conclusiones. Aunque inicialmente esta denuncia no fue bien recibida y se insistió en el cumplimiento del laudo, luego de varias sesiones en las que hubo idas y venidas, y luego de una exhaustiva investigación, la Cámara de Representantes de los Estados Unidos adoptó -por unanimidad- una resolución pidiendo al Secretario de Estado que suspendiera la distribución de las sumas pagadas por Venezuela como parte del cumplimiento del laudo. De la investigación realizada por el Congreso, las acusaciones en contra de la Comisión indicaban que David M. Talmage -el comisionado de los Estados Unidos-, junto con Thomas N. Stilwell -el Ministro de Estados Unidos en Venezuela-, y William P. Murray, cuñado de Stilwell (que actuaba como abogado de algunos de los reclamantes, exigiéndoles -a título de honorarios- entre el 40% y el 60% de lo obtenido en el laudo, y que era el cerebro de la trama), habían conspirado para estafar a los reclamantes; asimismo, se señalaba que se habrían cometido irregularidades para lograr el nombramiento del super árbitro -el venezolano John N. Machado-, para influir en los fallos y estafar a los reclamantes, que de las reclamaciones que representaba Murray se habrían otorgado reparaciones por más de US \$ 850.000, mientras que muchas reclamaciones meritorias habrían sido desestimadas, que Talmage -como socio de Murray- habría retirado fue quien retiró de la Comisión los certificados de las reparaciones, y que, después de recibir la parte correspondiente a sus reparaciones,

¹³ Laudo arbitral de Sir Edward Thornton, el 11 de noviembre de 1875, y enmendado por él el 24 de octubre de 1876.

¹⁴ La Comisión Mixta estuvo integrada por David M. Talmage, en representación de Estados Unidos, y Antonio Guzmán Blanco, en representación de Venezuela; este último fue sustituido, el 13 de septiembre de 1867, por Francisco Conde quien, a la vez, el 7 de mayo de 1868, dejó su lugar a José Gregorio Villafañe. Después de un largo proceso en el que las partes no se pusieron de acuerdo en el nombramiento del super árbitro, en los términos del *compromis*, el ministro de Rusia en Washington escogió al venezolano Juan Nepomuceno Machado.

el resto, representando la porción de los abogados, se habría repartido entre Murray, Stilwell, Talmage, y Machado. No estaba claro si Villafañe era parte o estaba consciente de esta operación. La irregularidad en el nombramiento del super árbitro consistía en que -según lo informado por el Barón Stoeckl, Ministro ruso en Washington-, no obstante que había un Juan N. Machado senior y un Juan N. Machado junior, Stilwell habría transmitido al Departamento de Estado que el designado era este último; además, su nombre había sido propuesto por los conspiradores, y su instalación fue el resultado de su complot. Una resolución conjunta de ambas cámaras del Congreso de los Estados Unidos hizo notar que la Convención de 1866 -el compromiso arbitral- disponía la instalación de una Comisión [Mixta] para considerar las reclamaciones de ciudadanos estadounidenses en contra de Venezuela, pero que no había habido una Comisión válida, en la forma establecida por el tratado, y que la supuesta Comisión fue una conspiración, cuyos procedimientos estaban enteramente contaminados por el fraude. En justicia, el laudo debía ser dejado de lado, dando paso a una nueva Comisión Mixta, en los términos del tratado de 1866, lo cual, el 3 de marzo de 1883, fue aceptado por el Presidente de los Estados Unidos.¹⁵ En un informe del representante Rice, del Comité de Asuntos Exteriores, sometido a la Cámara, éste dice, entre otras cosas, que los Estados Unidos no puede volver a ser el hazmerreír del mundo, pretendiendo que se ejecute, en contra de un pequeño Estado y con pocos ingresos, un laudo que tanto el Congreso como el Presidente de los Estados Unidos han reconocido que es fraudulento.¹⁶ El 15 de marzo de 1888, Estados Unidos y Venezuela firmaron una nueva Convención, anulando los laudos dictados por la comisión mixta creada por el tratado del 25 de abril de 1866, y constituyendo una nueva Comisión Mixta. Reisman menciona éste como un caso de corrupción, que es el único que tiene valor de precedente.¹⁷ La conclusión es que, si el laudo fue el producto del fraude -o de la corrupción-, éste no produce el efecto de cosa juzgada, ni siquiera para el Estado que habría resultado ser la parte ganadora en ese procedimiento.

Estados Unidos tampoco aceptó el carácter definitivo del laudo dictado el 22 de febrero de 1904 por Charles Augustinus Henry Barge, en el caso de la

¹⁵ Cfr. John Basset Moore, *International Arbitration: Historical notes and projects*. Collected papers, vol. 2, Yale University Press, New Haven, 1944, pp. 1659-1687. Cfr., también, W. Michael Reisman, *Nullity and Revision: The Review and Enforcement of International Judgments and Awards*, Yale University Press, New Haven and London, 1971, pp. 493 y ss.; y Kenneth S. Carlston, *The Process of International Arbitration*, originalmente publicado por Columbia University Press, New York, 1946, reimpresso por Greenwood Press, Publishers, Westport, Connecticut, 1972, p. 57.

¹⁶ Cfr. Moore, *ob. cit.*, p. 1670.

¹⁷ Cfr. W. Michael Reisman, *Nullity and Revision: The Review and Enforcement of International Judgments and Awards*, Yale University Press, New Haven and London, 1971, p. 493.

Compañía de Navegación del Orinoco. No contento con el monto de las reparaciones otorgadas, Estados Unidos alegó que el laudo no había tenido en cuenta los términos del compromiso arbitral y que contenía errores esenciales de Derecho y de hecho que, de acuerdo con principios de Derecho Internacional, lo invalidaban. Después de varios años de negociación, el 13 de febrero de 1909 se suscribió un Protocolo mediante el cual este asunto se sometía a arbitraje, para determinar, en primer lugar, según los términos de su artículo 1, si -teniendo en cuenta todas las circunstancias y los principios del Derecho Internacional- la decisión del árbitro Barge “no era nula” y si debía considerarse como definitiva, impidiendo reexaminar los méritos del caso. El caso fue sometido a un panel de árbitros seleccionados de la Corte Permanente de Arbitraje Internacional, compuesto por Heinrich Lammasch, de Austria, Auguste M. F. Beernaert, de Bélgica, y Gonzalo de Quesada, de Cuba. En este nuevo laudo, del 25 de octubre de 1910, se deja constancia que, por lo menos implícitamente, ambas partes litigantes habían admitido que un laudo es nulo si incurre en exceso de poder o en un error esencial; además, se hace notar que la parte demandante (Estados Unidos) había alegado ejercicio excesivo de jurisdicción, y errores de hecho y de Derecho equivalentes a error esencial. Un punto muy importante a tener en cuenta es que el Tribunal señala que -en este caso- la integridad y la buena fe del árbitro no está en discusión; por consiguiente, considera que, cuando un laudo incluye varias reclamaciones independientes, la nulidad de una no tiene efecto respecto de las otras. El Tribunal rechazó el argumento de que el árbitro Barge se habría desviado de los términos del compromiso al dar una relación inexacta de la concesión otorgada a GRELL, por lo que se habría incurrido en error esencial, pues se observa que el laudo reprodujo íntegramente la referida concesión; difícilmente era admisible que el árbitro hubiera interpretado incorrectamente el texto y que hubiera excedido su autoridad. Por otra parte, según el Tribunal, la apreciación de los hechos del caso y la interpretación de los documentos caían dentro de la competencia del árbitro, y sus decisiones, basadas en tales interpretaciones, no estaban sujetas a revisión por este Tribunal, cuya función no era decidir si el caso había sido bien o mal juzgado, sino si el laudo debía ser anulado. La decisión del Tribunal observa que, en el caso del laudo recurrido, no contento con haberse basado en su interpretación de los contratos de concesión, que por sí solos habrían sido suficientes, el árbitro había invocado otras razones, de carácter subsidiario y de una naturaleza técnica, que no podían viciar su decisión.¹⁸ Lo notable es que no se acoge los argumentos del Estado demandante -en cuanto a la nulidad del laudo- no porque un laudo sea definitivo en toda circunstancia, y no porque el efecto de la cosa juzgada tenga un carácter absoluto, sino porque los supuestos alegados -de exceso de jurisdicción o de error esencial- no habrían sido demostrados.

¹⁸ Cfr. Permanent Court of Arbitration, *The Orinoco Steamship Company Case (United States, Venezuela)*, árbitros, H. Lammasch; A. M. F. Beernaert; G. de Quesada, Reports of International Arbitral Awards, vol. XI, pp. 227-241, y pp. 238 y ss.

En realidad, el Tribunal agrega tácitamente un tercer elemento: la circunstancia de que el laudo objetado estaba debidamente fundamentado, por lo que, en ese sentido, tampoco podía ser objetado.

En 1924, en uno de los primeros casos resueltos por la Corte Permanente de Justicia Internacional, en su opinión disidente, el juez Moore citaba un texto de André Weiss que, aunque referido a las sentencias dictadas por tribunales extranjeros, desarrolla principios que son igualmente vigentes en el Derecho Internacional Público. Según Weiss, el principio de *res judicata* puede aplicarse a sentencias extranjeras sólo en la medida en que ellas se hayan dictado en forma regular, y sólo en cuanto procedan de jueces competentes de acuerdo a la *lex fori*. Por lo tanto, es deber del tribunal, ante el cual dichas sentencias han sido presentadas, examinarlas desde estos distintos puntos de vista, y rehusarse a darles efecto si el resultado del examen es desfavorable.¹⁹

Siempre existe, sin duda, el temor a que el juez pueda equivocarse, de buena fe, o puede ser el instrumento de una injusticia. A juicio de Paul Reuter, hagamos lo que hagamos, sea cual sea la forma de reclutar a los árbitros, sea cual sea la multiplicación de niveles de jurisdicción y apelaciones, el riesgo de que la decisión pudiese haber sido diferente -ya sea por la interpretación que se haga de la ley o por la evaluación que se haga de los hechos-, no va a desaparecer; por consiguiente, en algún momento tendrá que haber una sentencia final, en el entendido de que la seguridad jurídica siempre encuentra su lugar junto a la justicia.²⁰ Pero, en situaciones que van más allá de la mera interpretación de la ley, o de la simple evaluación de los hechos, que tienen toda la apariencia de una farsa o un laudo mal dictado, y que pueden constituir prevaricación o un absoluto desprecio por el Derecho, es la propia seguridad jurídica la que demanda examinar la validez de un laudo.

El principio de la intangibilidad de la cosa juzgada significa que una decisión judicial o arbitral que ha puesto fin a un proceso no puede ser revisada. En este sentido, el artículo 54 de la Convención de La Haya de 1899, para el arreglo pacífico de controversias internacionales,²¹ disponía que un laudo debidamente

¹⁹ Cfr. André Weiss, *Droit International Privé*, Tome VI, Paris, 1913, p. 10, citado por el juez John B. Moore, dissenting opinion, Permanent Court of International Justice, *Mavrommatis Palestine Concessions (Jurisdiction)*, August 30, 1924. En Manley O. Hudson, *World Court Reports, A Collection of the Judgments, orders and opinions of the Permanent Court of International Justice*, vol. I, Oceana publications, Inc., Dobbs Ferry, New York, 1969, p. 335.

²⁰ Cfr. Paul Reuter, «La motivation et la révision des sentences arbitrales à la Conférence de la paix de La Haye (1899) et le conflit frontalier entre le Royaume Uni et le Vénézuéla», en *Mélanges offerts à Juraj Andrássy / Essays in International Law in honour of Juraj Andrássy / Festschrift für Juraj Andrássy*, Texte rédigé par Vladimir Ibler, Martinus Nijhoff, La Haye, 1968, pp. 237–247, p. 245.

²¹ Suscrita en La Haya, el 29 de julio de 1899.

pronunciado decidía la controversia “definitivamente y sin apelación”. Asimismo, en lo que concierne a la controversia del Esequibo, en el artículo XIII del Tratado de Washington de 1897, las partes acordaron que el resultado de los procedimientos del Tribunal Arbitral sería considerado por ellas como “un arreglo pleno, perfecto y *definitivo*” de todas las cuestiones referidas a dicho Tribunal. No hay, en lo que allí se sostiene, nada incompatible con el principio de la cosa juzgada. Pero, en los términos de las disposiciones antes citadas -y particularmente del artículo 54 de la Convención de La Haya-, lo que produce el efecto de cosa juzgada es “un laudo debidamente pronunciado”.

Desde antes de la Primera Conferencia de Paz de La Haya, era costumbre que los tratados de arbitraje incluyeran una cláusula indicando que la sentencia dictada por el árbitro sería “definitiva y obligatoria” para las partes. Así estaba previsto, por ejemplo, en el Protocolo suscrito el 28 de mayo de 1884 por Estados Unidos y Haití²², en los casos de un conocido traficante de esclavos -Antonio Pelletier-, de origen francés, naturalizado estadounidense,²³ y de Adolphe H. Lazare, un empresario que reclamaba el incumplimiento de obligaciones contractuales por parte del gobierno de Haití.²⁴ En virtud de dicho Protocolo, ambos asuntos fueron sometidos al arbitraje de William Strong -ex juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos- quien, el 13 de junio de 1885,²⁵ concedió a Pelletier una indemnización de \$ 57.250 dólares de los Estados Unidos y, respecto de Lazare, decidió que se le debía pagar una indemnización de US \$ 117.000, más intereses. Sin embargo, a pesar del texto expreso del Artículo VI del Protocolo, indicando

²² Según un informe del Departamento de Estado de los Estados Unidos, dicho Protocolo habría sido suscrito el día 24 de mayo de 1884. *Cfr.* Message from the President of the United States, transmitting report of the Secretary of State, in response to Senate resolution of December 8, 1886, upon the claim of Antonio Pelletier *et al.* against the Republic of Hayti, January 21, 1887. Disponible en: <https://history.state.gov/historicaldocuments/frus1887/d385> .

²³ En 1861, Pelletier había sido detenido y condenado a muerte por las autoridades haitianas, sentencia que luego fue reducida a cinco años de prisión. Después de haberse fugado a Jamaica, Pelletier presentó una demanda para que se le compensara por su privación de libertad y por la confiscación de su barco, la cual inicialmente fue apoyada por los Estados Unidos.

²⁴ El 1 de septiembre de 1874, Lazare había firmado un contrato, con el gobierno de Haití, para los efectos de crear el Banco Nacional de Haití. Luego de una serie de vicisitudes, que ponían en duda el cumplimiento de dicho contrato por ambas partes, y luego de algunas modificaciones que se introdujeron en dicho contrato el 11 de mayo de 1875, a fines de ese mismo año, el gobierno de Haití designó a Lazare cónsul general en Nueva York. En abril de 1876, el presidente de Haití, Michel Domingue, fue depuesto, y el nuevo gobierno procedió a declarar nulo el contrato suscrito entre dicho país y Lazare para los efectos de la creación del Banco Nacional

²⁵ Incorrectamente, el 20 de junio de 1885, según el informe del Departamento de Estado de los Estados Unidos antes referido.

que el laudo sería “definitivo y obligatorio, dando a tal decisión pleno efecto y vigor, de buena fe, y sin demoras innecesarias, reservas o evasivas de cualquier tipo”, el Ministro de Asuntos Exteriores de Haití formuló una protesta, argumentando que el laudo era el producto de un claro error cometido por el árbitro en cuanto a su jurisdicción. Ante estas circunstancias, por iniciativa del Senado de los Estados Unidos, se abrió una investigación sobre estos casos, para examinar los fundamentos de la nulidad del referido laudo, para lo cual se pidió un informe al Secretario de Estado, Thomas Bayard. El 20 de enero de 1887, el Secretario de Estado entregó su informe, sosteniendo que los laudos dictados tanto en el caso de Pelletier como en el de Adolphe H. Lazare (ambos de la misma fecha y del mismo árbitro), no debían ser ejecutados, pues el examen realizado demostraba que tales laudos habían sido erróneos e injustos, debiendo ser desestimados.²⁶ En su informe al Senado, Bayard sostenía que, aunque se afirmaba que el asunto era *res judicata*, si así fuera, él no tendría la menor vacilación en presentar ese informe y sostener que la reclamación Pelletier no podía ser asumida por los Estados Unidos, ya sea como cuestión de honor o como cuestión de Derecho. Respecto del caso Lazare, a quien se describe como un empresario insolvente que voluntariamente emprendió una operación especulativa en Haití, Bayard sostenía que confiaba más en el informe del Ministro de Estados Unidos en Haití, señor Bassett, que en las afirmaciones contradictorias del señor Lazare o de aquellos que -ocho años después de que se incendiaron los archivos de Haití, y después de que el paso del tiempo tuviera el efecto de distorsionar, en la memoria, los acontecimientos pasados-, tenían un recuerdo distinto de los hechos.

Según Bayard, en el caso Pelletier, podía argumentarse que el laudo era concluyente y que no podía ser interrumpido o dejado sin efecto. Pero, en su opinión, esta proposición no podía sostenerse porque, independientemente del carácter solemne o de la autoridad de una sentencia, ésta siempre puede ser dejada de lado por consentimiento de las partes; además, Bayard afirma que es un

²⁶ Cfr., en este sentido, Alexander M. Stuyt, *Survey of International Arbitrations – 1794-1970*, A. W. Sijthoff, Leiden, 1972, p. 136. También, Jackson H. Ralston, *International Arbitration: From Athens to Locarno*, Stanford University Press, Stanford, 1929, reimpresso por Lawbook Echange, Ltd., New Jersey, 2016, p. 213; Kenneth S. Carlston, *The Process of International Arbitration*, originalmente publicado por Columbia University Press, New York, 1946, reimpresso por Greenwood Press, Publishers, Westport, Connecticut, 1972, pp. 141 y ss.; y W. Michael Reisman, *Nullity and Revision: The Review and Enforcement of International Judgments and Awards*, Yale University Press, New Haven and London, 1971, pp. 298 y ss. Cfr., también, el informe del Secretario de Estado, Thomas Bayard, en *Message from the President of the United States, transmitting report of the Secretary of State, in response to Senate resolution of December 8, 1886, upon the claim of Antonio Pelletier et al. against the Republic of Hayti*, January 21, 1887, p. 607 del informe. Disponible en: <https://history.state.gov/historicaldocuments/frus1887/d385>.

principio firmemente establecido en el Derecho Internacional que ningún Estado puede honorablemente exigir el cumplimiento de un laudo arbitral injusto o erróneo.²⁷

En el caso de Adolphe H. Lazare, días después de dictado el laudo, el gobierno de Haití se dirigió al árbitro William Strong, para pedirle que reabriera el caso pues había surgido nueva evidencia que había sido imposible conseguir previamente. El árbitro fijó un día para oír los argumentos de las partes en relación con esta petición, en la que presentaron sus alegatos el Sr. De Chambrun en representación de Haití y el abogado de A. H. Lazare. En esta fase, se presentó evidencia obtenida en Inglaterra después de dictado el laudo que, según, el árbitro, era pertinente al caso. En opinión del juez Strong, la evidencia posteriormente descubierta -que se le había exhibido en la audiencia para reabrir el caso- tenía tal carácter que habría afectado su decisión si se le hubiera presentado antes de tomarla. Sin embargo, el árbitro se sintió constreñido a rechazar la solicitud de reapertura del caso, por la única razón de que, a su juicio, sus facultades para conocer del caso habían cesado cuando dictó el laudo y lo notificó al Departamento de Estado de los Estados Unidos.²⁸ Pero, si bien el argumento de Strong era técnicamente correcto, se recuerda que este asunto sí fue reabierto por el propio gobierno de los Estados Unidos -que era el que, en representación de Lazare, había presentado el caso a arbitraje-, el cual, luego de reexaminar el caso, se negó a ejecutar el laudo.

Precisamente por su importancia en el Derecho Internacional, en el caso de *Guinea-Bissau c. Senegal*, los jueces Aguilar y Ranjeva consideraron digno de subrayar que no se hubiera invocado el concepto de *res judicata*.²⁹ En su opinión, la presunción irrefutable de verdad legal ligada a una decisión judicial, una vez que ésta ha llegado a ser definitiva, es una institución común a todos los sistemas jurídicos, y sirve de fundamento al carácter vinculante de las decisiones judiciales.³⁰ Como pura cuestión de técnica jurídica, en el caso en cuestión, la Corte no habría tenido ninguna dificultad en rechazar la demanda mediante la mera aplicación de la regla *res judicata*, con todas las consecuencias jurídicas que

²⁷ Cfr. <https://history.state.gov/historicaldocuments/frus1887/d385> .

²⁸ Cfr. Carta del 18 de febrero de 1886, de William Strong al Sr. Preston (ministro de Haití en Washington), como último anexo del Message from the President of the United States, transmitting report of the Secretary of State, in response to Senate resolution of December 8, 1886, upon the claim of Antonio Pellietier et al. against the Republic of Hayti, January 21, 1887. Disponibe en: <https://history.state.gov/historicaldocuments/frus1887/d385> .

²⁹ Cfr. Opinión disidente de los jueces Aguilar y Ranjeva, International Court of Justice, *Arbitral Award of 31 July 1989 (Guinea-Bissau v. Senegal)*, Judgment of 12 November 1991, párrafo 7 del voto disidente.

³⁰ Cfr. *Ídem*.

ella implica.³¹ El problema es que la cosa juzgada también está sometida a reglas; otra cosa es que, en el caso de *Guinea-Bissau c. Senegal*, ellas hubieran sido escrupulosamente observadas y que, por lo tanto, su aplicación no planteara dificultades. Pero no todos los casos son iguales.

Según la demanda de Guyana, la cuestión de la frontera entre Venezuela y Guyana es “*cosa juzgada*”, y así habría sido reconocido, entre los años 1941 y 1943, por el entonces Ministro de Relaciones Exteriores de Venezuela -Esteban Gil Borges- en correspondencia intercambiada con su par británico.³²

Si no hubiera otra razón para ello, en el caso de la controversia hoy pendiente entre Guyana y Venezuela, mediante el Acuerdo de Ginebra, las partes han dado por superado el Laudo de París o, por lo menos, han consentido en que se revise su validez; eso es, precisamente, lo que ha pedido Guyana mediante su demanda pues, para confirmar la validez del mismo, la Corte tendrá que examinar si éste cumple con las condiciones necesarias para ello.

2. Las condiciones de la cosa juzgada y las formalidades de un laudo válido

Para atribuir a una decisión los efectos de la cosa juzgada, se supone que estamos frente a un documento que, *prima facie*, presenta las características de un laudo arbitral y no de un acto de naturaleza diferente, como sería un documento apócrifo, uno que emana de una de las partes en la controversia, la declaración de un tercero que no tiene el carácter de árbitro, un fallo que resuelve una controversia distinta a la que se le encomendó, o un documento que no fue aprobado como la decisión de la mayoría de los miembros del Tribunal arbitral.

La cosa juzgada no es incompatible con un mínimo de control, que permita verificar que, en efecto, dicho acto emana de un tribunal debidamente constituido según un compromiso arbitral, que lo decidido corresponde al objeto de la controversia según lo pactado por las partes, que se haya oído a las partes en un proceso desarrollado con las debidas garantías judiciales, que las partes hayan tenido oportunidad de confrontar la evidencia y de presentar alegatos en su defensa, que se haya decidido según las reglas de Derecho sustantivo acordadas por las partes, que se pueda descartar el fraude de una de las partes, y que no haya elementos que permitan dudar de la imparcialidad del tribunal. No se trata de discutir si el laudo es manifiestamente equivocado o injusto, sino si se ajusta a lo que las partes le encomendaron al tribunal y si se observaron las reglas de procedimiento inherentes al debido proceso. Aunque cualquiera de estas irregularidades no es algo demasiado frecuente en la vida internacional, tampoco es inusual que ellas puedan estar presentes en un caso particular, como atestigua

³¹ Cfr. *Ibid.*, párrafo 8.

³² Cfr. International Court of Justice, *Application Instituting Proceedings, Arbitral Award of 3 October 1899*, Guyana v. Venezuela, registrada en la Secretaría de la Corte el 29 de marzo de 2018, párrafo 26. <https://www.icj-cij.org/files/case-related/171/171-20180329-APP-01-00-EN.pdf>, párrafo 39.

la jurisprudencia internacional. No es por casualidad que el artículo 54 de la Convención de La Haya de 1899 atribuye el efecto de cosa juzgada sólo a “*un laudo debidamente pronunciado*”.

En el caso del laudo arbitral del rey de España, Honduras alegó que éste tenía toda la apariencia externa de haberse adoptado apropiadamente,³³ lo cual, implícitamente, parece haber sido aceptado por la Corte; además, la Corte se ha pronunciado en favor de la presunción de validez de un laudo que haya sido dictado “*sin violación manifiesta*” de la competencia conferida al Tribunal.³⁴ En el caso del laudo de París, del 3 de octubre de 1899, como estas condiciones no se han satisfecho, puesto que la apariencia externa del mismo no sugiere que se haya adoptado apropiadamente, no es evidente que el Tribunal no se haya excedido en su competencia, y es dudoso que el laudo haya sido “*debidamente pronunciado*”, no puede esperarse que éste produzca, sin más, el efecto de cosa juzgada.

De lo contrario, las partes no hubieran necesitado adoptar el Acuerdo de Ginebra,³⁵ y la presente demanda de Guyana ante la Corte Internacional de Justicia hubiera sido igualmente superflua.

En el caso de la disputa fronteriza entre Costa Rica y Panamá, al referirse al laudo anterior emitido en el mismo caso por el Presidente de Francia Émile Loubet, el juez White fue más lejos, y afirmó que, como la línea fronteriza fijada por dicho laudo -de Punta Mona a las Cordilleras- no estaba dentro del territorio en disputa, el laudo había ido más allá del asunto que se le había sometido, sin que el Árbitro tuviera poder para decidir sobre ello, por lo que -en lo que a eso concierne-, debía ser tratado como *inexistente*.³⁶ Es decir, para el juez White, el

³³ Cfr. International Court of Justice, *Case Concerning the Arbitral Award Made by the King of Spain on 23 December 1906* (Honduras v. Nicaragua), Judgment of 18 November 1960, p. 17.

³⁴ Cfr. International Court of Justice, *Case Concerning the Arbitral Award of 31 July 1989* (Guinea-Bissau v. Senegal), Judgment of 12 November 1991, párrafo 47.

³⁵ *Acuerdo para resolver la controversia entre Venezuela y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte sobre la frontera entre Venezuela y Guyana Británica*, suscrito el 17 de febrero de 1966, por el Ministro de Relaciones Exteriores de Venezuela, Ignacio Iribarren Borges, por el Secretario de Estado de Relaciones Exteriores del Reino Unido, Michael Stewart, y por el Primer Ministro de la Guyana Británica, Forbes Burnham. Según los términos del Artículo VII del Acuerdo, éste entro en vigor “en la fecha de su firma.” De acuerdo con el Artículo VIII del mismo Acuerdo, una vez que Guyana Británica obtuviera su independencia, su gobierno sería, en adelante, parte del citado Acuerdo, junto con los gobiernos de Venezuela y el Reino Unido.

³⁶ Cfr. Opinion and decision of Edward Douglass White, Chief Justice of the United States, acting in the capacity of arbitrator as provided in the Convention between Costa Rica and Panama, of 17 March 1910, Washington, 12 September 1914, The

exceso de poder hace que -a los ojos del Derecho- un laudo sea inexistente. Probablemente, lo mismo se puede decir de un laudo dictado en violación de las reglas del debido proceso, de un laudo dictado por un tribunal parcializado que suprimió evidencia esencial para la solución del caso, o de un laudo que carece de todo fundamento.

La intangibilidad de la cosa juzgada no es un principio rígido, inflexible y sacrosanto, que excluya el análisis caso por caso, y que no esté sujeto a excepciones. En su discurso de clausura del arbitraje que puso fin a la controversia entre Estados Unidos y Venezuela, en el caso de la Compañía de Navegación del Orinoco, Heinrich Lammash recordó que, en principio, el carácter inmutable de los laudos arbitrales podía admitir excepciones útiles y justificadas, como había quedado demostrado precisamente en ese caso.³⁷

Por más loable que sea, el principio de la intangibilidad de un laudo es un objetivo que no puede prevalecer sobre la exactitud de los hechos, sobre el Derecho aplicable, o sobre la falta de honestidad del tribunal.³⁸

La sociedad internacional ha sabido valorar el papel del arbitraje internacional en la solución pacífica de controversias internacionales, y está consciente de la necesidad de proteger el carácter definitivo de sus decisiones judiciales, protegiéndolas de impugnaciones frívolas e interminables. Pero el valor de la cosa juzgada y el carácter definitivo de un laudo no puede ser indiferente a la credibilidad que pueda inspirar este último, por lo que sería equivocado defender a ultranza la decisión de un Tribunal que ha errado gravemente en el cumplimiento de la tarea que se le encomendó, y sería igualmente equivocado no disponer de un remedio para reparar la injusticia cometida.³⁹ En este sentido, Philander Knox -ex Secretario de Estado de los Estados Unidos- sostenía que, en cuanto el arbitraje es un procedimiento judicial y no diplomático, el fallo de un tribunal arbitral debe adecuarse a los principios de Derecho y equidad que le son aplicables, y que es claro y evidente que, cuando

Boundary Case between Costa Rica and Panama, *Reports of International Arbitral Awards*, Volume XI, pp. 519-547, p. 543.

³⁷ Cfr. Discurso de Heinrich Lammash, pronunciado el 25 de octubre de 1910, con motivo de la clausura del procedimiento arbitral entre los Estados Unidos y Venezuela, en el caso de la Compañía de Navegación del Orinoco, reproducido por J. Gillis Wetter, *The International Arbitral Process: Public and Private*, vol. III, Oceana Publications, Inc., Dobbs Ferry, New York, 1979, pp. 176 y s., en p. 178.

³⁸ Cfr. W. Michael Reisman and Christina Skinner, *Fraudulent Evidence before Public International Law Tribunals: The dirty stories of International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, U. K., 2014, p. 196.

³⁹ Cfr. Opinión separada del juez Shahabuddeen, International Court of Justice, *Arbitral Award of 31 July 1989 (Guinea-Bissau v. Senegal)*, Judgment of 12 November 1991.

un laudo no se ajusta a esas reglas, tal decisión debe someterse a revisión judicial internacional.⁴⁰ Lo contrario sería convalidar una arbitrariedad.

Dos eminentes juristas británicos, Oppenheim y Lauterpacht, sostienen que un laudo arbitral es obligatorio sólo en el supuesto de que los árbitros hayan cumplido *en todos los extremos* sus obligaciones como tales, y que hayan podido emitir el laudo con plena independencia. En su opinión, no hay nada intrínseco, en la naturaleza de los laudos arbitrales, que los haga finales fuera de la posibilidad de apelación, y que la adopción de alguna propuesta que permitiera la revisión internacional habría librado al Derecho Internacional de gran parte de su descrédito, generado, obviamente, por laudos que no cumplen con los parámetros del decoro y del debido proceso.⁴¹

Por supuesto, la revisión de una objeción a la existencia misma del laudo, o a su validez, es una hipótesis distinta a una apelación, que se rige por reglas diferentes.

Un laudo es como una sentencia. En ausencia de tribunales permanentes con competencia obligatoria, en el momento en que se dictó el laudo de París, éste era la consecuencia de un compromiso alcanzado por las partes para crear el Tribunal arbitral, indicar la controversia que se sometía a su conocimiento, y señalar las atribuciones que se le confería al Tribunal para resolverla. Por eso, el laudo comienza por reproducir íntegramente el Tratado de Washington de 1897. A continuación, se hace mención a la composición del Tribunal, según lo acordado por las partes en el Tratado. Está implícito cuáles son las partes en la controversia. Se supone que, de seguidas, se debiera haber indicado los argumentos de las partes, las pruebas aportadas y la valoración de las mismas, los hechos que se tenían por establecidos, el Derecho aplicable, las consideraciones para decidir y, finalmente, la decisión del Tribunal. Sin embargo, en el caso que nos ocupa, luego de reproducir el Tratado, el laudo va directo a la parte resolutive, saltándose cualquier referencia a los argumentos de las partes, a la prueba recibida, a la valoración de esa prueba, al Derecho aplicable, y a las consideraciones para decidir. No es esa la estructura de una sentencia, ni es eso lo que se espera de un fallo dictado de buena fe.

⁴⁰ Cfr. Philander C. Knox, Discurso pronunciado en la ceremonia de graduación de la Universidad de Pennsylvania, 15 de junio de 1910, p. 9, citado por William Cullen Dennis, "Compromise – The Great Defeat of Arbitration", *Columbia Law Review*, vol. 11, N° 6, junio de 1911, p. 513, en nota a pie de página.

⁴¹ Cfr. Lassa Oppenheim, *Tratado de Derecho Internacional Público* (título original: *International Law: A treatise*, séptima edición editada por Hersch Lauterpacht, Longmans, Green and Co., Londres / Nueva York / Toronto, 1952), traducción por Antonio Marín López, Bosch, Tomo II, vol. I, Casa Editorial, Barcelona, 1966, pp. 29 a 31.

Por supuesto, la validez del laudo tiene que ser examinada a la luz del Derecho vigente en el momento en que se dictó, teniendo en cuenta que alguna nulidad relativa podría ser convalidada por la conducta posterior de la parte lesionada, y teniendo en cuenta los profundos cambios que había experimentado el arbitraje internacional entre 1871 -cuando se acordó el compromiso arbitral entre Gran Bretaña y Estados Unidos para resolver las reclamaciones del *Alabama*-⁴² y el 29 de julio de 1899, cuando se adoptó el texto de la Primera Convención de La Haya sobre Arreglo Pacífico de Controversias Internacionales. En el caso de la *Isla de Palmas*, en un laudo prolijamente elaborado, el juez Max Huber sostenía que un hecho de relevancia judicial debía ser apreciado a la luz del Derecho contemporáneo con él, y no del Derecho en vigor al momento en que la disputa debía ser resuelta.⁴³ Por ende, en el presente caso, no sirve el Derecho que haya entrado en vigor con posterioridad a la adopción del laudo, sino el Derecho que estaba vigente en ese momento. El Derecho intertemporal, aplicable al laudo de París, es el que corresponde a los términos del compromiso que estableció el Tribunal Arbitral (el Tratado de Washington, de 1897) y, en lo que éste no disponga, a los principios y reglas de Derecho Internacional pertinentes, que tenían vigencia en ese momento. El Tratado de Washington es suficientemente explícito en cuanto al objeto de la controversia, a la competencia que las partes le confirieron al Tribunal, y a las reglas sustantivas y procesales que éste debía aplicar; en consecuencia, ese es el Derecho que habrá que tener en cuenta para determinar la nulidad o validez del Laudo.

Venezuela no participó en la I Conferencia Internacional de La Haya, y tampoco se adhirió a la Convención para el Arreglo Pacífico de las Controversias Internacionales adoptada en esa oportunidad; pero algunas de sus disposiciones, particularmente aquellas referidas a las condiciones de validez de un laudo, a la obligación de motivarlo, o al carácter definitivo de un laudo debidamente dictado, tenían el carácter de Derecho codificado, o tuvieron el efecto de hacer cristalizar normas de Derecho consuetudinario. Tales normas eran de obligatorio cumplimiento, independientemente de que los Estados hubieran ratificado o no la citada Convención.

En el primer párrafo del artículo 26 del proyecto de Código Arbitral propuesto por la delegación rusa en la I Conferencia de La Haya de 1899, se disponía que el laudo sería nulo en tres hipótesis: a) que el compromiso arbitral fuera nulo, b) que el tribunal arbitral se hubiera excedido en su autoridad, o c) que se probara la corrupción de alguno de los árbitros.⁴⁴ Ninguna de estas causales de nulidad fue

⁴² Suscrito el 8 de mayo de 1871.

⁴³ *Cfr.* Island of Palmas case (*Netherlands, USA*), 4 April 1928, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. II, pp. 829-871, en p. 845.

⁴⁴ Draft of Arbitral Code Proposed by the Russian Delegation: "Article 26. The arbitral award is void in case of a void *compromis* or exceeding of power, or of corruption

incorporada en el texto definitivamente aprobado por la Conferencia de La Haya, no porque se diera por sentado que el laudo era válido en toda circunstancia, sino porque, en ese momento, no había un tribunal o una autoridad que pudiera declarar su nulidad, y porque esa decisión no podía dejarse al libre arbitrio del Estado perdedor.⁴⁵

Heinrich Lammash sostiene que, al rechazar las causales de nulidad incluidas en el proyecto ruso, la Conferencia de La Haya habría excluido cualquier impugnación del laudo arbitral, salvo que ésta estuviera basada en el descubrimiento de hechos nuevos.⁴⁶ Pero tal argumento no es compatible con la explicación del Relator de la Tercera Comisión de la Conferencia de La Haya, el Barón Descamps, según la cual no se decidió nada al respecto, simplemente porque sería difícil indicar causales de nulidad de un laudo sin que, al mismo tiempo, se indicara quién iba a ser el juez encargado de decidir tales casos.⁴⁷ Según Carlston, no hay nada en el texto del artículo 54 de la Convención Internacional para el Arreglo Pacífico de Controversias Internacionales, finalmente adoptado por la Conferencia de La Haya -relativo al carácter *definitivo* de un laudo- ni tampoco en los trabajos preparatorios de la Conferencia, que indique que la intención de dicha disposición fue excluir la nulidad de un laudo; simplemente, la Convención no abordó esa cuestión, e incorporó una regla sobre el efecto legal que ordinariamente debe atribuirse a un laudo arbitral. El artículo 48 de la Convención, según el cual el tribunal tiene la competencia para decidir sobre su propia competencia, es igualmente compatible con la existencia de la nulidad, pues dicha disposición es meramente declaratoria de un principio general de Derecho Internacional, que no puede interpretarse en el sentido de permitir que

proved against one of the arbitrators. ...” *Proceedings of The Hague Peace Conferences – Translation of the Official Texts (The Conferences of 1899 and 1907). The Conference of 1899*, Prepared in the Division of International Law of the Carnegie Endowment for International Peace, under the supervision of James Brown Scott, Publications of the Carnegie Endowment for the International Peace, Division of International Law, Washington, Oxford University Press, New York, / London, / Toronto / Melbourne / Bombay, 1920, p. 183.

⁴⁵ *Cfr.*, en este sentido, Kenneth S. Carlston, *The Process of International Arbitration*, Columbia University Press, New York, 1946, reimpresso por Greenwood Press, Publishers, Westport, Connecticut, 1972, p. 215.

⁴⁶ *Cfr.* Heinrich Lammash, *Die Rechtskraft Internationaler Schiedssprüche* (1913), pp. 161 a 163, citado por Kenneth S. Carlston, *ob. cit.*, p. 216.

⁴⁷ *Cfr. Proceedings of The Hague Peace Conferences – Translation of the Official Texts (The Conferences of 1899 and 1907). The Conference of 1899*, Prepared in the Division of International Law of the Carnegie Endowment for International Peace, under the supervision of James Brown Scott, Publications of the Carnegie Endowment for the International Peace, Division of International Law, Washington, Oxford University Press, New York, / London, / Toronto / Melbourne / Bombay, 1920.

el tribunal pueda asumir poderes que nunca le fueron conferidos.⁴⁸ Sencillamente, la cuestión de la nulidad de un laudo no fue regulada por la Convención Internacional para el Arreglo Pacífico de Controversias Internacionales. Eso es distinto a dar por sentado que un laudo es válido en toda circunstancia.

Un cuarto de siglo antes de que se dictara el laudo de París, el Instituto de Derecho Internacional había expresado que el laudo “*debidamente pronunciado*” es el que decide, dentro de los límites de su competencia, la controversia entre las partes, y que el laudo es nulo, en caso de que el compromiso sea nulo, en caso de exceso de poder, de corrupción probada de uno de los árbitros, o de error manifiesto.⁴⁹ De manera concordante con lo anterior, a juicio de Reuter, es después de que se ha dictado un laudo debidamente motivado que éste adquiere la autoridad del Derecho.⁵⁰

3. Una decisión “debidamente adoptada”

Un principio básico del Derecho Internacional afirma la intangibilidad de la cosa juzgada, y así se alega, también, en la demanda de Guyana. Además, como ya se ha señalado, de acuerdo con el artículo XIII del Tratado de 1897, el laudo emitido por el Tribunal Arbitral constituiría “*un arreglo pleno, perfecto y definitivo*” de la controversia. Pero las partes asumieron ese compromiso respecto de la controversia que se presentó al conocimiento del Tribunal arbitral, y no de otra distinta; esa controversia consistía en *fijar* una frontera, según las reglas convenidas por las partes, y no en *adjudicar* discrecionalmente a las partes una porción del territorio en disputa. Las partes convinieron en que el laudo sería “*un arreglo pleno, perfecto y definitivo*”, a condición de que el Tribunal se ajustara a las reglas convenidas en el compromiso arbitral, y a que el árbitro resolviera razonadamente, no en forma caprichosa, la controversia que se le había sometido, y no una controversia diferente.

El artículo 54 de la Convención para el Arreglo Pacífico de Controversias Internacionales, adoptada el 29 de julio de 1899, que codificaba el Derecho en vigor en esta materia, expresa que lo que pone fin a la controversia, con efecto de cosa juzgada, es un laudo “*debidamente pronunciado*”. Ese no es el caso del Laudo de París. Como repetidamente han subrayado la doctrina y la jurisprudencia, la sacrosanta regla de la cosa juzgada no obliga a mantener la ficción de la validez de lo que carece de existencia jurídica, o de lo que es irremediabilmente nulo.

⁴⁸ Cfr. Kenneth Carlston, *ob. cit.*, p. 218.

⁴⁹ Cfr. Institut de Droit International, Session de La Haye, *Project de Règlement pour la Procédure Arbitrale Internationale*, 28 août 1875, artículos 25 y 27.

⁵⁰ Cfr. Paul Reuter, «La motivation et la révision des sentences arbitrales à la Conférence de la paix de La Haye (1899) et le conflit frontalier entre le Royaume Uni et le Vénézuéla», en *Mélanges offerts à Juraj Andrassy / Essays in International Law in honour of Juraj Andrassy / Festschrift für Juraj Andrassy*, Texte rédigé par Vladimir Ibler, Martinus Nijhoff, La Haye, 1968, pp. 237–247, p. 245.

4. Inexistencia y nulidad: Actos nulos y actos anulables

Para que un laudo pueda considerarse como tal, es indispensable que quien lo emite sea una autoridad legítima, que el laudo revista la apariencia de un acto que se dicta en virtud de la ley -el compromiso arbitral-, y que se ciñó estrictamente a los términos de esa ley. Una farsa judicial que, después de 54 audiencias, un expediente voluminoso, con muchos mapas contradictorios, y luego de varias jornadas de largos alegatos, se despacha en seis días, mediante una mera transacción entre los árbitros, con un documento en el que -sin considerar los argumentos de las partes o la prueba rendida-, no se establece qué Estado es el legítimo soberano de los territorios en disputa, y en virtud de que normas de Derecho, sino que, directamente, los adjudica a una de las partes, y resuelve sobre asuntos que nadie le había sometido (como pudiera ser el caso de la libre navegación de los ríos, o de las tasas aduaneras a aplicar), no es un acto nulo sino un acto inexistente. Durante esos 6 días, más que deliberaciones sobre puntos de hecho y de Derecho, lo que hubo fue una colusión entre los árbitros, o una transacción fraudulenta, carente de todo fundamento, que produjo un laudo concertado por engaño.

La nulidad es otra cosa. La nulidad de un laudo es la consecuencia de que el Derecho le atribuya ese efecto, por faltar un requisito indispensable para su validez. Esa nulidad puede ser absoluta o relativa. La nulidad será absoluta, por ejemplo, en el caso de un laudo que viole normas de *ius cogens*, o que sea dictado sin oír a una de las partes en la controversia, o que sea acordado por una minoría de los miembros del Tribunal. La nulidad será relativa si el vicio de nulidad de que se trata puede ser convalidado por las partes; por ejemplo, si el compromiso arbitral no fue ratificado por una de las partes, pero ésta se comportó de acuerdo con sus términos, o si el laudo -aunque viciado- contó con la aquiescencia posterior de la parte perdedora.

En Derecho interno se ha distinguido entre los actos que son nulos *ab initio*, y los actos que son anulables por una instancia judicial, a solicitud de parte. Pero, en Derecho Internacional, esta distinción plantea problemas prácticos de difícil solución, puesto que no siempre habrá un tribunal disponible para pronunciarse sobre la nulidad o validez del laudo, y puesto que una decisión de esta envergadura no se puede dejar solamente a la parte perdedora. En los casos de prevaricación de los árbitros y de exceso de poder, Diena considera que este asunto debería ser resuelto por un tribunal distinto al que dictó el laudo; pero, en su opinión, si las partes no se ponen de acuerdo para someter este asunto al arbitraje o al arreglo judicial, cualquiera de las partes -unilateralmente- podría decidir que el laudo es nulo.⁵¹

⁵¹ Cfr. Julio Diena, Julio Diena, *Derecho Internacional Público* (Título original: *Diritto Internazionale*, Luigi Pierro, Tip. Editore, Napoli, 1908), traducción de la cuarta

La doctrina francesa distingue entre actos -o contratos- que, por carecer de ciertos presupuestos básicos, no tienen existencia jurídica y no producen efectos jurídicos, y casos de nulidad de los actos o contratos, por faltar algún elemento esencial para la validez de dicho acto o contrato, relacionado con la voluntad de quien emana dicho acto, el objeto lícito, o la causa lícita. Asimismo, en el Derecho interno de los Estados, se suele distinguir entre aquellos actos que son nulos de pleno derecho, por infracción de normas imperativas o por carecer de algún elemento esencial, y aquellos que son meramente anulables. En este último caso, a partir de la existencia de un vicio, procesal o sustantivo, que afecta a alguno de los elementos del acto jurídico, una de las partes puede solicitar se declare la nulidad del acto o contrato de que se trata, ante la instancia judicial prevista por la ley, y dentro del plazo indicado en ella; pero, mientras dicha nulidad no sea judicialmente declarada, el acto impugnado debe tenerse como válido. Sin embargo, esta distinción entre actos nulos y actos anulables es menos tajante en el Derecho Internacional Público. Desde luego, si un laudo se dicta en contravención de normas de *ius cogens*, es nulo de pleno derecho; ese sería el caso, por ejemplo, de un laudo dictado por un Tribunal que carece de imparcialidad, de un laudo que es la culminación de una farsa procesal, de un laudo al que se llega como consecuencia de una transacción entre los árbitros, ignorando las reglas acordadas por las partes, o de un laudo que decide en contravención a normas imperativas de Derecho Internacional, como la igualdad soberana de los Estados, la prohibición de la esclavitud, o la prohibición de la tortura. Pero, si lo que se alega no constituye la violación de una norma de carácter imperativo (tal como la existencia de un vicio de procedimiento, el conflicto de intereses por parte de alguno de los árbitros, el error de hecho o de Derecho, o la falta de fundamentación del laudo), no hay, en el Derecho Internacional, una instancia preestablecida para conocer de demandas de nulidad de un laudo de este tipo. En este sentido, conviene recordar que, al momento de dictarse el laudo de París, no existía una instancia o un procedimiento para pedir que se declarara la nulidad del laudo, ni tampoco existía un plazo para impugnarlo.

Lo que hace que un laudo sea nulo no es el hecho de que sea impugnado, sino la circunstancia de que éste adolezca de irregularidades que no se pueden subsanar. Si los vicios son de tal envergadura, no hay que alegar la nulidad para que ésta surta efectos. Si, como en el presente caso, las irregularidades en la composición del Tribunal, la falta de imparcialidad del Tribunal, el exceso de poder, o la falta de motivación del laudo como consecuencia de su arbitrariedad, son tan evidentes, no es necesario que la validez del laudo tenga que ser impugnada, o que su nulidad deba ser judicialmente declarada, sino que opera de pleno derecho, y así parecen haberlo entendido las partes en la controversia del Esequibo, al adoptar el Acuerdo de Ginebra. Por el contrario, otros asuntos, como la validez del compromiso arbitral, la falta de capacidad moral del árbitro, la

edición italiana por J. M. Trías de Bes, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1948, p. 465.

colusión entre los árbitros, el conflicto de intereses de alguno de los árbitros, la violación de reglas fundamentales del debido proceso, la prevaricación, o la forma indebida como se llegó al laudo -por ejemplo, mediante una transacción entre árbitros-, tendrán que ser alegadas, y podrán requerir de pruebas y de la apreciación de las mismas por una instancia internacional. Respecto de la injusticia evidente, o de una injusticia manifiesta, ella plantea problemas jurídicos de fondo que, con toda certeza, también tendrían que ser apreciados por una instancia internacional.

Una nulidad relativa podría ser convalidada por la conducta posterior de la parte que resultó perdedora en la contienda arbitral. Esto es lo que alega Guyana, quien sostiene, en su demanda, que, al haber guardado silencio durante 63 años después de dictado el laudo, Venezuela habría consentido en la validez del mismo. Pero, asumiendo que eso fuera cierto -que no lo es-, ¿por qué el Reino Unido y Guyana habrían suscrito el Acuerdo de Ginebra? Si es tan obvio que el laudo es válido, ¿por qué Guyana ha recurrido a la Corte Internacional de Justicia para que ésta *confirme* su validez y no ha pedido, simplemente, que se ordene su ejecución? Si el laudo es válido, como sostiene Guyana, ¿para qué se necesita recurrir a la supuesta aquiescencia de Venezuela? Por el contrario, si el laudo fuera nulo, en su origen, como consecuencia de vicios insubsanables, ¿de qué sirve la supuesta aquiescencia de Venezuela? Si bien cada Estado tiene que pagar el precio de su propia torpeza, las normas de Derecho Internacional -y particularmente aquellas que tienen carácter de *ius cogens*- no pueden ser avasalladas impunemente, pretendiendo derivar derechos de lo que es un fraude procesal. Si hubiera habido aquiescencia de Venezuela, ésta habría sido cancelada por el Acuerdo de Ginebra -que reconoce la contención venezolana de que el laudo es nulo-, y por la demanda de Guyana, que pide a la Corte Internacional de Justicia pronunciarse sobre la validez del laudo.

5. El principio de la competencia de la competencia y la validez del laudo

Según un principio firmemente establecido en el Derecho Internacional, los tribunales internacionales son jueces de su propia competencia. Este principio básico, que encuentra sus raíces en el trabajo de las Comisiones Mixtas creadas por el Tratado Jay,⁵² y que fue reafirmado por el tribunal arbitral que decidió el

⁵² Cfr. Roger Pinto, *Le Droit des Relations Internationales*, Payot, París, 1972, p. 195. Cfr., también, Kenneth S. Carlston, *The Process of International Arbitration*, originalmente publicado por Columbia University Press, New York, 1946, reimpresso por Greenwood Press, Publishers, Westport, Connecticut, 1972, pp. 75 y ss.

caso del *Alabama*,⁵³ también se encuentra recogido en otros tratados,⁵⁴ y ha sido ampliamente desarrollado tanto por la doctrina⁵⁵ como por la jurisprudencia de la Corte Permanente de Justicia Internacional,⁵⁶ y por la de la Corte Internacional de Justicia.⁵⁷ Aunque parezca referirse a una cuestión ajena a la que nos ocupa, la aplicación de este principio tiene implicaciones para determinar si un laudo es nulo o es válido.

En el asunto del *Betsey*, un navío estadounidense capturado por los ingleses, Gran Bretaña se negaba a reconocer a la Comisión Mixta establecida en virtud del Tratado Jay, de 1794, cualquier competencia para interpretar el referido compromiso; la mayoría de la Comisión rechazó los argumentos del agente británico, acogiendo la tesis de uno de los comisionados, el señor Gore, quien sostenía que: a) si la Comisión tenía competencia para declarar su incompetencia tenía, igualmente, competencia para declarar su competencia; b) una decisión de incompetencia habría reenviado el caso a los diplomáticos, mientras que las partes habrían optado por un arreglo judicial; tal reenvío haría que el compromiso fuera nulo o absurdo, a pesar de la advertencia de Vattel en el sentido de que “toda interpretación que conduzca al absurdo debe ser rechazada”; y c) los miembros de la Comisión habían aceptado la función que se les encomendó y habían prestado juramento; por consiguiente, ellos debían ejercer plenamente su mandato,

⁵³ Cfr. United Nations, Reports of International Arbitral Awards, *Alabama claims of the United States of America against Great Britain*, vol. XXIX, September 14, 1872, pp. 125-134.

⁵⁴ En este sentido, el artículo XXXIII del Tratado Americano de Soluciones Pacíficas, Pacto de Bogotá, suscrito en Bogotá el 30 de abril de 1948, expresa que: “Si las partes no se pusieren de acuerdo acerca de la competencia de la Corte sobre el litigio, la propia Corte decidirá previamente esta cuestión.”

⁵⁵ Cfr., por ejemplo, Stephen M. Schwebel, *International Arbitration: Three salient problems*, Grotius Publications Limited, Cambridge, 1987, pp. 2, 10, 12-19, 32, 54-55, 60, 88, y 146.

⁵⁶ Cfr., por ejemplo, Permanent Court of International Justice, Interpretation of the Greco-Turkish Agreement of December 1, 1926 (Final Protocol, Article IV), Advisory Opinion N° 16, August 28, 1928, en Manley O. Hudson, *World Court Reports, A Collection of the Judgments, orders and opinions of the Permanent Court of International Justice*, vol. II, Oceana publications, Inc., Dobbs Ferry, New York, 1969, pp. 320-339. La cita corresponde a la p. 333.

⁵⁷ Cfr., por ejemplo, *Nottebohm Case (Liechtenstein v. Guatemala)*, Preliminary Objection, Judgment of November 18th, 1953, p. 119. También, *Ambatielos Case (Greece v. United Kingdom)*, Preliminary Objection, Judgment of July 1st, 1952, dissenting opinion of Judge Helge Klaestad, p. 83; y *Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia (Serbia and Montenegro))*, Further request for the indication of provisional measures, Order of 13 September 1993, Separate opinion of Judge Bola Ajibola, p. 396.

respetando su juramento, y examinando todos los asuntos que se les sometieran.⁵⁸ Pero, más allá del razonamiento de la Comisión, lo notable es que, incluso el gobierno británico -a través de Lord Loughborough- rechazó la tesis de sus comisionados, señalando que “las dudas respecto de la autoridad de los comisionados para pronunciarse sobre su propia jurisdicción son absurdas; ellos necesariamente deben decidir sobre casos que caen dentro de su competencia, así como sobre casos que caen fuera de su competencia.”⁵⁹ En el mismo sentido, en el informe sobre el proyecto de Convención para el arreglo pacífico de controversias internacionales de la Conferencia de La Haya de 1899, se expresa que “no aceptar este punto de vista sería colocar al Tribunal en la condición de uno que es incapaz de actuar, y que está obligado a despojarse de la jurisdicción que tiene sobre la controversia cada vez que a una de las partes le apetezca sostener, incluso en contra de toda evidencia, que el Tribunal no puede conocer de ese asunto.”⁶⁰ Asimismo, Lapradelle y Politis sostenían que afirmar que un juez internacional no puede decidir sobre la excepción de falta de jurisdicción equivale a mantener la tesis de que, cada vez que se presenta este argumento, debe ser admitido.⁶¹

Dicho lo anterior, la cuestión es determinar en qué medida la competencia del tribunal para determinar su propia competencia puede incidir en el examen ulterior, por una instancia jurisdiccional distinta, de posibles causales de nulidad de un laudo. Desde luego, si se alega un defecto del laudo en lo que concierne a la jurisdicción del tribunal que lo dictó -es decir, exceso de poder, o exceso de competencia-, ese es un asunto que, en principio, sólo podría decidir el mismo

⁵⁸ Cfr. Philippe Chapal, *L'Arbitrabilité des Différends Internationaux*, Éditions A. Pedone, París, 1967, p. 164.

⁵⁹ Citado por Kenneth S. Carlston, *The Process of International Arbitration*, originalmente publicado por Columbia University Press, New York, 1946, reimpresso por Greenwood Press, Publishers, Westport, Connecticut, 1972, p. 76. A la vez, Carlston cita a John B. Moore, *International Adjudications, Ancient and Modern: History and Documents, Together with Meditorial Reports, Advisory Opinions and the Decisions of Domestic Commissions on International Claims*, vol. IV, Oxford University Press, New York, 1929-1931, p. 85.

⁶⁰ Report to the Conference on Draft Convention for the Pacific Settlement of International Disputes, *Proceedings of The Hague Peace Conferences – Translation of the Official Texts (The Conferences of 1899 and 1907)*. The Conference of 1899, Prepared in the Division of International Law of the Carnegie Endowment for International Peace, under the supervision of James Brown Scott, Publications of the Carnegie Endowment for the International Peace, Division of International Law, Washington, Oxford University Press, New York, / London, / Toronto / Melbourne / Bombay, 1920, p. 147.

⁶¹ Cfr. Albert Geouffre de Lapradelle et Nicolas Politis, *Recueil des Arbitrages Internationaux*, Vol. 1, A. Pedone, París, 1905, pp. 104 y s.

tribunal cuyo laudo ahora se objeta.⁶² Es éste el que estaba facultado para interpretar las cláusulas del compromiso arbitral y decidir los límites de su competencia; en principio, lo contrario sería incompatible con el principio de la competencia de la competencia. El problema es que, si se invoca causales de nulidad de naturaleza no jurisdiccional (por ejemplo, la constitución irregular del Tribunal, las violaciones del debido proceso, la falta de motivación del laudo, el error de hecho o de Derecho), siempre se vuelve a lo mismo, pues será el tribunal quien, interpretando las disposiciones del *compromis*, determine cómo debe constituirse, cuáles son las reglas de procedimiento y prueba, cómo garantizar el principio de igualdad de las partes, y qué explicaciones requiere la parte resolutoria de su decisión; por supuesto, se descarta el error de Derecho, pues es el Tribunal el que dice cuál es el Derecho aplicable (suponiendo que lo diga). Por lo tanto, en principio -salvo quizás en caso de fraude o prevaricación-, no habría posibilidad de impugnar un laudo. Digo “*en principio*”, porque, una vez dictado el laudo, las partes podrían convenir expresamente lo contrario, sometiendo a otra instancia judicial la cuestión de la determinación de la nulidad o validez del mismo. Como regla general, será la parte perdedora la que objete la validez del laudo y trate de llevarlo a una instancia jurisdiccional internacional; si lo logra, la respuesta probablemente será que el laudo es “definitivo e inapelable”, y que sólo el Tribunal que lo dictó tenía competencia para determinar los límites de su competencia y para interpretar el compromiso arbitral. Pero, si el objeto de la controversia fue sometido a una Corte de justicia por ambas partes, para que ésta se pronuncie sobre la nulidad o validez del laudo, o si quien recurre a una instancia judicial es la parte ganadora, pidiendo que se confirme la validez del laudo, y la Corte decide que es competente para conocer de esa controversia, ese es el fin del asunto, pues son las partes las que han concedido competencia a este tribunal para que determine la validez o la nulidad del laudo que es el motivo de la controversia.

El principio de la competencia de la competencia no impide que, si surge una nueva controversia entre los Estados partes en el litigio inicial, esta vez en torno a la nulidad o validez del laudo que debió resolver esa controversia, las partes puedan someterse a otro Tribunal internacional, para que sea éste el que determine -de una vez y para siempre- si el laudo adolece de algún defecto de tal naturaleza que lo vicia de nulidad. Eso es lo que ha ocurrido en el caso *Guyana c. Venezuela*. Mediante el Acuerdo de Ginebra, las partes dispusieron cuál sería el procedimiento para resolver esta controversia, y es así como este asunto ha llegado a la Corte Internacional de Justicia.

II. Las condiciones de validez de un laudo en el Derecho Internacional

A pesar de la insistencia en un laudo “debidamente pronunciado”, como condición de validez del mismo, no hay ningún tratado internacional que señale

⁶² Cfr. Kenneth S. Carlston, *ob. cit.*, pp. 74 y ss.

expresamente cuáles son los vicios o defectos que pueden comprometer la validez de los laudos. Con toda certeza, *debidamente pronunciado* se refiere a los pasos procesales seguidos por el tribunal para llegar a su decisión, pero también a la forma que ésta adopta y, probablemente, al contenido material de lo decidido, para los efectos de que esto último corresponda con el objeto de la controversia y con el sentido de la justicia.

No hay consenso, en la doctrina o en la jurisprudencia, en cuanto a cuáles son las causales precisas por las que un laudo arbitral puede ser considerado nulo, ni en cuanto al procedimiento para declararlo como tal, o en cuanto a la instancia ante la cual recurrir; pero sí existe acuerdo en que, para que sea válido, un laudo arbitral tiene que cumplir con ciertos requisitos esenciales. De esto es de lo que se han ocupado destacados estudiosos del Derecho Internacional y del procedimiento arbitral, cuestión que tampoco ha escapado a la atención de los distintos sistemas jurídicos nacionales.

En 1875, en su Proyecto de Reglamento para el procedimiento arbitral internacional, el *Institut de Droit International*, disponía, en su artículo 27, que un laudo es nulo en caso de un compromiso arbitral nulo, de exceso de poder, de corrupción probada de uno de los árbitros, o de error esencial.⁶³ Adicionalmente, el artículo 23 indicaba que la sentencia arbitral debía, *inter alia*, contener una exposición de los motivos de la misma, salvo una dispensa prevista en el compromiso arbitral.

En el Derecho inglés, un laudo arbitral puede ser devuelto al árbitro para su reconsideración, o puede ser anulado si ha sido indebidamente dictado, o porque el árbitro se haya conducido en forma inapropiada, o porque el procedimiento haya sido conducido en forma indebida.⁶⁴ En Escocia, un laudo puede ser impugnado, entre otras cosas, por ir más allá de los asuntos que se le encomendaron, o por mal comportamiento del árbitro.⁶⁵ Como hecho novedoso, en ambos casos, sobresale la conducta inapropiada del árbitro, o el mal comportamiento del mismo.

Un cuarto de siglo antes de que se dictara el laudo que nos ocupa, un jurista parisino, Rouard de Card, en un trabajo premiado por la Universidad de París, advertía que era necesario no mostrarse demasiado condescendiente para admitir la nulidad de un laudo arbitral, porque eso sería dar armas a la mala fe y al espíritu de sutileza que muy a menudo se encuentran en las relaciones internacionales. Sin embargo, De Card no vacilaba en sostener que un laudo podía considerarse nulo

⁶³ Cfr. Institut de Droit International, Projet de règlement pour la procédure arbitrale internationale, Session de La Haye – 1875, article 27.

⁶⁴ Cfr. David M. Walker, *The Oxford Companion to Law*, Clarendon Press, Oxford, 1980, p. 73.

⁶⁵ Cfr. *Ídem*.

si había una violación del compromiso arbitral (exceso de poder), injusticia evidente, o error material.⁶⁶

También antes de que se dictara el Laudo, otro jurista notable, Pasquale Fiore, había publicado, en 1890, *Il diritto internazionale codificato e la sua sanzione giuridica*, en el que sostenía que la sentencia arbitral se reputará nula, *inter alia*, si carece en absoluto de los motivos de hecho y de derecho para decidir. Además, Fiore indicaba que la sentencia arbitral (el laudo) podía ser impugnada, y podía ser anulada, *inter alia*, si los árbitros hubiesen traspasado los límites del compromiso arbitral, si hubiese sido dictada por persona que careciese de la capacidad legal o moral necesaria para ser árbitro, o que, teniéndola, la hubiese perdido durante el proceso, o cuando la sentencia (el laudo) hubiese sido concertada con engaño, o cuando no hubiesen sido observadas las formas procesales estipuladas en el mandato, o las establecidas por el derecho común, o las que, según éste, debieran considerarse indispensables, dada la naturaleza del juicio arbitral.⁶⁷ Pocos años después, otro autor italiano contemporáneo al laudo de París y compatriota de Fiore, Julio Diena, afirmaba que un laudo se considera nulo cuando está viciado por exceso de poder, prevaricación de alguno de los árbitros, o por errores esenciales.⁶⁸

A juicio de Ralston, un laudo que va más allá de los términos del *compromis* es, en esa misma medida, nulo y sin efecto.⁶⁹ Si bien creía que los casos de fraude o corrupción del árbitro eran demasiado raros, o prácticamente inexistentes, para él estaba fuera de discusión que tales circunstancias viciaban el laudo.⁷⁰

⁶⁶ Cfr. Edgard Rouard de Card, *L'Arbitrage International dans le passé, le présent et l'avenir*, A. Durand et Pedone-Lauriel, Editeurs, París, 1877, p. 53.

⁶⁷ El autor de estas líneas ha tenido a la vista la edición en castellano. Pascual Fiore, *El Derecho Internacional Codificado*, traducida por la Redacción de la “Revista de Legislación”, de la tercera edición italiana, corregida y aumentada, Hijos de Reus, Editores, Madrid, 1901, párrafos 1110 y 1111, p. 423.

⁶⁸ Cfr. Julio Diena, *Derecho Internacional Público* (Título original: *Diritto Internazionale*, Luigi Pierro, Tip. Editore, Napoli, 1908), traducción de la cuarta edición italiana por J. M. Trías de Bes, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1948, p. 464.

⁶⁹ Cfr. Jackson H. Ralston, *International Arbitration from Athens to Locarno*, originalmente publicado por Stanford University Press, Stanford, 1929, reimpresso por The Lawbook Exchange, Ltd., Clark, New Jersey, 2016, p. 96.

⁷⁰ Cfr. *Ibid.*, pp. 96 y s. Ralston menciona un caso citado por Barbeyrac, en el que tanto el Emperador Maximiliano como el Duque de Venecia trataron recíprocamente de corromper al papa Leon X. Pero, para él, un verdadero ejemplo de este tipo es el ocurrido en el arbitraje por las reclamaciones de Estados Unidos en contra de Venezuela, según el compromiso celebrado el 25 de abril de 1866, y que concluyó con el laudo del 3 de agosto de 1868. Este laudo fue protestado por Venezuela, alegando fraude, lo cual condujo a una investigación del Congreso de los Estados

En su opinión, en términos prácticos, es más difícil determinar si el llamado “error esencial” puede ser causal de nulidad; primero porque éste es difícil de definir. Sin embargo, él considera como un *error* el traspasar los límites del *compromis*, ya sea que a esto se le denomine exceso de poder o de otra forma. Pero Ralston estima que no cualquier estimación equivocada de los hechos puede considerarse un *error*, al dar a esta expresión una aplicación tan amplia - en la que lo que es obvio para unos es inexacto para otros-, sería prácticamente imposible llegar a una decisión definitiva, como es el propósito de una decisión judicial.⁷¹ Sobre el error esencial, Ralston reitera la opinión que expresó en el caso del Fondo Piadoso de las Californias (Estados Unidos c. México), en el que le correspondió actuar como agente de los Estados Unidos. Citando a Bluntschli, Heffter, Kamarowsky, Vattel, y Calvo, él afirma que el laudo no puede ser atacado por una errónea apreciación de los hechos o del Derecho. No obstante, Ralston admite que hay una línea muy tenue entre lo que puede considerarse un error esencial y lo que es un exceso de poder; el mismo hecho, mirado desde distintos puntos de vista, puede, en su opinión, ser caracterizado como cualquiera de esas categorías.⁷² Queda por saber si, cada vez que el Tribunal comete un error -de hecho o de Derecho- está incurriendo en un exceso de poder y, por lo tanto, el laudo es nulo por exceso de poder, o si hay algunos errores de tal magnitud que pueden constituir un exceso de poder y, por ende, viciar al laudo de nulidad. En definitiva, Ralston no se pronuncia categóricamente sobre los efectos del error esencial respecto de la nulidad o validez del laudo; pero admite que éste es un punto difícil de tratar. Respecto a la motivación del laudo, Ralston expresa que, aunque no hay una regla estricta que requiera dar razones que sirvan de fundamento suficiente a la conclusión, en una amplia mayoría de casos, el laudo debería incluir tales razones. En su opinión, esto es necesario para satisfacer a las partes de que sus alegatos han recibido debida consideración, y para justificar la decisión del Tribunal en caso de que ésta sea criticada. Ralston admite que los reyes -y reinas- se han abstenido de exponer sus motivos para decidir, a fin de evitar que la exactitud de su razonamiento pudiera ser puesta en duda por “gente de menor dignidad”. Sin embargo, él

Unidos, que encontró que la reclamación venezolana estaba bien fundada, y que, el 3 de marzo de 1883, dispuso que se constituyera una nueva comisión mixta (un nuevo tribunal arbitral). *Cfr.*, también, Alexander M. Stuyt. *Survey of International Arbitrations – 1794-1970*, A. W. Sijthoff, Leiden, 1972, p. 80.

⁷¹ *Cfr. Ibíd.*, p. 97. Ralston recuerda que, en el caso de la Compañía de Navegación del Orinoco, sometido para revisión ante la Corte Permanente de Arbitraje Internacional, por considerar que el laudo original había incurrido en error esencial, en opinión de una las partes, la determinación del árbitro, “basada en consideraciones de hecho y en una interpretación de principios legales” no era sujeto a examen o revisión por dicho Tribunal. Sin embargo, este criterio no fue compartido por la Corte Permanente de Arbitraje Internacional.

⁷² *Cfr. Ibíd.*, pp. 98 y s.

afirma que este sentimiento no tiene cabida en los trabajos de un Tribunal que, mediante su razonamiento, debe estar preparado para justificar sus conclusiones.⁷³

Bluntschli considera que un laudo es nulo en cuatro hipótesis: a) si el Tribunal arbitral se ha excedido en sus atribuciones, b) en caso de “deslealtad” o denegación de justicia de parte de los árbitros, c) si los árbitros se han negado a oír a las partes o han violado alguna norma procesal de carácter fundamental, y d) si la decisión arbitral es contraria al Derecho Internacional, aunque no puede ser impugnada como errónea o contraria a la equidad.⁷⁴

Georg Schwarzenberger -un jurista alemán, nacionalizado británico, y antiguo profesor de la Universidad de Londres- sostenía que “los actos contrarios a la buena fe” por parte de una institución internacional -y un Tribunal de arbitraje internacional lo es- que deriva su autoridad de un compromiso consentido por las partes (como lo sería el compromiso arbitral que crea un Tribunal arbitral), son nulos.⁷⁵

Kenneth Carlston -uno de los más notables estudiosos del procedimiento arbitral-, sostiene que una violación de las formalidades prescritas por el compromiso arbitral bajo pena de nulidad, conducen a un laudo nulo; asimismo, él considera que la inobservancia de cualquier regla procesal estipulada en el compromiso constituye un exceso de jurisdicción y resulta en la nulidad del laudo, incluso si el compromiso ha guardado silencio en cuanto a las consecuencias que acarrea tal infracción. En su opinión, hay ciertos derechos procesales fundamentales con los que todo Estado puede contar en cualquier arbitraje internacional, de los cuales ningún Estado puede ser despojado. Cuando esos derechos son negados a una de las partes ante el Tribunal, y cuando esa parte ha buscado en vano que se le escuche por el Tribunal (“*has sought in vain to obtain a fair hearing*”), esa parte tiene derecho a negarse a cumplir la decisión que finalmente adopte ese Tribunal. Pero, según Carlston, no cualquier descuido u omisión de las estipulaciones procesales contenidas en el compromiso conducen a la nulidad del laudo. Sólo si el efecto de tal omisión procesal es perjudicar materialmente los intereses de una de las partes la consecuencia será la nulidad del laudo; la cuestión es determinar si esa omisión procesal constituye una privación de un derecho fundamental, haciendo que el proceso arbitral y el laudo resultante pierdan su carácter judicial. A juicio de Carlston, la denegación de un juicio justo o del derecho a ser oído con las debidas garantías (“*a fair hearing*”),

⁷³ Cfr. *Ibid*, p. 92.

⁷⁴ Cfr. Johann C. Bluntschli, *Le Droit International Codifié*, Art. 495, citado por Jackson Ralston, *ob. cit.*, p. 94.

⁷⁵ Cfr. Georg Schwarzenberger, *The Dynamics of International Law*, Professional Books Limited, Milton, near Abingdon, Oxon, 1976, p. 70.

o del derecho a tener una oportunidad adecuada para presentar su caso, justifica a esa parte en su derecho de negar la validez del laudo.⁷⁶

Para la validez del laudo, el elemento esencial es el pleno respeto por las reglas estipuladas en el compromiso arbitral; el compromiso acordado por las partes es la ley que regula la actividad del tribunal. Por eso, de acuerdo con Dreyfus, los árbitros estarían obligados por los términos del compromiso arbitral en el cual las partes han establecido los términos de su función; por ende, se requiere que los árbitros cumplan con su tarea en esos términos, bajo pena de viciar el laudo de nulidad, en caso contrario.⁷⁷

Según Henkin, Pugh, Schachter y Smit, en 1872, al momento en que se adoptó el laudo de Ginebra, que resolvió la controversia del *Alabama*, estaba recibiendo gradual aceptación general un sistema de reglas y procedimientos arbitrales y, en 1875, el Instituto de Derecho Internacional había completado un destacado e influyente proyecto de Código de procedimiento arbitral.⁷⁸ Puede decirse que, para ese momento, las reglas derivadas del arbitraje del *Alabama* habían devenido en principios de Derecho Internacional general, o en una práctica aceptada como Derecho y, por lo tanto, obligatoria. En consecuencia, cualquier decisión adoptada en violación de esas reglas es nula.

A juicio de Cavaré, el Derecho arbitral es el resultado de la costumbre; en su origen se encuentran los hechos y las prácticas que se vuelven hábitos, y que tanto los árbitros sucesivos como la sociedad internacional consideran como una práctica obligatoria, transformándola en Derecho consuetudinario; ésta es, en su opinión, una de las materias más notables en que la costumbre es fuente del Derecho Internacional.⁷⁹ En cuanto a las causas de nulidad de un laudo, Cavaré menciona, *inter alia*, la interpretación abusiva de las cláusulas del compromiso para la designación de los árbitros, el exceso de poder del árbitro, la decisión *ultra petita*, el desempeño por el árbitro de un papel distinto al que le está atribuido por el compromiso, y el menosprecio del Derecho a aplicar.⁸⁰

⁷⁶ Cfr. Kenneth S. Carlston, *The Process of International Arbitration*, Columbia University Press, New York, 1946, reimpresso por Greenwood Press, Publishers, Westport, Connecticut, 1972, pp. 38 y s.

⁷⁷ Cfr. Simone Dreyfus, *Droit des Relations Internationales*, deuxième édition revue et augmentée, Cujas, París, 1981, p. 171.

⁷⁸ Cfr. Louis Henkin, Richard C. Pugh, Oscar Schachter, y Hans Smit, *International Law: Cases and Materials*, successor to Friedmann, Lissitzin and Pugh, *Cases and Materials on International Law* (1969), West Publishing Co., St. Paul, Minnesota, 1980, p. 845. El Proyecto de Código de Procedimiento Arbitral, del Instituto de Derecho Internacional, se encuentra en *Annuaire de l'Institut de Droit International*, 1877, pp. 126 y ss.

⁷⁹ Cfr. Louis Cavaré, *Le Droit International Public Positif*, tomo II, Editions A. Pedone, París, 1969, p. 262.

⁸⁰ Cfr. *Ibid.*, pp. 322 y ss.

Curiosamente, Cavaré, que había cuestionado, por su “motivación insuficiente”, el laudo de Isabel II de España en el caso de la Isla de Aves,⁸¹ no menciona expresamente la falta de motivación como una causal de nulidad del laudo. Sin embargo, en materia de arbitraje, en el último tercio del siglo XIX, lo que se había transformado en costumbre jurídica era precisamente la necesidad de que el laudo estuviera acompañado de sus fundamentos de hecho y de Derecho; la motivación del laudo era parte esencial del mismo, sirviendo de fundamento a su parte resolutive.

Entre los juristas ingleses, Oppenheim y Lauterpacht sostienen que un laudo arbitral es obligatorio sólo en el supuesto de que los árbitros hayan cumplido en todos los casos sus obligaciones como tales, y hayan podido emitir el laudo con plena independencia. Si los árbitros hubieran sido sobornados, o no hubieran seguido las instrucciones indicadas en el compromiso arbitral, o si el laudo hubiera sido dictado bajo coerción de cualquier clase, o si una de las partes hubiera conducido intencionada y maliciosamente a los árbitros a un error material esencial, el laudo no tendría ninguna fuerza obligatoria.⁸² Aunque los autores antes citados no se refieren a estas circunstancias como causales de nulidad de los laudos, sino como las condiciones principales para que no se reconozca a un laudo como obligatorio,⁸³ el efecto práctico es el mismo: un laudo de esas características no puede reconocerse como válido, y no produce efectos jurídicos.

Según Kaikobad, los Estados pueden alegar la nulidad de un laudo sobre la base de diversas consideraciones, incluyendo la ausencia de fundamentos, la existencia de un error de Derecho o de hecho -material o esencial-, la corrupción del tribunal, la coacción ejercida sobre el tribunal, el exceso de poder, o la falta de cuidado en el ejercicio de su jurisdicción.⁸⁴

Respetuoso del efecto de cosa juzgada, Nicolás Politis acepta, con reticencia, la posibilidad de rehusarse a ejecutar un laudo únicamente si está manchado por un vicio de nulidad. Pero, en su opinión, el laudo tendrá este carácter sólo en el

⁸¹ Cfr. *Ibíd.*, p. 270.

⁸² Cfr. Lassa Oppenheim, *Tratado de Derecho Internacional Público* (título original: *International Law: A treatise*, séptima edición editada por Hersch Lauterpacht, Longmans, Green and Co., Londres / Nueva York / Toronto, 1952), Tomo II, vol. I, traducción por Antonio Marín López, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1966, p. 29.

⁸³ Cfr. *Ibíd.*, p. 30.

⁸⁴ Cfr. Kaiyan Homi Kaikobad, The quality of justice: ‘Excès de pouvoir’ in the adjudication and arbitration of territorial and boundary disputes, en *The reality of International Law: Essays in honour of Ian Brownlie*, Ed. por Guy S. Goodwin-Gill y Stefan Talmon, Clarendon Press, Oxford, 1999, p. 295.

caso de un compromiso arbitral defectuoso, y en caso de exceso de poder.⁸⁵ Queda por ver cuáles son las manifestaciones de ese exceso de poder.

Alfred Verdross admite que, en ciertas condiciones, una sentencia arbitral es nula. Para él, son causas de nulidad la falta de un tratado o compromiso válido (la nulidad del compromiso), el exceso de poder, el soborno judicialmente comprobado de un árbitro, la composición irregular del Tribunal, y vicios de procedimiento esenciales. En caso de un compromiso arbitral que no existe, que es nulo, o que ha caducado, Verdross considera que, si la parte demandada entra en el procedimiento, sin oponer la excepción de incompetencia, se presume que existe una sumisión tácita (se entiende que a la competencia del Tribunal, pero no a un laudo que pueda ser nulo por otras razones). Respecto del exceso de poder, éste se produce cuando el Tribunal ha decidido sobre materias no incluidas en el compromiso, o cuando un tribunal, a pesar de no estar autorizado para decidir *ex aequo et bono*, ha sentenciado según equidad. A juicio de Verdross, la nulidad por vicios de procedimiento esenciales se daría cuando el Tribunal no estuvo constituido regularmente;⁸⁶ pero él no se extiende sobre otros vicios de procedimiento, ni tampoco sobre su distinción entre vicios de procedimiento esenciales y no esenciales.

Para los efectos de que un laudo pueda ser considerado válido, Reisman señala que la decisión debe haber sido adoptada, después de la deliberación conjunta, por un Tribunal debidamente constituido.⁸⁷ Como causales de nulidad, él menciona la corrupción del árbitro,⁸⁸ la falta de imparcialidad que se manifiesta en el curso del proceso, incluso en asuntos menores, afectando la operación del proceso,⁸⁹ el error de Derecho,⁹⁰ la violación del derecho a ser oído,⁹¹ la violación del principio de igualdad de partes,⁹² la violación del deber de las partes de presentar toda la evidencia en su poder en relación con el caso (*full disclosure of*

⁸⁵ Cfr. Nicolas Politis, *La Justice Internationale*, 2d édition, Librairie Hachette, Paris, 1924, p. 91.

⁸⁶ Cfr. Alfred Verdross, *Derecho Internacional Público* (Título original, *Völkerrecht*, Springer-Verlag, Viena, 1955), traducción de la 5ª edición alemana por Antonio Truyol y Serra, Aguilar, Madrid. 1980, p. 399.

⁸⁷ Cfr. W. Michael Reisman, *Nullity and revision: The review and enforcement of international judgments and awards*, Yale University Press, New Haven and London, 1971, p. 489 y ss.

⁸⁸ Cfr. *Ibíd.*, pp. 493 y ss., y pp. 507 y ss.

⁸⁹ Cfr. *Ibíd.*, pp. 503 y ss.

⁹⁰ Cfr. *Ibíd.*, pp. 559 y ss.

⁹¹ Cfr. *Ibíd.*, pp. 585 y ss.

⁹² Cfr. *Ibíd.*, pp. 589 y ss.

evidence),⁹³ la coacción,⁹⁴ y la ausencia de una decisión debidamente razonada y motivada.⁹⁵ Reisman no se conforma con mencionar estas posibles causales de nulidad de un laudo, sino que las examina rigurosamente, indicando las circunstancias precisas en que, en su opinión, ellas vician de nulidad un laudo. Y resulta novedoso que, para Reisman, lo primero que se requiera sea una decisión adoptada en un proceso de deliberación conjunta del tribunal. Se asume que la *deliberación* es la ponderación de la prueba rendida por las partes, junto con el examen concienzudo de los hechos y el derecho aplicable; y, con la referencia a una deliberación *conjunta*, se subraya que esta tarea se debe realizar por el tribunal reunido en pleno, y no en pequeños conciliábulos o conversaciones de pasillo.

Con más cautela, Dinh, Daillier y Pellet⁹⁶ consideran que existen dos causas principales para declarar la nulidad de un laudo: la nulidad del compromiso, y el exceso de poder del árbitro; luego, al referirse a las “Reglas modelo” aprobadas por la Comisión de Derecho Internacional,⁹⁷ ellos agregan la corrupción del árbitro. En cuanto al exceso de poder, los autores citados afirman que éste se produce, por ejemplo, cuando se decide *ultra petita*, o cuando se actúa en contravención a una disposición del compromiso relativa al Derecho aplicable.⁹⁸

Dominique Carreau menciona, como causales de nulidad, la corrupción del árbitro, la colusión o el conflicto de intereses, el exceso de poder, el error de Derecho manifiesto y fundamental, las contradicciones internas del laudo, o la ausencia de claridad del mismo.⁹⁹

En un laudo que carece totalmente de motivación, no podría haber contradicciones en su razonamiento; pero sí se podría alegar “falta de claridad”, como consecuencia de la ausencia de fundamentación, o de la naturaleza misteriosa de las razones para decidir.

A pesar del carácter definitivo del laudo, Hubert Thierry admite que, sin embargo, hay situaciones en que se puede alegar su nulidad. Específicamente, él menciona la nulidad del compromiso, irregularidades en la designación de un

⁹³ Cfr. *Ibíd.*, pp. 593 y ss., y pp. 597 y ss.

⁹⁴ Cfr. *Ibíd.*, pp. 603 y ss.

⁹⁵ Cfr. *Ibíd.*, pp. 616 y ss.

⁹⁶ Es oportuno recordar que Alain Pellet es uno de los abogados de Guyana en el presente caso.

⁹⁷ *Model Rules on Arbitral Procedure*. Report of the International Law Commission covering the work of its Tenth Session, 28 April - 4 July 1958, Official Records of the General Assembly, Thirteenth Session, Supplement No. 9 (A/3859).

⁹⁸ Cfr. Nguyen Quoc Dinh, Patrick Daillier y Alain pellet, *Droit International Public*, 2^e édition, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1980, pp. 824 y s.

⁹⁹ Cfr. Dominique Carreau, *Droit International*, Pedone, París, 1986, p. 551.

árbitro, exceso de poder por parte del Tribunal, error manifiesto de Derecho, o un vicio esencial del procedimiento.¹⁰⁰

Por analogía, puede traerse a colación la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que menciona, como causa de nulidad de los tratados, *inter alia*, la violación manifiesta de las normas de uno de los Estados partes respecto al consentimiento para obligarse por un tratado (artículo 46, párrafo 1), el dolo (artículo 49), y la coacción, ya sea sobre el representante de un Estado (artículo 51), o sobre el Estado mismo (artículo 52). Si un tratado no es válido porque alguno de los negociadores de las partes se excedió manifiestamente en sus poderes para concluir un tratado, por analogía, un árbitro que se excede en los poderes que le otorgaron las partes para resolver una controversia tampoco es válido; esa es, además, una consecuencia natural y lógica de la aplicación del compromiso arbitral. En cuanto al dolo, puede que éste esté implícito en la corrupción de alguno de los árbitros, a la cual se refería la propuesta rusa a lo que era el proyecto de Convención para el arreglo pacífico de controversias internacionales; pero éste no se ha previsto expresamente, como causal de nulidad de un laudo, en ningún tratado. Tampoco había -en la propuesta rusa o en el texto finalmente adoptado como tratado en la Conferencia de La Haya de 1899- una referencia directa al efecto de la coacción sobre alguno de los árbitros, o sobre el efecto de la falta de motivación del laudo. Sin embargo, se recuerda que el artículo 54 de la Convención para el Arreglo Pacífico de las Controversias Internacionales, del 29 de julio de 1899, dispone que el laudo, “*debidamente pronunciado*” y notificado a los agentes de las partes, es el que decide definitivamente la controversia, sin apelación; un laudo que es fruto de la coacción no corresponde a la libre voluntad de los árbitros, y no puede decirse que haya sido “*debidamente pronunciado*”, por lo que es nulo, y carece de efectos jurídicos.

1. Las causales de nulidad de un laudo

Ya en el último cuarto del siglo XIX, Goldschmidt había apuntado once causales de nulidad de un laudo.¹⁰¹ En su proyecto de Reglamento del arbitraje internacional, el Institut de Droit International las redujo a cuatro.¹⁰² Pero una causal de nulidad puede estar concebida en términos tan amplios que puede englobar a varias circunstancias diferentes; por ejemplo, el exceso de poder puede

¹⁰⁰ Cfr. Hubert Thierry, Jean Combacau, Serge Sur et Charles Vallée, *Droit International Public, Éditions Montchrestien*, Troisième édition, París, 1981, p. 575. La cita corresponde al capítulo titulado *Le règlement pacifique des différends et l'ajustement des situations conflictuelles*, de responsabilidad exclusiva del profesor Thierry.

¹⁰¹ Cfr. Levin Goldschmidt, «Observations supplémentaires relatives aux règlement pour tribunaux internationaux», *Revue de Droit International et de Législation Comparée*, Tome VII, Durand et Pedone-Lauriel, París, 1875, p. 423.

¹⁰² Cfr. Institut de Droit International, *Projet de règlement pour la procédure arbitrale internationale*, Session de La Haye – 1875, article 27.

incluir, *inter alia*, la ausencia de un compromiso válido, la extralimitación de las funciones del árbitro, o la adopción de un laudo sin observar las formas previstas en el compromiso. Hoy, los distintos autores oscilan entre quienes mencionan sólo dos o tres causales de nulidad, y aquellos que incluyen una larga lista, que a veces tiene una diferencia de matices con lo que ya se ha indicado previamente, o que puede ser una mera diferencia semántica, que no agrega nada nuevo a lo ya dicho. Lo que algunos llaman fraude, otros lo llaman corrupción; lo que para unos es la violación de derechos procesales fundamentales, para otros es la omisión de estipulaciones contenidas en el compromiso arbitral; lo que para unos es exceso de jurisdicción, para otros es exceso de poder; lo que para unos es la violación de las reglas estipuladas en el compromiso, para otros es la falta de cuidado en el ejercicio de la jurisdicción; lo que para unos es un error esencial, para otros es un error fundamental; lo que para unos es un conflicto de intereses, para otros es una falta de idoneidad moral del árbitro; lo que para unos es la omisión de formalidades que constituyen garantías fundamentales para las partes, para otros es falta de idoneidad del árbitro, o prevaricación; en fin, lo que para unos es una injusticia evidente, para otros es un acto contrario a la buena fe. En ese entendido, teniendo en cuenta la afinidad de conceptos empleada por los distintos autores -y sin perjuicio de sus matices o de la posibilidad de que, a veces, dos o más de ellas se puedan acumular en una sola-, en su forma más elaborada, las causales de nulidad de un laudo citadas por la doctrina se pueden aglutinar en las siguientes doce categorías:

a) ***La falta de un compromiso arbitral***. Nulidad debido a la falta de un compromiso arbitral válido (Carlston, Stoykovitch), la ausencia de un compromiso arbitral (Verdross), la nulidad del mismo (Verdross, Thierry, Dinh, Daillier y Pellet), o la caducidad del mismo (Verdross);

b) ***La composición irregular del Tribunal*** (Verdross). La interpretación abusiva de las cláusulas del compromiso para la designación de los árbitros (Cavaré), la ausencia de un Tribunal debidamente constituido (Reisman), o las irregularidades en la designación de un árbitro (Thierry);

c) ***La violación del debido proceso***. La violación de los principios y reglas del procedimiento arbitral (Cavaré, Henkin, Pugh, Schachter y Smit), vicios de procedimiento esenciales (Verdross, Thierry), la violación de derechos procesales fundamentales con los que todo Estado debe contar en cualquier arbitraje internacional y de los cuales no puede ser despojado (Carlston), el que una parte haya buscado en vano que se le escuche por el Tribunal (Carlston), un procedimiento conducido en forma indebida (Derecho inglés), el incumplimiento -por el tribunal- de alguna de sus obligaciones, o el no haber seguido las indicaciones del compromiso arbitral, o las formas procesales previstas en el compromiso arbitral o en el Derecho común, o que debieran considerarse indispensables, dada la naturaleza del juicio arbitral (Fiore), o un acto realizado en contravención a una disposición del compromiso relativa al Derecho aplicable (Dinh, Daillier y Pellet), o la denegación de un juicio justo o del derecho a ser

oído con las debidas garantías (“*a fair hearing*”), o del derecho a tener una oportunidad adecuada para presentar su caso (Carlston), o la falta de imparcialidad que se manifiesta en el curso del proceso, incluso en asuntos menores, afectando la operación del proceso (Reisman), la violación del derecho a ser oído, o la violación del principio de igualdad de partes (Reisman);

d) ***El exceso de poder*** (Cavaré, Kaikobad, Diena, Verdross, Carreau, Thierry, Dinh, Daillier y Pellet, entre muchos otros). *Ultra petita* (Cavaré, Derecho escocés, Dinh, Daillier y Pellet), la inobservancia de cualquier regla procesal estipulada en el compromiso en cuanto constituye un exceso de jurisdicción (Carlston), la falta de un pleno respeto a las reglas estipuladas en el compromiso arbitral (Oppenheim y Lauterpacht, Dreyfus), traspasar los límites del compromiso arbitral (Fiore) -o violación del mismo- (Rouard de Card), decidiendo sobre materias no incluidas en el compromiso arbitral (Verdross), o decidiendo según la equidad cuando no se estaba autorizado para ello (Verdross), o actuando en contravención a una disposición expresa del compromiso relativa al Derecho aplicable;

e) ***La falta de cuidado en el ejercicio de la jurisdicción***. En estrecha relación con el punto anterior, se menciona la falta de cuidado en el ejercicio de la jurisdicción (Kaikobad), no seguir las instrucciones del compromiso arbitral (Oppenheim y Lauterpacht), la omisión de estipulaciones procesales contenidas en el compromiso y que perjudiquen materialmente los intereses de una de las partes (Carlston), una violación de las formalidades prescritas por el compromiso arbitral (Carlston), omisiones procesales que constituyan una privación de un derecho fundamental, haciendo que el proceso arbitral y el laudo resultante pierdan su carácter judicial (Carlston), la fragilidad de la evidencia tenida en cuenta (Balasko), el desempeño por el árbitro de un papel distinto al que le está atribuido por el compromiso (Cavaré), el menosprecio del derecho a aplicar (Cavaré), o el error de Derecho (Reisman);

f) ***La falta de idoneidad, o el comportamiento inapropiado del árbitro*** (Fiore, Derecho inglés, Derecho escocés). El soborno del árbitro (Oppenheim y Lauterpacht, Verdross), la corrupción del tribunal (Kaikobad, Carreau, Reglas Modelo de la Comisión de Derecho Internacional), la prevaricación (Diena), la colusión o el conflicto de intereses de los árbitros (Carreau), la corrupción del árbitro (Reisman), la falta de imparcialidad que se manifiesta en el curso del proceso, incluso en asuntos menores, afectando la operación del proceso (Reisman), un laudo dictado por quien carece de la capacidad moral o legal necesaria para ser árbitro (Fiore), o por quien perdió esa capacidad durante el proceso, o un laudo contrario a la buena fe (Schwarzenberger);

g) ***La falta de independencia del Tribunal***. Un laudo emitido sin plena independencia (Oppenheim y Lauterpacht), un laudo dictado bajo coerción (Oppenheim y Lauterpacht), la coacción sobre el árbitro (Reisman), o coacción de cualquier clase (Kaikobad);

h) **La conducta fraudulenta de una de las partes que ha inducido intencionadamente a error al Tribunal.** El que una de las partes haya inducido maliciosamente a los árbitros a un error material esencial (Oppenheim y Lauterpacht), o la violación del deber de las partes de presentar toda la evidencia en su poder en relación con el caso (*full disclosure of evidence*) (Reisman);

i) **La existencia de un error de hecho o de Derecho** (Kaikobad, Reisman). La existencia de un error esencial (Diena), de un error material (Rouard de Card), o de un error de Derecho manifiesto (Thierry) y fundamental (Carreau);

j) **La ausencia de fundamentos** (Descamps, Asser, Kaikobad, Audry, Reisman, y Lammasch, entre muchos otros). La falta de los motivos de hecho y de Derecho para decidir (Fiore, Castberg, Carlston), la motivación insuficiente (Cavaré), las contradicciones internas (Carreau), la falta de claridad del laudo (Carreau), o la falta de fundamentos como equivalente a un exceso de poder (Hoijer, Schätzel), la vaguedad, la falta de claridad, o las incongruencias del laudo (Justice White, en el caso de la frontera entre Costa Rica y Panamá);

k) **La forma irregular como se llegó al laudo.** Un laudo indebidamente dictado (Derecho inglés), un laudo concertado mediante engaño (Fiore), la forma de la decisión (Balasko), la ausencia de deliberación conjunta por un Tribunal debidamente constituido (Reisman), o un laudo dictado sin observar las formas procesales estipuladas en el compromiso arbitral -o estipuladas en el Derecho común, o consideradas indispensables, dada la naturaleza del juicio arbitral, y

l) **La injusticia evidente** (Rouard de Card). Injusticia notoria (Justice White, en el caso de la frontera entre Costa Rica y Panamá). Un laudo que, en cuanto al contenido de lo decidido, es manifiestamente incompatible con el sentido de la justicia y con la idea que el Derecho Internacional tiene de ésta; según Schwarzenberger, es nula una decisión contraria a la “buena fe”. En cierto sentido, esta causal de nulidad es, la síntesis de la mayoría de las anteriores: Composición irregular del Tribunal, violación del debido proceso, falta de cuidado en el desempeño de la función que se le había encomendado al Tribunal, falta de independencia del Tribunal, comportamiento parcializado del Tribunal, conducta fraudulenta del Tribunal, forma irregular de llegar a una decisión, exceso de poder, y falta de fundamentos para decidir como se hizo. El cúmulo de circunstancias que rodean este caso reflejan, en sí mismo, una injusticia manifiesta, incompatible con esa idea de justicia que forma parte del Derecho Internacional.

No es la injusticia evidente la única categoría que se entrecruza con otras causales de nulidad de los laudos. El exceso de poder se puede confundir con la falta de cuidado en el ejercicio de la jurisdicción y, por supuesto, con la ausencia de motivación de lo decidido. Asimismo, la forma anómala como se llegó al laudo puede ser una consecuencia de la composición irregular del Tribunal, y puede estar relacionada con la falta de independencia del Tribunal, con el comportamiento inapropiado de los árbitros, o con la falta de cuidado en el ejercicio de la jurisdicción. Además, la falta de idoneidad moral o legal del árbitro va a conducir,

necesariamente, a violaciones del debido proceso, a la comisión de errores de hecho o de Derecho, a la violación de las formalidades prescritas por el compromiso arbitral, al fraude procesal, a la prevaricación y, finalmente, a la injusticia del laudo.

2. La clasificación de las causales de nulidad

Queda por saber cómo sistematizar esa amplia gama de causales de nulidad de un laudo.

Según Balasko, los factores que hacen que un laudo sea nulo pueden clasificarse en dinámicos o estáticos. En su opinión, si el tribunal carece de jurisdicción o actúa excediéndose en sus atribuciones, la decisión será inválida debido a lo que él denomina factores dinámicos. Por el contrario, si lo que se objeta es la validez del compromiso arbitral, el *locus standi* de las partes, la naturaleza de la prueba, o la forma de la decisión, estaríamos en presencia de fundamentos de nulidad de carácter estático.¹⁰³

Dominique Carreau sostiene que un laudo se puede impugnar por la existencia de vicios externos al mismo, como la nulidad del compromiso arbitral, la designación irregular de los árbitros, o irregularidades en el procedimiento, y vicios intrínsecos al laudo mismo.¹⁰⁴ Los primeros son hechos o circunstancias anteriores al laudo, pero que anuncian que éste no podrá ser válido; los segundos son los que se desprenden del laudo mismo, poniendo de manifiesto que éste no se ajusta a los términos del compromiso arbitral y a la función que se les encomendó a los árbitros.

Otra forma de clasificar las causales de nulidad del laudo lleva a distinguir entre la existencia de un compromiso arbitral válido, las condiciones en que se desarrolló el proceso arbitral, la forma que asumió la deliberación del Tribunal arbitral, y las condiciones de forma y fondo del laudo arbitral.

A juicio de quien escribe estas líneas, para fines de su sistematización, las causales de nulidad se pueden resumir en seis categorías: 1) Las anteriores al proceso arbitral, relativas a la vigencia y validez del *compromis*, 2) las relativas a la integración del tribunal, 3) las concernientes al proceso arbitral mismo y a la igualdad de medios de que disponían las partes para hacer valer sus derechos, 4) las derivadas del método seguido por el Tribunal para llegar a una decisión, una vez que se cerró las audiencias y el caso quedó listo para sentencia, 5) la estructura del laudo y su falta de motivación, y 6) el exceso de poder manifestado en la decisión final. Pero, de nuevo, es importante observar la forma en que ellas se entrecruzan y se retroalimentan, muchas veces confundiendo entre sí.

¹⁰³ Cfr. Arpad Balasko, *Causes de nullité de la sentence arbitrale en Droit International Public*, A. Pedone, París, 1938.

¹⁰⁴ Cfr. Dominique Carreau, *ob. cit.*, p. 551.

III. El peso de la prueba: Presunción en favor de la validez del laudo

Es una gran responsabilidad la que recae sobre un tribunal internacional al que se le pide declarar que un laudo arbitral, celebrado en virtud de un compromiso libremente contraído entre las partes, es nulo y sin valor. Tal declaración no puede ser demandada por las partes ni concedida con ligereza por ningún tribunal. Pero debe haber un adecuado equilibrio entre el respeto por el arbitraje internacional y el laudo que emana de éste, así como por el compromiso arbitral que sirve de fundamento al laudo. Por lo tanto, la deferencia al laudo y la presunción de su validez no puede pasar por alto las graves discrepancias que pueda haber, por una parte, entre el rumbo trazado por el compromiso arbitral y, por la otra, entre la conducción del arbitraje y el contenido de lo decidido. De lo contrario, lejos de preservar el respeto por el arbitraje internacional, se socavaría el debido respeto que esa institución debe inspirar. Un respeto irrestricto del laudo, sin tener en cuenta la forma como se llegó a él o la naturaleza de lo decidido, tendría como precio el detrimento del arbitraje como institución. Hay, por lo tanto, una constante tensión entre la intangibilidad del laudo y el respeto de la voluntad de las partes expresada en el compromiso arbitral. Respetar la línea fronteriza que hay entre ambos principios es una tarea que requiere una cuidadosa consideración por parte del tribunal. La Corte está llamada a sopesar los beneficios del carácter definitivo del laudo frente al peligro de apartarse del compromiso, sin que exista una fórmula preestablecida para hacerlo; pero hay casos en los que las consideraciones para decidir en favor de uno de esos dos elementos son tan sólidas, que el otro necesariamente debe retroceder y dar paso a la justicia.¹⁰⁵ Ese es, precisamente, el caso del laudo de París.

Balasko sostiene que se presume la validez de todo laudo arbitral.¹⁰⁶ En el caso *Guyana c. Venezuela*, la regla de la cosa juzgada hace que, en principio, haya una presunción en favor del carácter vinculante del laudo de París. En este sentido, en su demanda, Guyana invoca en su favor el caso del laudo arbitral del rey de España, en el que Honduras alegó que había una presunción en favor del carácter vinculante del laudo, puesto que éste tenía toda la apariencia externa de haberse adoptado apropiadamente (“*all the outward appearances of regularity*”) y que, durante el procedimiento, las partes tuvieron oportunidad de presentar su caso ante el árbitro.¹⁰⁷ Pero, *a contrario sensu*, de allí también se puede inferir que un laudo que tiene toda la apariencia externa de haberse adoptado irregularmente carece de

¹⁰⁵ Cfr. Opinión disidente del juez Weeramantry, International Court of Justice, *Arbitral Award of 31 July 1989 (Guinea-Bissau v. Senegal)*, Judgment of 12 November 1991.

¹⁰⁶ Cfr. Arpad Balasko, *Causes de nullité de la sentence arbitrale en Droit International Public*, Pedone, París, 1938, p. 201.

¹⁰⁷ Cfr. International Court of Justice, *Case Concerning the Arbitral Award Made by the King of Spain on 23 December 1906 (Honduras v. Nicaragua)*, Judgment of 18 November 1960, p. 205.

carácter vinculante. Por lo tanto, habrá que examinar hasta qué punto, y dentro de qué circunstancias, encuentran aplicación los principios diseñados para proteger la intangibilidad de un laudo arbitral.

No está de más recordar que presumir la validez de un laudo no significa que dicha presunción sea irrefutable, y que no se pueda demostrar que -a pesar de las apariencias- dicho laudo es nulo. Pero el efecto inmediato de esta presunción es que la carga de la prueba recae sobre quien alega que el laudo es nulo, y no sobre quien defiende su validez. En este sentido, el juez Weeramantry ha sostenido que alegar que, en caso de una manifiesta irregularidad, la carga de probar la validez del laudo corresponde a la parte que lo defiende no es un argumento que pueda prosperar; es a la parte que impugna la validez del laudo a quien le incumbe demostrar que hay suficientes circunstancias de peso para apoyar su argumento de que el laudo es nulo.¹⁰⁸ Sin embargo, tampoco se puede descartar que, en circunstancias que hacen dudar de que se esté en presencia de un laudo debidamente pronunciado, y particularmente cuando hay un cúmulo de elementos que manchan la supuesta validez del laudo, se pueda invertir el peso de la prueba.

Por otra parte, en estrecha relación con lo anterior, el artículo 53.2 del Estatuto de la Corte dispone que ésta tiene que asegurarse de que la demanda está bien fundada en cuanto a los hechos y al Derecho; por lo tanto, por propia iniciativa, la Corte debe examinar si el laudo es tal, y si tiene todas las características de un laudo bien dictado. Pero la aplicación de la disposición que comentamos no se reduce, exclusivamente, a los casos en que un Estado litigante no comparece en el procedimiento ante la Corte, o se abstiene de defender su caso. En toda circunstancia, la Corte tiene que cerciorarse de que la demanda está bien fundada, y tiene que adoptar las medidas que sea indispensables para cerciorarse de los hechos y del Derecho aplicable. La necesidad de un mayor involucramiento por parte del Tribunal en el establecimiento de los hechos fue advertida por el juez Oda en el caso de *Túnez c. Libia*. Con ocasión de la revisión e interpretación solicitada por Túnez de la sentencia dictada por la Corte en 1982, respecto de la plataforma continental de Túnez y Libia,¹⁰⁹ el Estado demandante pedía que se corrigiera un error cometido en el procedimiento original. Tomando nota de afirmaciones equivocadas que se había hecho en el fallo original -aunque aportadas por Túnez-, el juez Oda observó que la Corte nunca entendió la frontera tunecina en términos de coordenadas precisas, y que tampoco intento obtener mayores aclaraciones de los detalles de una concesión otorgada por Túnez (las coordenadas exactas sólo se habían hecho del conocimiento de la Corte en el procedimiento posterior ante ella, pidiendo la revisión e interpretación del fallo original). Según Oda, a juzgar por los alegatos y argumentos del caso original, el

¹⁰⁸ Cfr. Opinión disidente del juez Weeramantry, International Court of Justice, *Arbitral Award of 31 July 1989 (Guinea-Bissau v. Senegal)*, Judgment of 12 November 1991.

¹⁰⁹ Cfr. International Court of Justice, *Case Concerning the Continental Shelf (Tunisia / Libyan Arab Jamahiriya)*, Judgment of 24 February 1982.

simple hecho era que ninguna de las Partes asumió que los límites de esas concesiones constituirían un factor importante, o incluso relevante, en la decisión de la Corte; pero, en su opinión, no era crucial si el desconocimiento de Túnez de las coordenadas precisas de la concesión libia se debió a su negligencia, o si Túnez actuó con diligencia normal, porque la validez de las respectivas concesiones de las Partes no era el objeto de la controversia.

A juicio de Oda, ni Túnez ni Libia podían ser responsabilizados por lo que ahora, en retrospectiva, podían parecer omisiones. Únicamente la Corte, que en 1982 -por propia iniciativa- dio gran importancia a las concesiones previamente otorgadas por las Partes, incurrió en una omisión al referirse a las concesiones de Túnez y Libia sin conocimiento suficiente, y sin ninguna verificación de sus respectivas posiciones. Este era, según Oda, un punto esencial que la Corte debería haber reconocido con mayor franqueza en su sentencia. A juicio de Oda, si la Corte, en lugar de las Partes, hubiera sido más cautelosa en 1982, el caso que ahora examinaban probablemente no se habría presentado.¹¹⁰ Es decir, el Tribunal tiene que involucrarse activamente en el establecimiento de los hechos o del Derecho aplicable, y tiene que verificar las premisas en las que pretende fundar su sentencia. No basta una presunción en favor de la tesis de una de las partes.

A modo de conclusión

En síntesis, lo primero que se puede afirmar es que el principio de la cosa juzgada no es una regla pétrea e irreductible, incompatible con un mínimo de control judicial, para verificar que un laudo ha sido debidamente dictado. Además, ambas partes, o la parte que resultó ganadora en el laudo que se objeta, pueden pedir que la validez del mismo sea examinada judicialmente. Precisamente eso es lo que ha ocurrido en el caso *Guyana c. Venezuela*, en el que, mediante un tratado -el Acuerdo de Ginebra- las partes dejaron de lado el laudo arbitral del 3 de octubre de 1899, y en el que, posteriormente, la parte beneficiada con ese laudo -Guyana- recurrió a la Corte Internacional de Justicia para que sea ésta la que determine la validez del laudo.

El laudo de París está plagado de defectos, y su validez es más que dudosa; sobre eso tendrá que pronunciarse la Corte Internacional de Justicia. Aunque no es el propósito de este comentario hacer un examen pormenorizado de por qué el laudo de París es nulo, sí se puede afirmar que, en el presente caso, de *Guyana c. Venezuela*, todas las causales de nulidad antes referidas suenan plausibles, aunque algunas de ellas tengan más solidez que otras. Hay razones para impugnar la validez del compromiso arbitral, el cual fue celebrado a espaldas de Venezuela, la

¹¹⁰ Cfr. International Court of Justice, *Application for Revision and Interpretation of the Judgment of 24 February 1982 in the Case Concerning the Continental Shelf (Tunisia / Libyan Arab Jamahiriya)*, (*Tunisia / Libyan Arab Jamahiriya*), Judgment of 10 December 1985, Separate Opinion of Judge Shigeru Oda, párrafos 7 y 8.

que, para que aceptara ratificarlo, fue engañada respecto a la interpretación acordada a algunas disposiciones clave del Tratado de Washington. Y hay, igualmente, sobradas razones para impugnar el procedimiento y el laudo como tal.

En el caso que nos ocupa, las partes consintieron en el compromiso arbitral que determinó la composición del Tribunal; pero esa composición irregular deriva no solamente de la circunstancia de que una de las partes en la controversia estaba representada en el tribunal y la otra no, sino del hecho que, sin el acuerdo de esa parte que no estaba representada en el Tribunal, se haya designado como presidente del mismo a un personaje conocidamente anglófilo, funcionario del Ministerio de Asuntos Exteriores ruso, y que, en este caso, no podía actuar con independencia e imparcialidad. Que Venezuela hubiera consentido en no estar representada por árbitros de su nacionalidad, y que hubiera aceptado que el quinto árbitro fuera designado por los cuatro árbitros designados por las partes, es una cosa; pero que, mañosamente y sin la participación de Venezuela, se escogiera un super árbitro manifiestamente parcializado, es un asunto muy distinto.

En el presente caso, no se observaron las reglas del debido proceso, y el Tribunal faltó a su deber en el cumplimiento de obligaciones esenciales, tanto en lo que se refiere a la prueba aportada por las partes o a la presentación de pruebas en poder de una de las partes -de cuya existencia el Tribunal tenía conocimiento- y respecto de la cual tenía el deber de exigir su presentación, como en lo relativo a un comportamiento imparcial en el curso del proceso. De la sola lectura del laudo y de su comparación con la función que el compromiso arbitral le había encomendado al Tribunal, el exceso de poder resulta evidente. El resultado es un laudo descuidado, desprovisto de rigor metodológico, elaborado con absoluto desprecio del Derecho aplicable. En los anales del Derecho, difícilmente se tiene memoria de una chapuza semejante. El comportamiento inapropiado del Tribunal y, en particular, de su presidente, pudiendo calificarse de prevaricación o -por lo menos- de conflicto de intereses de uno de los suyos, está suficientemente acreditado. Por el contenido del laudo que hoy se impugna, difícilmente puede afirmarse que el Tribunal haya actuado de buena fe al dictarlo. Tampoco hay que ser muy perspicaz para percatarse de que el laudo de París carece enteramente de fundamentos; no hay ni una sola línea que intente explicar el porqué de la parte resolutive del mismo. Tampoco necesita mayor explicación la forma irregular como se llegó a esa decisión, no mediante la deliberación normal en un tribunal colegiado, sino mediante una transacción que no le correspondía como tribunal de Derecho. En fin, si la “*injusticia evidente*” -entendida como una aberración jurídica y no como un concepto *ius naturalista* ajeno a un Tribunal de justicia como lo es la CIJ- es una causal de nulidad, lo cierto es que es difícil argumentar -como conclusión de la sentencia de un tribunal de Derecho- que el laudo de París no incurriera en ella.

En este asunto, el “*error manifiesto de Derecho*” es el único que pareciera estar excluido de plano. Sería ir demasiado lejos asumir que cinco árbitros -cuatro de ellos con una larga trayectoria como jueces en los tribunales de mayor jerarquía de sus respectivos países, y el quinto como profesor de Derecho Internacional- se *equivocaran* tanto en la apreciación del Derecho, al extremo de llegar a prescindir de la aplicación de las reglas expresamente convenidas por las partes. Quizás no es exagerado afirmar que, simplemente, a plena conciencia, fallaron en contra de lo que indicaba el Derecho, incurriendo en una conducta fraudulenta, o en corrupción. Eso hace que, al no ser una decisión “*debidamente pronunciada*”, ésta sea absolutamente nula, o carezca de existencia jurídica. Cuesta asumir que el no percatarse de que éste era un arbitraje de Derecho, sometido a reglas muy precisas, haya sido el producto de un error; los hechos reflejan que los árbitros sabían perfectamente lo que estaban haciendo, y que sabían que estaban actuando incorrectamente; pero, ya sea que esta decisión sea el fruto del error o de un acto deliberadamente arbitrario, la consecuencia es que el laudo carece de existencia jurídica o, por lo menos, es nulo. Al estar desprovisto incluso de la apariencia de un laudo arbitral o de una decisión judicial, aunque se anuncie como tal, por la forma y el contenido del mismo, este laudo tiene tanto valor como un billete falso. Así lo entendieron las partes en la controversia, al suscribir el Acuerdo de Ginebra, teniendo en cuenta la contención venezolana de que el laudo es nulo, y al diseñar mecanismos para “el arreglo práctico” de la controversia, buscando soluciones mutuamente satisfactorias.

Ya sea porque es inexistente, porque es nulo, o porque las partes decidieron dejarlo de lado y sustituirlo por una solución práctica y mutuamente satisfactoria, el Acuerdo de Ginebra es el reconocimiento más palpable de que el laudo de París no tuvo el efecto de ser “el arreglo pleno, perfecto y definitivo” de la controversia del Esequibo, como había sido la intención de las partes manifestada en el artículo XIII del Tratado de Arbitraje del 2 de febrero de 1897, celebrado entre Venezuela y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda.

EL ACCESO A LA JUSTICIA ANTE EL SISTEMA DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS REGIONAL POR PARTE DE LAS VÍCTIMAS DE VIOLENCIA SEXUAL: ÁFRICA Y AMÉRICA LATINA EN UN BREVE ACERCAMIENTO

*Thairi Moya Sánchez**

SUMARIO

Introducción. I. El concepto de género y su relación con el acceso a la justicia. II. Sistemas regionales para la protección de derechos humanos: i) Sistema Africano: a) Comisión Africana de Derechos Humanos; b) Tribunal de Justicia para la comunidad CEDEAO y Corte Africana de Derechos Humanos; ii) Sistema Interamericano; a) Comisión Interamericana de Derechos Humanos; b) Corte Interamericana de Derechos Humanos. III. Conclusiones. Referencias bibliográficas.

Introducción

La delimitación del término género ha creado polémicas en cuanto a su definición, así como el alcance del significado de violencia de género, violencia contra la mujer, violencia sexual. Ahora bien, el sistema internacional de protección de derechos humanos ha elaborado algunas respuestas vía

* Abogada, profesora e investigadora venezolana (UCV-2003), con estudios de postgrado en la Universidad Central de Venezuela, Maestría en la Universidad de Nottingham y Doctorado en Derecho de la Universidad Central de Venezuela con mención excelente y honorífica. Ex Becaria Chevening y Ex fellow de la ONU. Tiene estudios en el Instituto Internacional de Derecho Humanos René Cassin, en Estrasburgo, en la Academia de Derecho Internacional de la Haya y en la Universidad de Harvard. Ha realizado visitas profesionales a la Corte Interamericana de Derechos Humanos y al Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. Ha sido investigadora invitada por el Centro Noruego de Derechos Humanos de la Universidad de Oslo y es investigadora asociada del Centro de Derechos Humanos de la Universidad Católica Andrés Bello. Actualmente es investigadora postdoctoral y profesora de derecho internacional público de la Universidad Complutense de Madrid. Las opiniones aquí presentadas son a título personal.

jurisprudencial para ir desarrollando el alcance de este término; a su vez, la doctrina ha colaborado en cuanto al desarrollo de estas tendencias violentas en la sociedad. En este sentido, la práctica aclara que la palabra ‘género’ encierra tantos los roles asignados a mujeres y hombres, por lo que en este ensayo el tema de violencia sexual será evaluado desde esta perspectiva, pero en el contexto de violaciones a los derechos humanos y el acceso a la justicia de las víctimas se revisará brevemente esa relación entre lo local y lo internacional. En este orden de ideas, de acuerdo a la Organización de Naciones Unidas (ONU) se hace mención a violencia de género para “distinguir la violencia común de aquella que se dirige a individuos o grupos sobre la base de su género”.¹ Igualmente, la ONU ha confirmado que “si bien los hombres y los niños a menudo son víctimas / sobrevivientes de violencia sexual, las estadísticas confirman que la mayoría de las víctimas / sobrevivientes son mujeres y niñas”.² Sin embargo, se suele asociar que el término ‘violencia de género’ es lo mismo a ‘violencia contra la mujer’ cuando no son sinónimos, puesto que la violencia contra la mujer puede darse por distintas vías mientras que la violencia de género tiene sus raíces en las relaciones de género dominantes en la sociedad.³ La violencia contra la mujer ha sido definida en la ‘Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer’ como “todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada.”⁴

En este orden de ideas, se han identificado como violencia de género las violaciones, prostitución forzada, aborto selectivo de sexo, castración parcial o total, ablación de clítoris, discriminación laboral, ataques homofóbicos y transfóbicos, la impunidad. De esta gama de crímenes, este ensayo se centrará en la violencia sexual. En este entendido, la finalidad de este ensayo es repasar brevemente la evolución jurisprudencial en cuanto a la violencia sexual ante algunas instancias regionales y la relación entre estos sistemas regionales y la jurisdicción local para el juzgamiento de tales crímenes, teniendo en la mira las posibles limitantes al acceso a la justicia para las víctimas de estos crímenes, para ello se utilizará la observación y la comparación.

¹ United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR), “Sexual and Gender-Based Violence against Refugees, Returnees and Internally Displaced Persons: Guidelines for Prevention and Response“, version en ingles, mayo, 2003. Edición en PDF.

² *Ibidem*, p. 6.

³ European Institute for Gender Equality, “What is gender-based violence?”. Disponible en: <https://eige.europa.eu/gender-based-violence/what-is-gender-based-violence>.

⁴ OHCHR. “Violencia contra las mujeres”. Disponible en: <https://www.ohchr.org/SP/Issues/Women/WRGS/Pages/VAW.aspx>.

Cabe destacar que en este acercamiento no se realizarán comparaciones entre los dos continentes sino en las situaciones internas en algunos Estados de estos y como lo dicho podría afectar de manera positiva o negativa los pronunciamientos de las instancias regionales.

En este sentido, se revisarán: I. El concepto de género y su relación con el acceso a la justicia, II. Sistemas regionales para la protección de derechos humanos: i) El sistema africano y ii) el sistema americano, III. conclusiones. Sin embargo, se llama la atención a que la violencia sexual es multifactorial por lo que cabe resaltar que en este trabajo de investigación no se pretende abordar tales problemas, como tampoco hacer un estudio detallado de los diferentes sistemas penales o veredicto sobre los motivos de los diversos patrones culturales. Igualmente, no se revisarán los acercamientos teóricos mayoritarios y tradicionales sobre las razones de los crímenes de género en contra/o a la protección a la mujer, jóvenes y niñas.

I. El concepto de género y su relación con el acceso a la justicia

La Real Academia Española define el término género como “grupo al que pertenecen los seres humanos de cada sexo, entendido este desde un punto de vista sociocultural en lugar de exclusivamente biológico”.

Sin embargo, la determinación del concepto de género no ha sido fácil y se ha señalado que el mismo se ha venido desarrollando desde el siglo XVII, aceptándose mayoritariamente que la elaboración del mismo tiene sus orígenes en el ‘feminismo’ de los años 70.⁵

El concepto de género ha estado sujeto a múltiples debates, no obstante, *grosso modo*, en el lenguaje onusiano se entiende por ‘género’ al rol elaborado en la sociedad para delimitar tanto al hombre como a la mujer en atención a su sexo. Por otra parte, el término ‘sexo’ sirve para hacer la distinción a las características tanto físicas y biológicas entre hombres y mujeres. La Organización Mundial de la Salud, en específico, señala que “*el género se refiere a los conceptos sociales de las funciones, comportamientos, actividades y atributos que cada sociedad considera apropiados para los hombres y las mujeres. (...)*”.⁶

A la fecha el único tratado internacional que ofrece un concepto de género es el Estatuto de la Corte Penal Internacional, en el artículo 7.3, en donde se indica que “*se refiere a los dos sexos, masculino y femenino, en el contexto de la sociedad. El término “género” no tendrá más acepción que la que antecede*”.

⁵ María Elena León Rodríguez, “Breve historia de los conceptos de sexo y género”. *Revista de Filosofía de la Universidad de Costa Rica*, ISSN 0034-8252, Vol. 54, N° 138, 2015, pp. 39-47.

⁶ Organización Mundial de la Salud. Género. Temas de salud. Disponible en: <https://www.who.int/topics/gender/es/>.

Ahora bien, en atención a este concepto se debe tener claro que tanto hombres, como jóvenes y niños pueden ser víctimas de estos crímenes, aunque históricamente las mujeres, jóvenes y niñas han sido victimizadas con mayor frecuencia. La historia de la humanidad así lo ha demostrado; es por ello que al nivel del derecho regional se encontrará un mayor desarrollo en atención a la protección de las mujeres, jóvenes y niñas.

En este entendido, la Observación General n° 28 del ‘Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de la ONU’ (siglas en inglés CEDAW)⁷ señala que *“el término “sexo” se refiere aquí a las diferencias biológicas entre el hombre y la mujer. El término “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 la sociedad atribuye a esas diferencias biológicas, lo que da lugar a relaciones jerárquicas entre hombres y mujeres y a la distribución de facultades y derechos en favor del hombre y en detrimento de la mujer. El lugar que la mujer y el hombre ocupan en la sociedad depende de factores políticos, económicos, culturales, sociales, religiosos, ideológicos y ambientales que la cultura, la sociedad y la comunidad pueden cambiar”*.

Ahora bien, bajo este paraguas también se ha desarrollado el concepto de ‘violencia de género’ para *“distinguir la violencia común de la violencia que se dirige a individuos o grupos de individuos en función de su género”*.⁸ La violencia de género ha sido definida por el Comité de la CEDAW como *“la violencia dirigida a una persona sobre la base de género o sexo. Incluye actos que infligen daño o sufrimiento físico, mental o sexual, amenaza de tales actos, coerción y otras privaciones de libertad”*.⁹ Este concepto es compartido por UNICEF¹⁰ y por el Instituto Europeo para la igualdad de género.¹¹

Por su parte, la Oficina del ACNUR ha definido el abuso sexual como aquella *“violencia sexual, que incluye la explotación y el abuso, se refiere a cualquier acto, intento o amenaza de naturaleza sexual que resulte, o sea probable que*

⁷ ONU. “Recomendaciones generales aprobadas por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer”, Observación General n° 28. Disponible en: https://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CEDAW/00_4_obs_grales_CEDAW.html#GEN28.

⁸ United Nations High Commissioner for Refugees, “Sexual and Gender-Based Violence against Refugees, Returnees and Internally Displaced Persons: Guidelines for Prevention and Response”, *ob. cit.*, p. 10.

⁹ *Ídem*.

¹⁰ Se puede revisar el concepto utilizado en el “UNICEF Training of Trainers on Gender-Based Violence: Focusing on Sexual Exploitation and Abuse”.

¹¹ European Institute for Gender Equality, “What is gender-based violence?”, *ob. cit.*

resulte, en daño físico, psicológico y emocional. La violencia sexual es una forma de violencia de género".¹² (énfasis agregado).

Ahora bien, se ha indicado que el término violencia sexual es un término amplio que cubre todas las formas de actos de naturaleza sexual realizados bajo circunstancias coercitivas. La violación es considerada como el crimen más severo en la rama de la violencia sexual y ha sido condenada tanto desde la esfera del derecho internacional de los derechos humanos como en la comisión de crímenes de genocidio, lesa humanidad y guerra en el marco del derecho internacional penal. La definición utilizada en el Estatuto de Roma es neutra en atención al género puesto que tanto mujeres como hombres pueden ser víctimas.

En este entendido, de acuerdo con el Estatuto de Roma, el artículo 7.1.g, relativo a crímenes de lesa humanidad se establece el crimen de "violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable", los cuales pertenecen a la gama de 'violencia sexual'.

De cualquier modo, son numerosos los pronunciamientos, declaraciones y tratados que abogan por la defensa de la mujer en el contexto de la violencia de género, tal es así que se ha impulsado una condena total a este crimen en la justicia penal de los Estados. Al mismo tiempo, cuando se revisa la situación de las víctimas masculinas que tratan de encontrar algún tipo de compensación en los códigos penales de sus países, normalmente bajo la figura penal de "asalto sexual" o "asalto indecente", frecuentemente los textos legales no llegan a definir el término de 'abuso sexual'/'violación' de una manera neutral.¹³ En este entendido, para el año 2014 se llevó a cabo un estudio en donde se evaluaron los códigos penales de 189 países. En los mismos, se encontró que se repetía un patrón de vacío legal para la protección de hombres que habían sido víctimas de violación, lo que coloca a las víctimas masculinas en una situación de vulnerabilidad. A esto se suma que se ha registrado que los hombres evitan activamente la primera instancia para reportar a los servicios de investigación encargados de tales asuntos.¹⁴ A estos datos se sumaron y analizaron en conjunto con los datos del Banco Mundial, en cuanto a sus números de población, y el 'estatus actual de

¹² United Nations High Commissioner for Refugees, "Sexual and Gender-Based Violence against Refugees, Returnees and Internally Displaced Persons: Guidelines for Prevention and Response", *ob. cit.*, p. 10.

¹³ Plan, Refugee Law Project & War child, "Into de Mainstream: Addressing sexual violence against men and boys in conflict", 2014. Disponible en: https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/Into_The_Mainstream-Addressing_Sexual_Violence_against_Men_and_Boys_in_Conflict.pdf.

¹⁴ *Ibídem*, p. 4.

conflictos' de acuerdo con la Base de Datos de Conflictos Armados del Instituto Internacional de Estudios Estratégicos,¹⁵ concluyéndose que:

- “90% de los hombres en países de conflictos armados están en situaciones en donde la norma no ofrecería protección en caso de ser víctimas de violencia sexual;
- 62 países que representan 2/3 de la población mundial solo se reconoce la violencia sexual en contra de mujeres;
- 67 estados criminalizan a los hombres que reportan abuso sexual;
- en 28 países solo se reconocen a los hombres como perpetradores de violencia sexual, se excluyen a las mujeres”.¹⁶

Ante este escenario es importante recordar que en los escenarios de conflictos armados tanto mujeres como hombres son víctimas de violencia sexual.¹⁷ Sin embargo, aunque tradicional y mayoritariamente el género femenino ha sido víctima de tales crímenes se ha obviado resaltar a las víctimas masculinas; por ejemplo durante los conflictos de Ruanda y de la antigua Yugoslavia, los hombres fueron sometidos a tortura en sus genitales y a esterilización forzada a través de la castración para “limpiar étnicamente” tanto a hombres como a jóvenes. Igualmente, se documentó que durante la violación de Nanking en el año 1938, los hombres fueron sodomizados, obligados a cometer actos sexuales o a practicar el incesto.¹⁸

Hay que tener presente que este tipo de prácticas obedecen a la intención de hacer daño a la víctima, en pocas palabras deshumanizarla aún más.¹⁹

¹⁵ *Ídem.*

¹⁶ *IbÍdem*, p. 6.

¹⁷ En atención a los hombres se ha reportado que “en Sri Lanka, más de una quinta parte de los hombres tamiles detenidos en el conflicto informaron haber sido abusados sexualmente, obligados a cometer actos de abuso sexual entre ellos para entretener a sus captores. De manera similar, el 76 por ciento de los presos políticos en El Salvador en la década de 1980 informaron haber sufrido tortura sexual, y durante la guerra de Bosnia en la década de 1990 casi 5.000 hombres recluidos en campos de detención en las afueras de Sarajevo fueron violados.” Héloïse Goodley, “Ignoring Male Victims of Sexual Violence in Conflict is short-sighted and wrong”, *Chatham House*, 10 de enero de 2019. Disponible en: <https://www.chathamhouse.org/expert/comment/ignoring-male-victims-sexual-violence-conflict-short-sighted-and-wrong#>.

¹⁸ Héloïse Goodley, *ob. cit.*

¹⁹ En este sentido se puede revisar a Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 31 de agosto de 2010, Serie C No. 216.

La situación de acceso a la justicia de los hombres víctimas de violencia sexual se complica aún más por los estereotipos que suelen haber en cuanto a la “masculinidad” y al supuesto deber que tienen los hombres de cuidarse a sí mismos y a sus familias.²⁰ Igualmente, hay que resaltar que en los países en donde la “homosexualidad” es condenada, las víctimas masculinas corren el peligro de ser criminalizadas y de sufrir reacciones homofóbicas,²¹ cuando la homosexualidad no tiene una conexión en la comisión de estos crímenes. El criterio de la ‘masculinidad’ está en contra de la ‘victimización’, estas percepciones complican el acceso a la justicia de las víctimas masculinas.

Aun así, para que un caso pueda ser conocido por un tribunal internacional se necesita el agotamiento de los recursos internos, sin embargo, la presentación de las víctimas ante estas instancias internacionales genera mucha incertidumbre puesto que en buena parte dependerá de las acciones tomadas en la jurisdicción nacional, aunque se desconoce el período de tiempo que pueda durar este tipo de procesos en atención a la comisión de la violencia sexual.

Por su parte, el derecho de “acceso a la justicia” aunque no está conceptualizado o reconocido expresamente en los pactos o convenciones internacionales se ha indicado que es un imperativo tanto en la jurisdicción nacional como en la internacional. Cançado Trindade indicó que “*acceso a la justicia no es, pues, sólo acceso a la prestación jurisdiccional, sino asimismo acceso al derecho*”.²² Se ha entendido que el acceso a la justicia tiene sus bases en la búsqueda y consecución de una justicia eficiente y que sea oportuna, en especial, en atención a los grupos vulnerables; esto se traduce que se deben mejorar las condiciones necesarias, tanto legales como prácticas, para la consecución de una justicia material, efectiva en la cual se eliminan las barreras para el acceso de la misma.

Cançado señala que este derecho “*no se reduce al acceso formal, stricto sensu, a la instancia judicial (tanto interna como internacional), sino comprende, además, el derecho a la prestación jurisdiccional, y encuéntrase subyacente a disposiciones interrelacionadas de la Convención Americana (como los artículos 25 y 8), además de permear el derecho interno de los Estados Partes. El derecho de acceso a la justicia, dotado de contenido propio, significa, lato sensu, el derecho a obtener justicia. Configurándose, así, en suma, como el derecho a la propia realización de la justicia.*” Las barreras pueden variar en su naturaleza y tipo, un ejemplo de esto pueden ser la falta de documentos de identidad, acompañamiento de las víctimas en casos de violencia en contra de mujeres, todo esto en atención a puedan acudir, finalmente, a las

²⁰ *Ídem.*

²¹ *Ídem.*

²² Antonio Cançado Trindade, *El derecho de acceso a la justicia en su amplia dimensión*, Editorial Librotecnia, Santiago de Chile, 2012, p. 11.

instancias judiciales para denunciar los hechos de violencia pero que a su vez reciban un trato digno por parte de los funcionarios del Estado.²³

Ahora bien, aunque existe un gran desarrollo doctrinal y jurisprudencial en cuanto al alcance del ‘acceso a la justicia’, a los efectos de este ensayo se acogerá el concepto utilizado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la cual lo define “*como el acceso de jure y de facto a instancias y recursos judiciales de protección frente a actos de violencia, de conformidad con los parámetros internacionales de derechos humanos. La CIDH ha establecido que un acceso adecuado a la justicia no se circunscribe sólo a la existencia formal de recursos judiciales, sino también a que éstos sean idóneos para investigar, sancionar y reparar las violaciones denunciadas. Como se analizará más adelante, una respuesta judicial efectiva frente a actos de violencia contra las mujeres comprende la obligación de hacer accesibles recursos judiciales sencillos, rápidos, idóneos e imparciales de manera no discriminatoria, para investigar, sancionar y reparar estos actos, y prevenir de esta manera la impunidad*”.²⁴

A continuación, se revisarán algunas jurisprudencias tanto en el sistema africano y americano para verificar si se ha homogeneizado la visión de los crímenes de violencia sexual de una manera neutral para permitir el juzgamiento de tales hechos y su relación con el acceso a la justicia por parte de las víctimas en la esfera nacional para poder alcanzar la justicia internacional en los casos que sea necesario.

II. Sistemas regionales para la protección de derechos humanos

i) Sistema Africano:

a) Comisión Africana de Derechos Humanos

La Comisión Africana de Derechos Humanos ha hecho aportes en relación a la lucha en contra de la violencia sexual, a saber, en atención a tratos inhumanos y degradantes, uno de los casos más emblemáticos fue el de *Doebber v Sudan*, puesto que aclaró que la Carta Africana de Derechos Humanos y de los pueblos prohíbe los tratos denigrantes e inhumanos además del trato cruel y de la tortura. En este entendido, se tiene que los tratos inhumanos y degradantes incluyen aquellos que “humillan o fuerzan a la víctima en contra de su voluntad o conciencia”. La Comisión hizo énfasis en que “*debe interpretarse lo más*

²³ Las audiencias temáticas de la CIDH han permitido demostrar esto, una de ellas fue la Violencia Doméstica en Centroamérica durante el 125° Período Extraordinario de Sesiones de fecha 16 de julio de 2006. Igualmente el informe “Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia en las Américas”, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 68 (20 de enero de 2007) demuestra esto.

²⁴ CIDH, “Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia en las Américas”, *ob. cit.*, párrafo 5.

ampliamente posible para abarcar la gama más amplia posible de abusos físicos y mentales".²⁵ En este entendido, la situación *Doebber v Sudan* marcó el antecedente del “*test abuso físico y mental más amplio posible*” lo que vendría abarcar prácticas tales como obligar a las mujeres a desnudarse en público lo que vendría a ser un trato cruel e inhumano, al igual que exigirles hacer sus necesidades fisiológicas en público constituiría tal trato, tal como las insinuaciones sexuales, del mismo modo que los ataques a sus caracteres en frente de sus familiares o de las personas que sean de especial afecto para ellas.²⁶ Se ha reseñado que en sociedades en conflicto las mujeres sobrevivientes de violencia perpetrada por las fuerzas armadas, durante etapas de conflicto o post-conflicto, podrían interponer sus casos bajo el “*test de abuso físico y mental más amplio posible*”; sin embargo quedará de las víctimas elevar sus denuncias.

En la situación *Sudan Human Rights Organisation & Centre on Housing Rights and Evictions (COHRE) v Sudan*,²⁷ la Comisión determinó que la República de Sudan violó varios artículos de la Carta Africana en atención a su omisión en prevenir la comisión de los crímenes de tortura, violación y otros abusos graves a los derechos humanos de gran escala en la región de Darfur, además de que no investigó y mucho menos juzgó tales crímenes. La decisión es de especial relevancia puesto que eleva el crimen de violación a la misma gravedad que pueden tener los crímenes de asesinato y tortura. Se ha indicado que la decisión puede servir de base para buscar alternativas de justicia por los crímenes perpetrados en épocas de violaciones masivas.

El caso de *Zimbabwe Human Rights NGO Forum v Zimbabwe*²⁸ es de especial importancia puesto que por los hechos violentos ocurridos durante el referéndum constitucional y las elecciones parlamentarias del año 2000 los simpatizantes del ZANU (PF) estuvieron vinculados en varias violaciones de derechos humanos, entre estas las violaciones en masas de mujeres y jóvenes. El Estado señaló que no podía alegarse su responsabilidad internacional puesto que los crímenes fueron cometidos por actores privados. La Comisión asentó que “... *un acto realizado por un particular y, por lo tanto, no directamente imputable a un Estado puede generar responsabilidad del Estado, no por el acto en sí, sino por la falta de debida diligencia para evitar la violación o por no tomar las*

²⁵ Curtis Francis Doebbler v. Sudan (Comm. No. 236/2000 (2003)). Disponible en: <http://caselaw.ihra.org/doc/236.00/view/>.

²⁶ Redress, “Litigation strategies for sexual violence in Africa septiembre 2012”. Disponible en: <https://redress.org/wp-content/uploads/2018/01/Sep-12-Litigation-Strategies-for-Sexual-Violence-Africa.pdf>.

²⁷ *Sudan Human Rights Organisation & Centre on Housing Rights and Evictions (COHRE) v. Sudan* (Comm. No. 279/03-296/05). Disponible en: <http://caselaw.ihra.org/doc/279.03-296.05/view/>.

²⁸ *Zimbabwe Human Rights NGO Forum v Zimbabwe* (Comm. No. 245/02). Disponible en: <http://caselaw.ihra.org/doc/245.02/view/>.

medidas necesarias para proporcionar reparación a las víctimas”. La Comisión solicitó al Estado de Zimbabue que investigará los hechos, juzgara a los responsables y que compensará a las víctimas de tales crímenes. Por lo tanto, si un Estado no investiga las violaciones masivas con la debida diligencia el Estado puede ser tenido como responsable.

Es dable hacer referencia al caso de *Egyptian Initiative for Personal Rights and INTERIGHTS v. Égypt*,²⁹ en donde la Comisión determinó la responsabilidad internacional de Egipto en virtud de los crímenes cometidos contra 4 periodistas durante las protestas del año 2005. Las víctimas sufrieron violencia sexual por parte de actores privados como por agentes del Estado. En el caso se alegó al existencia de una intención discriminatoria, la cual estuvo reflejado de acuerdo a la Comisión en que “*el lenguaje abusivo generalmente se usa para degradar y estafar la integridad de las mujeres que se niegan a acatar las normas tradicionales, religiosas e incluso sociales*”.³⁰ Además, la Comisión indicó que “*donde las mujeres son atacadas debido a su opinión política por el mero hecho de ser mujeres, y no se les garantiza el nivel de protección necesario por parte del Estado frente a esa violencia, están en juego una serie de sus derechos humanos fundamentales, incluido su derecho a igualdad sexual*”.³¹ El aporte de este caso si se quiere se encuentra en que se determinó que la violencia de género es una discriminación en contra de las mujeres. Por lo tanto, los Estados tienen el deber de proteger a las mujeres en contra de cualquier forma de acoso o violencia sexual. La obligación del Estado estará cumplida cuando investigue, sancione a los criminales y brinde las reparaciones necesarias a las víctimas.

Ahora bien, se ha indicado que una de las limitantes de la Comisión Africana de Derechos Humanos son los plazos tan extensos en el manejo de las demandas. En atención a esto, se ha señalado que suelen haber casos que pueden aguardar hasta 10 años para que las víctimas puedan ser escuchadas. Se ha señalado que otra limitante a las acciones de la Comisión africana es que sus pronunciamientos son más recomendaciones a los Estados y por esto el cumplimiento de éstas quedan a la buena disposición de estos últimos.³²

Se ha indicado que, debido al limitado número de denuncias llevadas a cabo por las víctimas, no se han podido hacer mayores pronunciamientos en la materia. En este sentido, se han manifestado como factores determinantes a esta corriente que las víctimas suelen encontrar obstáculos al acceso a la justicia en sus países

²⁹ Egyptian Initiative for Personal Rights and INTERIGHTS v. Égypt [2011], CADHP, Communication No 323/06.

³⁰ *Ibidem*, pára. 143.

³¹ *Ibidem*, pára. 155.

³² Redress, “Manual Litigation Strategies for Sexual Violence in Africa”, September 2012. Disponible en: <https://redress.org/wp-content/uploads/2018/01/Sep-12-Litigation-Strategies-for-Sexual-Violence-Africa.pdf>.

de orígenes por este tipo de crímenes, lo que se traduce en limitantes para iniciar un proceso judicial o que los mismos terminen. Este último escenario se debe a la estigmatización que pueden sufrir las víctimas, así como a las amenazas recibidas o a raíz del otorgamiento de leyes que otorguen amnistías por este tipo de crímenes. Aunque se ha afirmado que, a pesar de estas debilidades, las víctimas que denuncian podrían alcanzar justicia, verdad y reparación a la par que se seguiría alimentando y fortaleciendo la naciente jurisprudencia.³³

b) Tribunal de Justicia para la comunidad CEDEAO y Corte Africana de Derechos Humanos

En atención a las cortes regionales del continente africano se tiene que la Comunidad Económica de los Estados del África Occidental (CEDEAO) ('ECOWAS siglas en inglés'), estableció su tribunal en el año 1993. Ahora bien, aunque el mismo no es un tribunal de derechos humanos, dicha Corte estableció en el caso "*The Dorothy Njemanze et al*"³⁴ que *el* referirse a las mujeres como "prostitutas" constituía abuso verbal debido a que la palabra era humillante, despectiva y degradante. Además, la Corte estableció que era un trato discriminatorio detener a mujeres porque estaban en la calle a altas horas de la noche y fueron detenidas por operativos policiales totalmente arbitrarios demostraban la existencia de una discriminación de base. En este caso, el Protocolo de Maputo fue utilizado por una Corte regional cuya naturaleza no es la de poseer la competencia en materia de derechos humanos.

Por su parte, la Corte Africana de Derechos Humanos sostuvo recientemente que el Estado de Tanzania no era responsable internacionalmente por haber condenado a un victimario del crimen de violación.³⁵

De cualquier modo, estas instancias no han desarrollado todavía un concepto más profundo de violencia de género y mucho menos de violencia sexual; por lo que se podría decir que está en proceso de formación esperando ganar su propio espacio en el derecho internacional de los derechos humanos. Igualmente, se aprecia que no han llegado casos de violencia sexual en contra de hombres a pesar de los reportes de la comisión de estos crímenes a nivel internacional, una de las razones obedecería a que no existen mecanismos en las instancias nacionales que les permitan abordar tal situación. Por ejemplo, en Uganda, país en donde se ha reportado la existencia de víctimas masculinas de violencia sexual, a razón del

³³ FIDH, "The Impact of litigation on combating sexual violence and its consequences in Africa", Noviembre 2019, N° 742^a. Disponible en: <https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/436237467-The-Impact-of-Litigation-on-Combating-Sexual-Violence-and-its-Consequences-in-Africa.pdf> página 93.

³⁴ ECOWAS, *Dorothy Chioma Njemanze, Edu Oroko, Justina Etim and Amarachi Jessyford v. Federal Republic of the Nigeria*, 2017, ECOWAS, ECW/CCJ/JUD/08/17, p. 40.

³⁵ *Kalebi Elisamehe v. United Republic of Tanzania*, App. No. 028/2015, 26 junio 2020.

conflicto armado que se vive en el país, no existe en la legislación penal doméstica el reconocimiento de la violencia sexual en contra de hombres, puesto que la misma solo protege a mujeres. En este entendido, los hombres no denuncian estas atrocidades debido a que no existen las herramientas para llevar a cabo un proceso judicial como tampoco cuentan con organismos que faciliten la recolección de evidencia forense. Se ha señalado que Uganda posee normas del derecho internacional tal como el Estatuto de Roma, pero no hay mecanismos que permitan la condena de tales crímenes.³⁶ Otra situación que se vive en Uganda es que la homosexualidad se tipifica como ilegal por lo que la penetración realizada por un hombre en contra de otro puede ser considerada como homosexualidad, limitando a las víctimas a denunciar.³⁷

Por su parte, se ha reportado que en Senegal el tema de la violencia sexual en contra de hombres es un tema tabú, por lo que se han hecho llamados a las mejores en la normativa nacional y en hacer conocer a la opinión pública nacional que tales crímenes existen y que los hombres pueden ser víctimas de tales tratos. La situación no era diferente en Nigeria hasta hace poco cuando decidió incluirse en su código penal la violación en contra de hombres en la *Violence Against Persons Prohibition Act*. No obstante, dicha normativa sólo es aplicable en Abuja.³⁸

Aunque esta es una breve muestra, se podría considerar que la situación sobre la falta de uso de un concepto neutral de la violencia sexual en los Códigos penales de dichos países sería similar en la mayoría de los países africanos, salvo el caso de Suráfrica en donde el código penal de dicho país utiliza un lenguaje neutro en cuanto al crimen de violación sexual.³⁹ No obstante, de estos ejemplos se aprecia que la falta de normativa en la jurisdicción nacional imposibilitaría que los temas de violencia sexual en contra de hombres lleguen a las instancias regionales correspondientes a pesar de la existencia de este crimen en los conflictos armados que se viven en la región. Se considera imprescindible que en dichos Estados se tomen las medidas correctivas en cuanto a la modernización de sus normativas penales para que las víctimas puedan acceder al sistema de justicia.

³⁶ Centre for African Justice, “Peace and Human Rights. Men And Boys As Hidden Victims Of Sexual Violence: A Conversation On Sexual Violence Perpetrated Against The Male Gender Organised By Centre For African Justice, Peace And Human Rights”, sin fecha. Disponible en: <http://centreforafricanjustice.org/men-and-boys-as-hidden-victims-of-sexual-violence-a-conversation-on-sexual-violence-perpetrated-against-the-male-gender-organised-by-centre-for-african-justice-peace-and-human-rights/>.

³⁷ BBC, “Necesitamos hablar de las violaciones de hombres: el drama oculto de los abusos sexuales masculinos”, 3 de agosto de 2017. Disponible en: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-40812032>.

³⁸ *Ídem*.

³⁹ South Africa Criminal Law Amendment Act 32, 2007. Disponible en: https://www.saps.gov.za/resource_centre/acts/downloads/sexual_offences/sexual_offences_act32_2007_eng.pdf.

ii) Sistema Interamericano

a) Comisión Interamericana de Derechos Humanos

El sistema Interamericano ha buscado establecer también medidas de protección a las mujeres, en este entendido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) posee una serie de situaciones que han permitido alimentar la jurisprudencia internacional para proteger a las mujeres en contra todo tipo de violencia, aunque necesariamente no han una conexión directa a la violencia sexual, estos avances sirven para que se pueda seguir desarrollando la jurisprudencia. En este entendido, al CIDH indicó en el caso de *Fernando y Raquel Mejía v Perú*⁴⁰ que el crimen de violación podría llegar a constituir tortura.

En el caso de *Maria Penha Maia Fernandez v Brasil*,⁴¹ la Comisión estableció que “*la obligación de los Estados de actuar con la diligencia debida necesaria para investigar y sancionar las violaciones de derechos humanos se aplica a los casos de violencia doméstica*”. Se tiene así que el Estado es responsable a nivel internacional por la falta de investigación por los crímenes perpetrados por particulares privados, en tanto a su deber de prevenir, juzgar y sancionar actos de violencia.

Por otra parte, en el caso de *María Eugenia Morales de Sierra v Guatemala*⁴² asentó que la discriminación basada en estereotipos sexuales, tal como estaba asentada en el Código Civil de su país, violaba su derecho a la protección igual ante la ley de acuerdo a los parámetros de los artículos 24, 17 y 11 de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos.

En el caso *Claudia Ivette González y Otros*,⁴³ la CIDH indicó que la “*protección del derecho a la vida es un componente crítico de la obligación de diligencia debida de un Estado para proteger a las mujeres de los actos de violencia. Esta obligación legal corresponde a toda la institución del Estado, incluidas las acciones de los encargados de salvaguardar la seguridad del Estado, como las fuerzas policiales*”. La Corte Interamericana de Derechos Humanos tomó el mismo acercamiento de la CIDH en atención a este caso e indicó que “*los Estados deben adoptar medidas integrales para cumplir con la debida diligencia en casos de violencia contra las mujeres. En particular, deben*

⁴⁰ CIDH, *Fernando and Raquel Mejía v. Perú (Decisión of 1 March 1996)*, Reporte No. 5/96, caso no 10.970, en reporte anual de la CIDH 1995 OEA/Ser.L/V/II.91, pp. 182-188.

⁴¹ CIDH, *Caso de Maria Penha Maia Fernandez v Brasil*, caso 12.051, 16 de abril de 2001. Informe n° 54/01.

⁴² CIDH, *María Eugenia Morales de Sierra (Guatemala)*, 19 de enero de 2001. Informe n° 4/01, párrafo 44 y 83.

⁴³ CIDH, *Claudia Ivette González y otras, (México)*, 9 de marzo de 2007. Informe n° 28/07.

*contar con un adecuado marco jurídico de protección, con una aplicación efectiva del mismo y con políticas de prevención y prácticas que permitan actuar de una manera eficaz ante las denuncias. La estrategia de prevención debe ser integral, es decir, debe prevenir los factores de riesgo y a la vez fortalecer las instituciones para que puedan proporcionar una respuesta efectiva a los casos de violencia contra la mujer. Asimismo, los Estados deben adoptar medidas preventivas en casos específicos en los que es evidente que determinadas mujeres y niñas pueden ser víctimas de violencia”.*⁴⁴

En el caso de las *Hermanas González Pérez (México)*,⁴⁵ la Comisión determinó que, en los casos de violencia contra la integridad de las mujeres, las investigaciones deben ser llevadas a cabo por autoridades competentes e imparciales, apropiadas y sensibilizadas en materia de género, cuando esto no ocurre se afecta el futuro del caso y por ende la justicia en estos. Sin embargo, estas acciones no se limitan únicamente a la fase de investigación sino también a la etapa de juicio en contra de los perpetradores.

Ahora bien, en cuanto al ‘acceso a la justicia’ de las mujeres víctimas de violencia, la CIDH ha determinado una serie de deficiencias en la respuesta judicial en los sistemas de justicia de la región, a saber: *“vacíos e irregularidades en la investigación, deficiencias en el juzgamiento y sanciones de este tipo de casos, falta de efectividad de los mecanismos preventivos, barreras al procurar acceder a instancias judiciales de protección, problemas estructurales identificados dentro de los sistemas de justicia”*.⁴⁶ En el caso de mujeres indígenas y afro descendientes se ha observado la “discriminación y el racismo”. Específicamente, la Comisión ha determinado *“la falta de investigación de los hechos denunciados producto de la influencia de patrones socioculturales discriminatorios que descalifican a las víctimas y contribuyen a la percepción de estos delitos como no prioritarios”*.⁴⁷ (énfasis agregado). Igualmente *“se presentan vacíos e irregularidades en las diligencias per se, que obstaculizan el proceso de juzgamiento y la sanción eventual de los casos”*,⁴⁸ así como *“retrasos injustificados en la investigación de los hechos en casos de violencia contra las mujeres”*.⁴⁹

⁴⁴ Corte IDH, *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*, Sentencia 16 de noviembre de 2009, párrafo 258.

⁴⁵ CIDH, *Ana, Beatriz, y Cecilia González Pérez (México)*, Informe de Fondo, N° 53/01, 4 de abril de 2001, párr. 88.

⁴⁶ CIDH, “Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia en las Américas”, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 68. 20 de enero de 2007.

⁴⁷ *Ibidem*, párrafo 127.

⁴⁸ *Ibidem*, párrafo 128.

⁴⁹ *Ibidem*, párrafo 129.

La Comisión también ha indicado que en casos de violencia sexual se debe hacer una apreciación más allá de la prueba médica en cuanto a lesiones físicas y la prueba testimonial, puesto que hay factores que *“pueden inhibir a una víctima de resistir físicamente una agresión sexual, aún cuando no ha consentido al acto”*, tal como lo han asentado las Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional.⁵⁰

Por su parte, en El Salvador se determinó por el trabajo realizado por la Organización No Gubernamental *“Las Dignas”* que *“la gran mayoría de las investigaciones de delitos sexuales no tienen una naturaleza científica y existe una carencia notable de protocolos y metodologías para la investigación de estos delitos”*,⁵¹ situación que si se quiere podría estar retratada en muchos países del continente americano, lo que requeriría una aproximación detallada en cada Estado.

Otro constante error es la ‘revictimización’ al obligar a las víctimas a narrar varias veces los hechos vividos, así como a someterse a pruebas invasivas. Sin embargo, lamentablemente, a pesar de lo dramático y penosos que son estos crímenes se ha determinado que *“el sistema de justicia se inclina a creerle más al agresor”*.⁵² El silencio de las autoridades competentes imposibilitan que en estos casos se alcance justicia, mucho de esta situación viene dada por el establecimiento de comportamientos socio culturales abandonando a las víctimas a situaciones vulnerables y de desprotección.

En este sentido, la Comisión indicó que *“ha constatado que ciertos patrones socioculturales discriminatorios influyen en las actuaciones de los funcionarios en todos los niveles de la rama judicial, lo que se traduce en un número aún ínfimo de juicios orales y sentencias condenatorias que no corresponden al número elevado de denuncias y a la prevalencia del problema. La CIDH ha podido verificar que la violencia y la discriminación contra las mujeres todavía son hechos aceptados en las sociedades americanas, lo cual se ve reflejado en la respuesta de los funcionarios de la administración de la justicia hacia las mujeres víctimas de violencia y en el tratamiento de los casos”*.⁵³ La CIDH ha sido persistente en su denuncia reiterada en cuanto a la existencia de patrones culturales que hacen estragos en el acceso a la justicia de las víctimas de violencia de género.

Otros problemas que se encuentran ante esta dramática situación se cuentan *“la carencia de documentos de identidad, la percepción del alto costo de usar el sistema judicial, la inversión de tiempo, el temor a perder el juicio y el potencial*

⁵⁰ *Ibidem*, párrafo 138.

⁵¹ *Ibidem*, párrafo 140.

⁵² *Ibidem*, párrafo 143.

⁵³ *Ibidem*, párrafo 147.

*de posibles represalias por parte del agresor, así como una percepción de la administración de justicia como politizada y susceptible a ser comprada”.*⁵⁴

b) Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte Interamericana también ha tenido oportunidad de pronunciarse en atención a la violencia sexual y el acceso a la justicia, en este entendido, en el caso *Fernández Ortega y otros vs. México*, la Corte determinó que la violación sexual cometida en contra de Inés Fernández Ortega, mujer indígena, por parte de agentes militares acarrea la responsabilidad internacional del Estado por la falta de investigación y sanción de los responsables.

La Corte indicó que “la violación sexual es un tipo particular de agresión que, en general, se caracteriza por producirse en ausencia de otras personas más allá de la víctima y el agresor o los agresores. Dada la naturaleza de esta forma de violencia, no se puede esperar la existencia de pruebas gráficas o documentales y, por ello, la declaración de la víctima constituye una prueba fundamental sobre el hecho”.⁵⁵ A su vez, la Corte añadió que “lo establecido en la jurisprudencia internacional en el sentido de que el uso de la fuerza no puede considerarse un elemento imprescindible para castigar conductas sexuales no consentidas, así como tampoco debe exigirse prueba de la existencia de resistencia física a la misma, sino que es suficiente con que haya elementos coercitivos en la conducta. En el presente caso, está acreditado que el hecho se cometió en una situación de extrema coerción, con el agravante de producirse en un contexto de relaciones de autoridad, por parte de tres militares armados.”⁵⁶

A su vez, la Corte fue enfática al señalar que “*la violencia sexual se configura con acciones de naturaleza sexual que se cometen contra una persona sin su consentimiento, que además de comprender la invasión física del cuerpo humano, pueden incluir actos que no involucren penetración o incluso contacto físico alguno. En particular, la violación sexual constituye una forma paradigmática de violencia contra las mujeres cuyas consecuencias, incluso, trascienden a la persona de la víctima*”.⁵⁷ En este orden de ideas, la Corte equiparó la violencia sexual a la tortura al señalar que “aún cuando consista en un solo hecho u ocurra fuera de instalaciones estatales, como puede ser el domicilio de la víctima. Esto es así ya que los elementos objetivos y subjetivos que califican un hecho como tortura no se refieren ni a la acumulación de hechos ni al lugar donde el acto se realiza, sino a la intencionalidad, a la severidad del sufrimiento y a la finalidad

⁵⁴ *Ibidem*, párrafo 178.

⁵⁵ Corte IDH, *Caso Fernández Ortega y otros Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 30 de agosto de 2010, Serie C No. 215, párrafo 104.

⁵⁶ *Ibidem*, párrafo 104.

⁵⁷ *Ibidem*, párrafo 119.

del acto”.⁵⁸ En este caso, la intervención del fuero militar y las actuaciones durante las investigaciones, la falta de la debida diligencia se concluyó que el Estado violó los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención Americana, lo que vendría a constituir una violación al acceso a la justicia.

En el *Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México*⁵⁹, la Corte sostuvo la misma posición anterior puesto que los hechos sufridos por la víctima fueron iguales, esto al constatarse la violación de una mujer indígena por parte de efectivos militares que bajo amenaza y bajo la práctica de supuestos interrogatorios procedieron a abusar sexualmente de la víctima. En este caso, la víctima “*relató y denunció los hechos en varias ocasiones, tanto a nivel interno como en el proceso seguido ante el sistema interamericano.*”⁶⁰ Sin embargo, su situación no fue atendida por las autoridades locales. En esta oportunidad, la Corte afirmó que la violencia contra la mujer constituye “una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres”.⁶¹

Además, la Corte ha “*reconocido que la violación sexual es una experiencia sumamente traumática que tiene severas consecuencias y causa gran daño físico y psicológico que deja a la víctima ‘humillada física y emocionalmente’, situación difícilmente superable por el paso del tiempo, a diferencia de lo que acontece en otras experiencias traumáticas. De ello se desprende que es inherente a la violación sexual el sufrimiento severo de la víctima, aun cuando no exista evidencia de lesiones o enfermedades físicas. En efecto, no en todos los casos las consecuencias de una violación sexual serán enfermedades o lesiones corporales. Las mujeres víctimas de violación sexual también experimentan severos daños y secuelas psicológicas y aun sociales.*”⁶²

Además, que “*en términos generales, la violación sexual, al igual que la tortura, persigue, entre otros, los fines de intimidar, degradar, humillar, castigar o controlar a la persona que la sufre.*”⁶³

Por su parte, en el caso *Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco vs México*,⁶⁴ la Corte determinó la responsabilidad internacional del Estado debido a la brutalidad policial llevada en contra de once mujeres durante operativos policiales en las municipalidades de Texcoco y San Salvador Atenco entre el 3 y

⁵⁸ *Ibidem*, párrafo 128.

⁵⁹ Corte IDH, *Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 31 de agosto de 2010, Serie C No. 216.

⁶⁰ *Ibidem*, párrafo 90.

⁶¹ *Ibidem*, párrafo 108.

⁶² *Ibidem*, párrafo 116.

⁶³ *Ibidem*, párrafo 117.

⁶⁴ Corte IDH. *Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco vs México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2018. Serie C. No 371. Resumen oficial.

4 de mayo de 2006. Decenas de mujeres, entre estas las víctimas, fueron objeto de abusos verbales físicos y sexuales cometidos por funcionarios de la policía. La Corte sostuvo que el Estado era responsable por el excesivo uso de la fuerza de manera indiscriminada contra toda persona que se considerase formaba parte de las manifestaciones.

En el medio de la gravedad de los hechos narrados, la Corte asentó que *“en el presente caso, las formas altamente groseras y sexistas en que los policías se dirigieron a las víctimas, con palabras obscenas, haciendo alusiones a su imaginada vida sexual y al supuesto incumplimiento de sus roles en el hogar, así como a su supuesta necesidad de domesticación, es evidencia de estereotipos profundamente machistas, que buscaban reducir a las mujeres a una función sexual o doméstica, y donde el salir de estos roles para manifestar, protestar, estudiar o documentar lo que estaba pasando en Texcoco y San Salvador de Atenco, es decir, su simple presencia y actuación en la esfera pública, era motivo suficiente para castigarlas con distintas formas de abuso”*.⁶⁵

Además, las víctimas fueron catalogadas como “guerrilleras” por parte de las autoridades del Estado y la credibilidad de éstas fueron puestas en dudas, en atención a sus denuncias sobre los tratos perpetrados por los funcionarios policiales. Para la Corte, los cuerpos de las víctimas fueron instrumentalizados como herramientas para transmitir mensajes de represión y desaprobación de las protestas llevadas a cabo, esto como una “táctica o estrategia de control, dominio e imposición de poder”.⁶⁶

Destaca que la Corte IDH tuvo oportunidad de pronunciarse, también, sobre la violencia sexual cometida por actores privados en el caso de *López Soto v Venezuela*⁶⁷ y como tales crímenes pueden acarrear la responsabilidad internacional del Estado. La Corte reafirmó que, bajo la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los Estados tienen la obligación positiva de prevenir violaciones de derechos humanos incluyendo aquellos crímenes cometidos por particulares. Más aún en casos de violencia en contra de las mujeres, los Estados deben actuar estrictamente los estándares de debida diligencia. La Corte revalidó el criterio de que, en el marco de la debida diligencia, los Estados poseen la labor de *“ratificación de los instrumentos internacionales de derechos humanos; garantías constitucionales sobre la igualdad de la mujer; existencia de leyes nacionales y sanciones administrativas que proporcionen reparación adecuada a las mujeres víctimas de la violencia; políticas o planes de acción que se ocupen de la cuestión de la violencia contra la mujer; sensibilización del sistema de justicia penal y la policía en cuanto a cuestiones de género, accesibilidad y*

⁶⁵ *Ídem.*

⁶⁶ *Ídem.*

⁶⁷ Corte IDH, *Caso López Soto v Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas*, Sentencia de 26 de septiembre de 2018, Serie C, No 362.

*disponibilidad de servicios de apoyo; existencia de medidas para aumentar la sensibilización y modificar las políticas discriminatorias en la esfera de la educación y en los medios de información, y reunión de datos y elaboración de estadísticas sobre la violencia contra la mujer.*⁶⁸

En ese marco, los Estados deben asumir que la desaparición de una mujer ya debe encender las alarmas de las autoridades para investigar con prontitud el hecho ocurrido esto con base a la Convención Belém do Pará. En el caso de López Soto fue importante el testimonio de su hermana quien a pesar de haber denunciado reiteradas veces la desaparición de Linda Loaiza sus denuncias no fueron escuchadas a pesar de que la vida de la víctima estaba en peligro. Otro hallazgo importante realizado por la Corte es la conexión entre el crimen de tortura y de esclavitud sexual, puesto que tanto los elementos objetivos como subjetivos del primer crimen se habían configurado.

Uno de los precedentes importantes que deja este caso es que la tortura no puede ser realizada únicamente por funcionarios del Estado en casos de violencia sexual sino también por particulares que actúan bajo la aquiescencia o tolerancia del Estado y, la falta de investigación oportuna y determinación de responsabilidades por parte del Estado se traducen en lo anterior. La esclavitud sexual se determinó debido a la pérdida de libertad, el grado de control del victimario sobre la víctima, y las restricciones a la autonomía sexual de la víctima durante su cautiverio, todo esto fue considerado como una omisión grotesca por parte del Estado venezolano.

De este contexto, se puede resumir que las víctimas enfrentan una serie de obstáculos que a veces pareciesen hacer inalcanzable la justicia en sus casos.

Ahora bien, otro lado de la moneda nos demuestra que la violencia de género no puede centrarse únicamente en focalizar la que sufren las mujeres de manera cotidiana, hay una realidad oculta y menos hablada y esta es la violencia sexual en contra de hombres en la región. La Corte Interamericana ha elaborado poco a poco algunos enunciados en la materia, pero no fue hasta el caso de *Vélez Restrepo y Familiares vs Colombia*⁶⁹ en donde la Corte aseguró la existencia de violencia sexual en contra un hombre. En este caso la víctima estuvo sometida a “*a múltiples golpes y descargas eléctricas en el estómago y testículos, mientras lo interrogaban y buscaban que confesara ser guerrillero o su colaboración con el M-19*”. En atención a los choques de electricidad realizados en los genitales de la víctima, la Corte consideró que “*implicó una invasión a la intimidad del señor Rubiano Galvis que, al involucrar su área genital, significó que el mismo fuera de naturaleza sexual, por lo que constituye un acto de violencia sexual*”.

⁶⁸ *Ibidem*, párrafo 132.

⁶⁹ Corte IDH, *Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colombia*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 14 de noviembre de 2014, Serie C No. 287, párr. 395, 424 y 425.

Sin embargo, aunque anteriormente se habían denunciado hechos de violencia sexual en contra de hombres ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los mismos no fueron vistos bajo esta óptica actual sino únicamente como actos de tortura.⁷⁰

Con todo, a nivel regional pareciese no existir un mayor desarrollo en cuanto a la violencia sexual cometida en contra de hombres, en especial durante épocas turbulentas o de conflictos; por ejemplo, en el conflicto armado de Colombia se hace señalamiento a la existencia de una “memoria censurada,”⁷¹ en el marco del conflicto político que se vive en Venezuela también se han reportado tales crímenes,⁷² así como en Nicaragua.⁷³ A pesar de estos casos, es dable destacar que en la región latinoamericana se viven diferentes situaciones, por ejemplo, en Paraguay aunque el delito de violación utiliza un lenguaje neutral se habla todavía de “actos homosexuales con menores”.⁷⁴ Por otra parte, han ocurrido modernizaciones en la normativa penal de los países de la región, los cuales han adaptado un lenguaje neutro para juzgar la perpetración del crimen de violación. En este orden de ideas, se pueden revisar algunos casos, entre estos, Argentina utiliza un lenguaje neutro de género en su Código Penal,⁷⁵ al igual que en

⁷⁰ Patricia Tarre Moser y Salvador Leyva Morelos-Zaragoza, “Violencia sexual contra el hombre: avance jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Revista Internacional de Derechos Humanos*, Año V-nº 5, ISSN 2250-5210/2015.

⁷¹ Samed Mateo Vargas Montero, *Memorias censuradas: el silencio de los hombres víctimas de violencia sexual en el conflicto armado colombiano*. Pontificia Universidad Javeriana.

⁷² Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, “Violaciones y abusos de los derechos humanos en el contexto de las protestas en la República Bolivariana de Venezuela del 01 de abril al 31 de julio de 2017”. Centro de Justicia y Paz (CEPAZ), “Violencia Sexual en la Emergencia Compleja Venezolana”, disponible en: <https://cepaz.org/articulos/violencia-sexual-en-la-emergencia-compleja-venezolana/>. Human Right Watch, “Arremetida contra opositores. Brutalidad, tortura y persecución política en Venezuela”, 29 de noviembre de 2017, disponible en: <https://www.hrw.org/es/report/2017/11/30/arremetida-contra-opositor-res/brutalidad-tortura-y-persecucion-politica-en>.

⁷³ Organización de Naciones Unidas, “Nicaragua: Impune ante las violaciones de los derechos humanos”, 06 de septiembre de 2019. Disponible en: <https://news.un.org/es/story/2019/09/1461712>.

⁷⁴ Paraguay. Código Penal de Paraguay, artículos 128, 131, 132, 138. Disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Penal_Paraguay.pdf.

⁷⁵ Argentina. Código Penal Argentino, Título III del Libro Segundo, “Delitos contra la Honestidad” a los “Delitos contra la Integridad Sexual”. Disponible en: https://www.oas.org/es/mesecvi/docs/Violence_in_the_Americas-SP-MERCOSUR.pdf.

Bolivia,⁷⁶ México,⁷⁷ El Salvador,⁷⁸ Nicaragua,⁷⁹ Colombia,⁸⁰ Venezuela.⁸¹ Por su parte, Ecuador despenalizó la homosexualidad y también acogió un lenguaje de género neutral en cuanto a la tipificación de la violación.⁸² Por lo tanto, es de esperarse que el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos tenga oportunidades de seguir desarrollando su jurisprudencia en materia de violencia sexual.

III. Conclusiones

La violencia sexual es un crimen dantesco y como tal debe ser combatido por todas las sociedades. Tal como se ha observado brevemente, las víctimas de este crimen son sometidas a una serie de condicionamientos y estigmatizaciones antes de poder denunciar este crimen. El acceso a la justicia se ve limitado desde el primer momento en que la normativa nacional **no contempla** un lenguaje neutral de género en la comisión de estos crímenes o en donde las prácticas de recolección de evidencias, de investigación y de juzgamiento obedezcan a patrones sexistas. Lo dicho afecta cabalmente el desempeño de los sistemas regionales de derechos humanos puesto que, claro está, a estos sistemas de protección llegaran las situaciones que hayan podido ser presentadas ante la jurisdicción nacional. Se hace imperioso levantar toda aquella barrera que pueda impedir a las víctimas de abuso sexual alcanzar justicia en sus casos; ello requiere un esfuerzo mancomunado llevado desde diferentes sectores. Queda claro que los sistemas de protección regional todavía tienen un largo camino que recorrer para que las víctimas de violencia sexual puedan alcanzar verdad, justicia y reparación.

⁷⁶ Bolivia. Ley de Protección a las víctimas de Delitos contra la Libertad Sexual. Disponible en: https://www.oas.org/es/mesecvi/docs/Violence_in_the_Americas-SP-MERCOSUR.pdf.

⁷⁷ México. Código Penal, Libro Segundo, Título Decimoquinto - Delitos contra la Libertad y el Normal Desarrollo Psicosexual, Capítulo I - Hostigamiento Sexual, Abuso Sexual, Estupro y Violación, artículos 265 y siguientes. Disponible en: <https://mexico.justia.com/federales/codigos/codigo-penal-federal/libro-segundo/titulo-decimoquinto/capitulo-i/>.

⁷⁸ El Salvador. Código Penal. artículos 163 y siguientes. Disponible en: https://oig.cepal.org/sites/default/files/2003_slv_dl210.pdf.

⁷⁹ Nicaragua. Código Penal, artículo 167 y ss. Disponible en: http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3_nic_codigo_penal.pdf.

⁸⁰ Colombia. Código Penal Colombiano, artículos 205 y ss. Disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Penal_Colombia.pdf.

⁸¹ Venezuela. Código penal venezolano, artículo 374 y ss. Disponible en: http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3_ven_anexo7.pdf.

⁸² Ecuador. Código Penal, artículo 512. Disponible en: http://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic4_ecu_penal.pdf.

En este sentido, se prevé que los sistemas regionales de protección se enfrentarán a retos para garantizar una 'igualdad' en el señalamiento, cuestionamiento y sanción de este tipo de crímenes.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Texto

CANÇADO TRINDADE, Antonio, *El derecho de acceso a la justicia en su amplia dimensión*, Editorial Librotecnia, Santiago de Chile, 2012.

Jurisprudencia

AFRICAN COMMISSION ON HUMAN AND PEOPLES' RIGHTS. Curtis francis doebbler v. Sudan (2003). Communication No. 236/2000, Disponible en: <http://caselaw.ihlda.org/doc/236.00/view/>

____ Egyptian initiative for personal rights and interights v. Égypt (2011). Communication No 323/06.

____ Sudan human rights organisation & Centre on housing rights and evictions (COHRE) v. Sudan. Communication No. 279/03-296/05, Disponible en: <http://caselaw.ihlda.org/doc/279.03-296.05/view/>

____ Zimbabwe human rights NGO forum v. Zimbabwe. Communication No. 245/2002, Disponible en: <http://caselaw.ihlda.org/doc/245.02/view/>.

AFRICAN COURT ON HUMAN AND PEOPLES' RIGHTS. Kalebi Elisamehe v. United Republic of Tanzania. App. No. 028/2015. 26 junio 2020.

COMISIÓN INTERAMERICANA DERECHOS HUMANOS (2001). Caso Ana, Beatriz, y Cecilia González Pérez (México), Informe de Fondo, N° 53/01, párr. 88.

____ Caso de Maria Penha Maia Fernandez v Brasil. caso 12.051, Informe n° 54/01, 2001.

____ Caso de Claudia Ivette González y otros, (México), Informe n° 28/07, 2007.

____ Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia en las Américas, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 68, 2007.

____ Caso de María Eugenia Morales de Sierra (Guatemala), Informe n° 4/01, 2001.

____ Case Fernando and Raquel Mejía v. Perú (Decisión of 1 March 1996), Reporte No. 5/96, caso no 10.970, en reporte anual de la CIDH 1995 OEA/Ser.L/V/II.91.

CORTE INTERAMERICANA DERECHOS HUMANOS. Caso Fernández Ortega y otros Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010, Serie C No. 215.

____ Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco vs México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2018. Serie C. No 371. Resumen oficial.

____ Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C No. 216.

____ Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colombia, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 14 de noviembre de 2014, Serie C No. 287.

____ Caso González y tras (“Campo Algodonero”) vs. México. Sentencia 16 de noviembre de 2009.

____ Caso López Soto v Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2018. Serie C. No 362.

THE COMMUNITY COURT OF JUSTICE OF THE ECONOMIC COMMUNITY OF WEST AFRICAN STATES (ECOWAS). Dorothy Chioma Njemanze, Edu Oroko, Justina Etim and Amarachi Jessyford v. Federal Republic of the Nigeria, JUDGMENT N°: ECW/CCJ/JUD/08/17.

Códigos Penales

ARGENTINA, Código Penal Argentino. Disponible en: https://www.oas.org/es/mesecvi/docs/Violence_in_the_Americas-SP-MERCOSUR.pdf

COLOMBIA, Código Penal Colombiano, publicado en Diario Oficial No. 44097 del 24/07/2000. Disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Penal_Colombia.pdf

MÉXICO, Código Penal. Disponible en: <https://mexico.justia.com/federales/codigos/codigo-penal-federal/libro-segundo/titulo-decimoquinto/capitulo-i/>

NICARAGUA, Código Penal, Ley No. 641. Disponible en: http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3_nic_codigo_penal.pdf

PARAGUAY, Código Penal. Disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Penal_Paraguay.pdf

EL SALVADOR, Código Penal, Decreto No. 210. Disponible en: https://oig.cepal.org/sites/default/files/2003_slv_dl210.pdf

VENEZUELA, Código Penal Venezolano, publicado en Gaceta Oficial N° 5.763 Extraordinario. Disponible en: http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3_ven_anexo7.pdf

SOUTH AFRICA, CRIMINAL LAW AMENDMENT Act 32, 2007. Disponible en: https://www.saps.gov.za/resource_centre/acts/downloads/sexual_offences/sexual_offences_act32_2007_eng.pdf

Documentos en Línea

BRITISH BROADCASTING CORPORATION, “Necesitamos hablar de las violaciones de hombres: el drama oculto de los abusos sexuales masculinos”, 3 de agosto de 2017. Disponible en: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-40812032>

CENTRE FOR AFRICAN JUSTICE, PEACE AND HUMAN RIGHTS, “Men And Boys As Hidden Victims Of Sexual Violence: A Conversation On Sexual Violence Perpetrated Against The Male Gender Organised By Centre For African Justice, Peace And Human Rights”, Sin fecha. Disponible en: <http://centreforfricanjustice.org/men-and-boys-as-hidden-victims-of-sexual-violence-a-conversation-on-sexual-violence-perpetrated-against-the-male-gender-organised-by-centre-for-african-justice-peace-and-human-rights/>

CENTRO DE JUSTICIA Y PAZ, “Violencia Sexual en la Emergencia Compleja Venezolana”, 2018. Disponible en: <https://cepaz.org/articulos/violencia-sexual-en-la-emergencia-compleja-venezolana/>

DOLAN, Chris, “Plan, Refugee Law Project & War child. Into de Mainstream: Addressing sexual violence against men and boys in conflict”, 2014. Disponible en: https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/Into_The_Mainstream-Addressing_Sexual_Violence_against_Men_and_Boys_in_Conflict.pdf

EUROPEAN INSTITUTE FOR GENDER EQUALITY, “What is gender-based violence?”. Disponible en: <https://eige.europa.eu/gender-based-violence/what-is-gender-based-violence>

GOODLEY, Héloïse, “Ignoring Male Victims of Sexual Violence in Conflict is short-sighted and wrong”, *Chatham House*, 2019. Disponible en: <https://www.chathamhouse.org/expert/comment/ignoring-male-victims-sexual-violence-conflict-short-sighted-and-wrong#>

HUMAN RIGHT WATCH, “Arremetida contra opositores. Brutalidad, tortura y persecución política en Venezuela”, 2017. Disponible en: <https://www.hrw.org/es/report/2017/11/30/arremetida-contra-opositores/brutalidad-tortura-y-persecucion-politica-en>

INTERNATIONAL FEDERATION FOR HUMAN RIGHTS, “The Impact of litigation on combating sexual violence and its consequences in Africa” N° 742ª, 2019. Disponible en: <https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/436237467-The-Impact-of-Litigation-on-Combating-Sexual-Violence-and-its-Consequences-in-Africa.pdf> página 93.

LEÓN RODRÍGUEZ, María Elena, “Breve historia de los conceptos de sexo y género”, *Revista de Filosofía de la Universidad de Costa Rica*, Vol. 54, N° 138, 2015, ISSN 0034-8252.

OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, “Violencia contra las mujeres”. Disponible en: <https://www.ohchr.org/SP/Issues/Women/WRGS/Pages/VAW.aspx>

ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, “Nicaragua: Impune ante las violaciones de los derechos humanos”, 2019. Disponible en: <https://news.un.org/es/story/2019/09/1461712>

_____, “Recomendaciones generales aprobadas por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer”, *Observación General n° 28*. Disponible en: https://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CEDAW/00_4_obs_grales_CEDAW.html#GEN28

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, “Género”, *Temas de salud*. Disponible en: <https://www.who.int/topics/gender/es/>

REDRESS, *Manual Litigation Strategies for Sexual Violence in Africa*, 2012. Disponible en: <https://redress.org/wp-content/uploads/2018/01/Sep-12-Litigation-Strategies-for-Sexual-Violence-Africa.pdf>

TARRE MOSER, Patricia y MORELOS-ZARAGOZA, Salvador Leyva, “Violencia sexual contra el hombre: avance jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Revista Internacional de Derechos Humanos*, Año V-n° 5, ISSN 2250-5210/2015.

UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES, “Sexual and Gender-Based Violence against Refugees, Returnees and Internally Displaced Persons: Guidelines for Prevention and Response”, 2003). Available in <https://cms.emergency.unhcr.org/documents/11982/51689/UNHCR%2C+Sexual+and+Gender-Based+Violence+against+Refugees%2C+Returnees+and+Internally+Displaced+Persons.+Guidelines+for+Prevention+and+Response%2C+2003/9591f62d-4f6a-4faf-8c03-df0d6bacf871>

VARGAS MONTERO, Samed Mateo, *Memorias censuradas: el silencio de los hombres víctimas de violencia sexual en el conflicto armado colombiano*, Pontificia Universidad Javeriana, 2016.

DERECHO CIVIL

LA IMPOSIBILIDAD Y LA DIFICULTAD EN EL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES

*Carlos Eduardo Acedo Sucre**

SUMARIO

Introducción. I. Elementos comunes a la causa extraña no imputable, que imposibilita el cumplimiento; y a la mayor onerosidad, que complica demasiado el cumplimiento. II. Problemas que imposibilitan el cumplimiento: causa extraña no imputable. III. Problemas que complican demasiado el cumplimiento: onerosidad excesiva. IV. Comentarios sobre la teoría de la imprevisión. V. La mayor dificultad en Italia y otros países que se inspiraron del sistema italiano. VI) La mayor dificultad en los Principios Unidroit e inaplicabilidad de éstos en Venezuela. VII) Cláusula *rebus sic stantibus*, *hardship clauses* y cláusulas *MAC* o *MAE*. VIII) Mayor dificultad para cumplir contratos de adhesión. Conclusión.

Introducción

Para mí es un placer proponer el presente artículo para un libro en homenaje a mi amigo Humberto Romero-Muci, quien se desempeñó como Presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, a la que tengo el honor de pertenecer. Este artículo trata un tema que no es ajeno a Romero Muci; de hecho, durante su presidencia, promovió dos eventos y varias publicaciones sobre el tratamiento, en derecho venezolano, de la pandemia de covid-19. En la presentación de un libro que coordinó sobre esta materia, Romero Muci¹ planteó que ciertas

* Abogado *Cum Laude*, 1982, UCAB; y Diploma Superior, Derecho Civil, Mención Bien, 1986, y Estudios Doctorales, Mención Muy Bien, 1988, Universidad de París 2. Socio de MENPA. Individuo de Número de Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Autor de “La Función de la Culpa en la Responsabilidad por Hecho Ilícito” (tesis doctoral), “Temas de Derecho de Seguros” (con Manuel Acedo Mendoza), y “Cláusulas Abusivas y Contratos de Adhesión” (trabajo de incorporación a la Academia); y de sesenta y dos artículos.

¹ Humberto Romero-Muci, “Presentación”, en *Estudios Jurídicos sobre la Pandemia del Covid-19 y el Decreto de Estado de Alarma en Venezuela*, Academia de Ciencias

“circunstancias pueden imposibilitar el cumplimiento de las obligaciones, al configurar un caso fortuito o de fuerza mayor u otra causa extraña no imputable; o pueden complicar el cumplimiento, debido a una mayor dificultad u onerosidad”. La imposibilidad de cumplir la obligación por una causa extraña no imputable al deudor está regulada en el Código Civil. En cambio, este código no establece ninguna solución concreta para el problema que se le puede presentar al deudor enfrentado a una dificultad excesiva, que le complica demasiado cumplir su obligación. Una elaboración jurisprudencial y doctrinaria, llamada teoría de la imprevisión, busca solucionar este problema. Tal como lo señaló Romero Muci,² “se plantea el conflictivo tema de la modificación de las obligaciones contractuales en caso de circunstancias imprevisibles e inevitables, que impliquen una excesiva onerosidad de la prestación debida” (este tema conflictivo está referido a la modificación de las obligaciones contractuales por decisión judicial, pues, si existiera mutuo acuerdo, se aplicaría el artículo 1133 del Código Civil, del que se desprende que, mediante un contrato, se puede modificar un vínculo jurídico existente entre las partes). En caso de mayor dificultad, además de la modificación judicial de las obligaciones contractuales, se puede plantear la suspensión del contrato o su terminación. De hecho, tal como indicó Romero Muci,³ existe “la cláusula conocida con el brocardo latino *rebus sic stantibus*”. Según esta cláusula, el contrato sólo se aplica mientras las circunstancias previstas y previsibles al momento de contratar, que afectan la prestación, no varíen de manera significativa por causas ajenas al deudor (lo acordado rige mientras las cosas sigan así). Algunos opinan que debe considerarse que esta cláusula está tácitamente incluida en todos los contratos.

I. Elementos comunes a la causa extraña no imputable, que imposibilita el cumplimiento; y a la mayor onerosidad, que complica demasiado el cumplimiento

Hay varios denominadores comunes entre la inviabilidad absoluta, y el incremento en la dificultad. El primer denominador común es que se trata de un evento que incide adversamente sobre el cumplimiento del deudor. En efecto, por un lado, la ejecución de la prestación debida puede verse afectada por una imposibilidad, por ejemplo, la fuerza mayor, en cuyo caso el deudor es exonerado de responsabilidad. Asimismo, y por otro lado, la ejecución de la prestación debida puede verse afectada por una onerosidad aumentada, por ejemplo, cumplir se encareció considerablemente o tomará mucho más tiempo del previsto, en cuyo caso el deudor podría querer renegociar el contrato con su acreedor, o, de recibir

Políticas y Sociales, Caracas, 2020, p. 19. Disponible en: <https://www.acienpol.org.ve/wp-content/uploads/2020/08/Academia-Covid-19.pdf>, consultado en fecha 7 de julio de 2022.

² *Ídem.*

³ *Ídem.*

una respuesta negativa de éste, o de fracasar la renegociación, el deudor podría querer intentar una acción legal contra su acreedor, para obtener una atenuación o liberación de su obligación.

Otro denominador común entre la imposibilidad y la mayor dificultad es que debe tratarse de (i) un evento sobrevenido, lo que ocurre cuando el contrato es anterior al problema; (ii) un evento ajeno al deudor, o sea, externo a éste; y (iii) un evento imprevisible, es decir, que no se pueda anticipar. En efecto, en primer lugar, si el evento no es sobrevenido o no es imprevisible, el deudor asumió el riesgo correspondiente; y, en segundo lugar, si el evento no es ajeno al deudor, éste incurrió en culpa o al menos es la causa o una de las causas del daño, lo que explica que el deudor incumplido no pueda invocar el surgimiento de una imposibilidad o dificultad excesiva. El que un evento sea sobrevenido e imprevisible se debe determinar tomando como referencia el momento de contratar; y el que un evento sea ajeno al deudor se debe determinar tomando como referencia al momento en que el evento se produjo. La diferencia entre la causa extraña no imputable y a la mayor onerosidad es que la primera imposibilita el cumplimiento y la segunda lo hace considerablemente más difícil; es decir, la primera requiere que se trate de un evento inevitable, es decir, irresistible, o sea, insuperable (lo que ocurre cuando se presenta un obstáculo de tal naturaleza que el deudor no puede, ni que quiera, cumplir su obligación); mientras que la segunda no requiere tal inevitabilidad (el cumplimiento es, como mucho, casi imposible).

Un tercer denominador común de la imposibilidad y la mayor onerosidad se encuentra en que, en ambos casos, se aplica un criterio objetivo, que no está referido al deudor, sino al impedimento o a la dificultad excesiva sobrevenida. Por un lado, en los casos de causa extraña no imputable, la determinación de si un evento es de tal gravedad, que impide el cumplimiento de la obligación, debe realizarse atendiendo al parámetro del “buen padre de familia” (es decir, la persona razonable y bien intencionada) del artículo 1270 del Código Civil, que establece, como regla general, que “La diligencia que debe ponerse en el cumplimiento de la obligación... será siempre la de un buen padre de familia”. Por otro lado, en los casos que la teoría de la imprevisión trata de solucionar, consideramos que, si el deudor a quien se le complica en demasía el cumplimiento aspira renegociar el contrato con el acreedor, o, ante la negativa o el fracaso de la renegociación, aspira intentar alguna acción legal contra éste, esta acción, para ser viable, requiere que la mayor onerosidad sea calibrada considerando al “buen padre de familia”. En ambos casos, no se trata de un criterio subjetivo, relativo a una de las partes, sino que se hace un análisis en abstracto de la imposibilidad o mayor dificultad.

De modo que “se requiere acudir a un estándar de conducta para establecer si cualquier persona en las mismas circunstancias se encontraría frente a los mismos efectos perturbadores”.⁴

Adicionalmente, un denominador común es que, en los contratos de ejecución instantánea, la imposibilidad y la mayor dificultad no son, realmente, relevantes; es decir, la materia bajo estudio en el presente trabajo no abarca los convenios que se cumplen en el mismo acto en que se celebran (en el contrato bilateral, como las partes contraen obligaciones recíprocas, entendemos que el contrato de ejecución instantánea es aquel en el cual ambas obligaciones recíprocas se cumplen en el mismo acto en que el contrato se celebra). De hecho, si el contrato se celebra y se cumple en un mismo momento, no se plantea que su incumplimiento pueda ser impedido por una causa extraña no imputable, que dé lugar a la liberación del deudor; tampoco se plantea que el cumplimiento del contrato pueda hacerse mucho más complicado en razón de una dificultad excesiva, en virtud de la cual el deudor aspire renegociar el contrato con el acreedor o intentar alguna acción legal contra éste en caso de fracaso de la renegociación. De manera que el estudio de estos problemas sólo es pertinente para los contratos a plazo, los contratos condicionales y los contratos de tracto sucesivo. En efecto, en primer lugar, en los contratos a plazo, la imposibilidad o la onerosidad excesiva sobrevenida puede surgir entre la fecha de celebración del contrato y la fecha de vencimiento del plazo inicial, o sea, el lapso fijado para empezar a cumplir la obligación. En segundo lugar, en los contratos condicionales, la inviabilidad total y absoluta, o la dificultad excesiva sobrevenida, según el caso, puede surgir entre la fecha de celebración del contrato, y la fecha en la que, por verificarse la condición suspensiva, nace la obligación. En tercer lugar, en los contratos de tracto sucesivo, o sea, los contratos de ejecución periódica o continuada, la imposibilidad o la mayor onerosidad puede surgir entre la fecha de celebración del contrato y alguna o algunas de las fechas en las que toque cumplir la obligación, pues se trata de una prestación que persiste o es repetida en el tiempo. Si un contrato es de ejecución instantánea, nada de esto se plantea. Si una de las partes no cumple un contrato de ejecución instantánea, por ejemplo, el comprador paga el precio y el vendedor, habiendo transferido consensualmente la propiedad de la cosa, para cuya entrega no se pactó ningún plazo, de todas maneras, no la entregó, la solución al problema del acreedor, causado por el incumplimiento del deudor, viene dada por las normas sobre responsabilidad contractual y resolución de contratos, y, si se debe una cosa determinada que pereció, por la teoría de los riesgos. En estos casos, la mora del deudor le impide alegar la imposibilidad o mayor dificultad.

⁴ Thea Christine Bauer y Mariana Bernal Fandiño, “Solidarismo y Contratos Relacionales: Alternativas frente a la Pandemia de COVID-19”, en *Revista de Derecho Privado*, N° 41, julio-diciembre 2021, Universidad Externado de Colombia, p. 59. Disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/7200/10293>, consultado en fecha 22 de julio de 2022.

De modo que el problema que nos ocupa sólo aparece en los contratos de ejecución continuada o diferida y los contratos sujetos a condición suspensiva.

La imposibilidad y la mayor dificultad también tienen un denominador común en que hay que analizar los hechos caso por caso, para dar con la solución legal apropiada, es decir, las situaciones deben ser estudiadas casuísticamente, para determinar si el deudor está enfrentado a circunstancias que le impiden cumplir, o a circunstancias que le complican mucho cumplir, pues las consecuencias jurídicas de ambos supuestos de hecho son distintas.

La imposibilidad y la mayor dificultad tienen un denominador común adicional en que es que el deudor tiene la carga de la prueba, es decir, el deudor interesado en hacer valer frente a su acreedor problemas que imposibilitan el cumplimiento o que complican mucho el cumplimiento, cuyas soluciones legales son diferentes, debe alegar y probar, según el caso, la causa extraña no imputable o la onerosidad sobrevenida excesiva, y, si no cumple con dicha carga, no puede hacer valer esos problemas.

Finalmente, un denominador común de la imposibilidad y la mayor dificultad es que, en ambos casos, el deudor afectado tiene la obligación de tratar de mitigar el daño, o sea, debe hacer un esfuerzo de control de daños o intentar reducir el perjuicio; y la obligación de avisarle el problema al acreedor, con datos y evidencia suficientes, para que éste tenga conocimiento real de la situación, y pueda reaccionar y protegerse. Ambas obligaciones se desprenden del principio de buena fe, que debe imperar en los contratos y que está consagrado en el Código Civil. Dado que estas obligaciones no están expresas en la ley, los contratos con frecuencia las regulan, siendo la más común la denominada cláusula de fuerza mayor. En ausencia de regulación contractual y conforme a lo expresado por Juan José Figueroa Torres,⁵ “el artículo 1160 del Código Civil”, según el cual “los contratos deben ejecutarse de buena fe”, impone, “en presencia de una causa extraña no imputable”, las siguientes obligaciones: (i) la parte que no puede cumplir debe “notificar a la otra parte las circunstancias, compartiendo con ella, en la medida de lo posible las pruebas que acrediten la afectación”; (ii) la parte que no puede cumplir debe estudiar el problema, o sea, “hacer esfuerzos por tratar de determinar la afectación, en términos de temporalidad y ámbito, así como su implicación para el contrato, buscando mecanismos tendientes a mitigar los daños”; (iii) la parte que no pueda cumplir debe enfrentar el problema, es decir, “debe llevar a cabo todas las acciones necesarias” para que la falta de cumplimiento “tenga el menor impacto posible..., mitigando en la medida de lo

⁵ Juan José Figueroa Torres, “Causas extrañas no imputables y teoría de la imprevisión con especial atención al contrato de obras. Tutela judicial”, en *Derecho y Sociedad. Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Monteávila*, N° 18 – 2021, pp. 172, 174 y 175. Disponible en: <https://derysoc.com/wp-content/uploads/2022/03/DyS-No.-18-%E2%80%93-2022.pdf>, consultado en fecha 19 de julio de 2022.

posible el daño”, y (iv) las partes “Deberán negociar de buena fe, buscando reorganizar las condiciones, para que se vean afectados lo menos posible la ejecución contractual y haya un control de daños efectivo”. Lo mismo ocurre cuando hay un incremento en la onerosidad, pues, en virtud del citado artículo 1160, el deudor debe, por igual, tratar de mitigar el daño y avisarle al acreedor, si el deudor cree que su cumplimiento va a verse afectado y aspira renegociar el contrato con el acreedor o intentar alguna acción legal contra éste en caso de que la renegociación fracase. En cuanto al deber de mitigar los daños, Sheraldine Pinto Ontiveros⁶ señaló, respecto de la fuerza mayor, lo siguiente, que también vale para la mayor onerosidad: “el deber de mitigación de los efectos de la fuerza mayor”, en virtud del cual “la parte cuyo cumplimiento es afectado” debe adoptar “las acciones o medidas necesarias a fin de minimizar su impacto en costos, pérdidas y tiempo”, puede no haber sido contemplado en el contrato, pero “dicho deber igualmente derivaría de la buena fe y, en particular, del deber de lealtad de cada contratante frente a sus cocontratantes que resulta de la buena fe”. En cuanto al deber de informar, Figueroa Torres⁷ señaló: “Estando en algunos de los supuestos que configuren causas extrañas no imputables o que produzcan tales desequilibrios relevantes en la ecuación económico financiera del contrato y que justifiquen la aplicación de la teoría de la imprevisión, se impone la negociación entre las partes, participar a la otra parte de inmediato la situación especial por la que se atraviesa y si posible mostrarle las pruebas de la afectación”. En ambos supuestos, también se impone, si posible, mitigar el daño.

II. Problemas que imposibilitan el cumplimiento: causa extraña no imputable

La causa extraña no imputable es un hecho que escapa al control del deudor y que le impide satisfacer a su acreedor. Puede ser un hecho natural, que suele ser denominado caso fortuito o de fuerza mayor; un hecho atribuible a la autoridad, que suele ser denominado hecho del príncipe; un hecho del acreedor, que suele ser denominado hecho o culpa de la víctima; o un hecho de un tercero. Algunas personas distinguen entre el caso fortuito y la fuerza mayor, pero la mayoría los utiliza como sinónimos. Cuando el hecho de un tercero no está referido a una persona en particular, con frecuencia se le califica también como caso fortuito o fuerza mayor. Lo relevante, para que haya una causa extraña no imputable, es que se trate de problemas que imposibiliten el cumplimiento, o sea, que no se trate de un evento que sólo complica el cumplimiento, haciéndolo más oneroso.

⁶ Sheraldine Pinto Ontiveros, “Contrato plurilateral, Joint Venture, contratos enlazados y cláusula de fuerza mayor: Breves notas sobre varias problemáticas del Derecho Contractual en homenaje a un gran jurista”, en *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, N° 13, 2020. Disponible en: <http://rvlj.com.ve/wp-content/uploads/2020/06/RVLJ-13-II-701-727.pdf>, consultado en fecha 20 de julio de 2022.

⁷ Juan José Figueroa Torres, *ob. cit.*, p. 187.

En general, el deudor es exonerado de responsabilidad porque la causa extraña no imputable le impide cumplir. Para que haya tal impedimento, se requiere de un evento que, además de ser sobrevenido, ajeno al deudor e imprevisible, sea inevitable o irresistible. Si bien el que un evento sea sobrevenido e imprevisible se debe determinar tomando como referencia el momento de contratar, la determinación de la inevitabilidad se debe realizar con referencia al momento en que el evento se produjo, causando el daño, igual que sucede con la determinación de la ajenidad al deudor.

Cuando un problema califica como causa extraña no imputable, el deudor no incurre en responsabilidad frente a su acreedor, porque no hay una relación de causalidad entre un hecho del deudor y un daño al acreedor. En efecto, entre las normas en materia de responsabilidad civil, contractual o extracontractual, existe una regla general, según la cual, mediante la prueba de que la causa de un perjuicio es un caso fortuito o de fuerza mayor, el hecho de la víctima o de un tercero, u otra causa extraña no imputable, se desvirtúa la relación de causalidad, que –para que haya responsabilidad– debe unir dicho perjuicio y el hecho atribuido a la persona de quien se reclama responsabilidad, la cual queda, por ende, exonerada. Esta regla general está reflejada en los artículos 1192, 1193 1271 y 1272 del Código Civil. Los dos últimos artículos, que son los relevantes en el ámbito contractual, disponen:

“**Artículo 1.271.-** El deudor será condenado al pago de los daños y perjuicios, tanto por inexecución de la obligación como por retardo en la ejecución, si no prueba que la inexecución o el retardo provienen de una causa extraña que no le sea imputable, aunque de su parte no haya habido mala fe.

Artículo 1.272.- El deudor no está obligado a pagar daños y perjuicios, cuando, a consecuencia de un caso fortuito o de fuerza mayor, ha dejado de dar o de hacer aquello a que estaba obligado o ha ejecutado lo que estaba prohibido”.

Conforme a los artículos antes copiados, en presencia de un caso fortuito o de fuerza mayor, o de alguna otra causa extraña no imputable, no hay incumplimiento, ni por ende responsabilidad. El artículo 1271 versa sobre la causa extraña no imputable, que es el género; y el artículo 1272 versa sobre el caso fortuito o de fuerza mayor, que es una especie dentro de dicho género. Interesa destacar, del artículo 1271, que, como éste se aplica al género, también se aplica a la especie, y que, de acuerdo con el mismo, el deudor tiene la carga de la prueba de la imposibilidad de cumplimiento. Por otro lado, cabe resaltar, con respecto al artículo 1272, que lo allí expresado es razonable aplicarlo a todos los casos de causa extraña no imputable, pues resulta del hecho de que un caso fortuito o de fuerza mayor imposibilita el cumplimiento, lo cual también ocurre en los demás casos de causa extraña no imputable.

Los contratos pueden establecer obligaciones de medio, también llamadas obligaciones generales de prudencia y diligencia; u obligaciones de resultado,

también llamadas obligaciones determinadas. Se incurre en incumplimiento, en el caso de las obligaciones de medio u obligaciones generales de prudencia y diligencia, cuando el deudor incurrió en culpa, es decir, no actuó como “un buen padre de familia”, conforme al citado artículo 1270 del Código Civil. En cambio, en el caso de las obligaciones de resultado u obligaciones determinadas, el incumplimiento se produce porque el deudor no logró la meta prometida, la cual ha de lograr, pues “Las obligaciones deben cumplirse exactamente como han sido contraídas”, de acuerdo con el artículo 1264 del mismo código. Si una obligación contractual, sea de medio o de resultado, es incumplida, el obligado es responsable, pudiendo excusarse alegando y probando un caso fortuito o de fuerza mayor, u otra causa extraña que no le sea imputable. Al respecto, Viney explica lo siguiente: “La doctrina es hoy en día unánime en admitir el principio de la distinción entre obligaciones de medio y obligaciones de resultado... Una jurisprudencia unánime afirma... que el deudor de una obligación de medio no puede ser condenado sino sobre la base de una culpa... En cambio, los tribunales admiten, con la misma constancia, que el deudor de una obligación de resultado puede ser declarado responsable sin que ninguna apreciación sea hecha en relación con su conducta, desde el momento en que es constatada la no realización del resultado previsto, que se confunde casi siempre con el propio daño... Es más, cuando esta prueba es aportada, al deudor de tal obligación no se le permite liberarse probando que actuó con toda diligencia y que su actitud fue irreprochable. Sólo la prueba de una causa extraña imprevisible e irresistible es juzgada como apta para exonerarlo”.⁸

La causa extraña no imputable es un hecho sobrevenido y ajeno al deudor que le impide, según el caso, cumplir una obligación de medio o una obligación de resultado. En estas situaciones, el deudor no incurre en responsabilidad frente a su acreedor. En las obligaciones de medio, el deudor puede defenderse invocando, tanto la ausencia de culpa, como la causa extraña no imputable. En cambio, en las obligaciones de resultado, el deudor sólo puede defenderse invocando la causa extraña no imputable.

Un ejemplo típico de obligación de resultado es la obligación pecuniaria, porque, si ésta es líquida y exigible, el deudor debe entregar el monto prometido. Ahora bien, la obligación pecuniaria tiene la particularidad de que, estrictamente hablando, una causa extraña no imputable es inconcebible, puesto que el dinero es fungible; no tener dinero no excusa la falta de pago; y, si los fondos están disponibles, nunca es imposible hacer una entrega de efectivo, firmar un cheque o realizar una transferencia bancaria (salvo el caso rarísimo y efímero de que se le haya caído la página web a todos los bancos en los que se tenga una cuenta y además éstos estén cerrados, como sucedió con el apagón venezolano de marzo

⁸ Geneviève Viney, *La Responsabilité, Conditions*, Traité de Droit Civil, París, 1982, pp. 634, 636 y 637.

de 2019). Tal como lo indica María Candelaria Domínguez Guillén,⁹ “el dinero que es el género por excelencia no perece. Mal podría alegarse causa extraña no imputable en el cumplimiento de la obligación dineraria; a lo sumo podría generar un retraso no culposo”.

El artículo 1354 del Código Civil dispone que “Quien pida la ejecución de una obligación debe probarla, y quien pretenda que ha sido libertado de ella debe por su parte probar el pago o el hecho que ha producido la extinción de su obligación”. Por efecto de este artículo, en la responsabilidad contractual el acreedor de la obligación (sea ésta de medio o de resultado) sólo tiene la carga de probarla, lo que normalmente resultará del propio contrato. Por su parte, de conformidad con el mismo artículo, el deudor tiene la carga de probar el cumplimiento de tal obligación; es decir, que actuó con prudencia, diligencia o buena intención, en el caso de la obligación de medio (prueba de la ausencia de culpa); o que ejecutó la prestación específica que prometió, en el caso de la obligación de resultado (aquí, la ausencia de culpa es irrelevante). Adicionalmente, en relación con ambos tipos de obligaciones, de acuerdo con el citado artículo 1271 del mismo código, el deudor tiene la carga de demostrar una causa extraña no imputable: caso fortuito o de fuerza mayor, o hecho del príncipe, de la víctima o de un tercero; que destruyan la relación de causalidad entre el incumplimiento que se le imputa y el daño.

Si la causa extraña no imputable es permanente, se extingue la obligación, cuyo cumplimiento es irrealizable de modo definitivo; y, si esta obligación es esencial, se termina el contrato. En cambio, si la causa extraña no imputable es provisional, se suspende el cumplimiento de la obligación, en cuyo caso el contrato sigue vivo, aunque se trate de una obligación esencial. Tal como lo indica Sheraldine Pinto Oliveros,¹⁰ “Si la imposibilidad de cumplimiento es definitiva, la fuerza mayor produce la liberación del deudor de la obligación. Si, en cambio, la imposibilidad de cumplimiento es temporal, el deudor no se libera de la obligación, sino que se suspende el cumplimiento de la obligación hasta que se supere la imposibilidad de cumplimiento, a menos que el acreedor pierda el interés en el cumplimiento de la prestación”. Ahora bien, una causa extraña no imputable provisional, cuyo efecto sería normalmente suspender la ejecución de la obligación afectada, puede ser asimilada a una causa extraña no imputable permanente, en cuyo caso se extingue la obligación, cuando, conforme a lo

⁹ María Candelaria Domínguez Guillén, “La Causa Extraña no Imputable”, en *Libro Homenaje a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales en el Centenario de su Fundación (1915-2015)*, Tomo IV, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2015, p. 2.805.

¹⁰ Sheraldine Pinto Ontiveros, “COVID-19 y Fuerza Mayor en los Contratos”, en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, N° 160, enero-junio 2020, Caracas, 2020, p. 1.476.

explicado por Domínguez Guillén,¹¹ ocurre una “frustración del negocio” por “imposibilidad temporal prolongada”, tomando en consideración “el límite que razonablemente debe tener la espera del acreedor, teniendo en cuenta que puede tener como consecuencia la pérdida del interés del acreedor en la prestación”. Otro caso en el que una causa extraña no imputable provisional puede ser tratada como una causa extraña no imputable permanente es la situación tratada por Figueroa Torres:¹² “Puede suceder que el obstáculo sea temporal, pero que el contrato esté sujeto a un término que se vence antes de que el obstáculo cese, en cuyo caso la obligación también se extingue, si el término era esencial”.

Sheraldine Pinto Oliveros¹³ nos enseña que, “Además de definitiva o temporal, la imposibilidad de cumplimiento podría ser total o parcial. En caso de que sea parcial, el deudor se libera definitiva o temporalmente –según la imposibilidad sea definitiva o temporal– de la obligación en la medida de la imposibilidad de cumplimiento”. Tal como lo indica Domínguez Guillén,¹⁴ “Si el obstáculo es parcial, en principio el deudor debe cumplir con las prestaciones posibles; si el obstáculo es total la obligación se extingue”. Por lo tanto, la causa extraña no imputable libera y exonera de responsabilidad al deudor en la medida en que el incumplimiento sea irrealizable; es decir, lo dispensa en todo o en parte de su obligación, y del pago daños y perjuicios por no cumplirla, dependiendo de que la causa extraña no imputable sea total o parcial, así: (i) si la imposibilidad de cumplimiento sólo afecta una parte de las prestaciones contractuales, el acreedor sólo puede exigir del deudor responsabilidad por incumplimiento de aquello que pudo ser cumplido y no lo fue, de ser éste el caso; o, (ii) si la imposibilidad de cumplimiento es total, el acreedor no puede exigir del deudor ninguna responsabilidad por incumplimiento.

La causa extraña no imputable siempre tiene este efecto exoneratorio de responsabilidad. La causa extraña no imputable puede dar lugar, además, a la terminación del contrato. Para que la causa extraña no imputable dé lugar a la terminación del contrato, se necesita (i) que la obligación afectada por la causa extraña no imputable sea (a) una obligación esencial al contrato, o (b) una obligación cuya falta de cumplimiento genere –en palabras de Guillermo Gorrín Falcón¹⁵– tal “grado de frustración o decepción de los intereses a satisfacer por el

¹¹ María Candelaria Domínguez Guillén, “La Causa Extraña no Imputable”, *ob.cit.*, p. 2.803.

¹² Juan José Figueroa Torres, *ob. cit.*, p. 171.

¹³ Sheraldine Pinto Ontiveros, “COVID-19 y Fuerza Mayor en los Contratos”, *ob. cit.*, p. 1.476.

¹⁴ María Candelaria Domínguez Guillén, “La Causa Extraña no Imputable”, *ob. cit.*, p. 2.804.

¹⁵ Guillermo Gorrín Falcón, “Contribución a la Determinación en Venezuela de la Gravedad del Incumplimiento como Presupuesto para la Resolución del Contrato”,

acreedor”, que el contrato deja de tener razón de ser, por haber dejado de existir la posibilidad de “satisfacción del interés práctico del acreedor decepcionado”;¹⁶ y (ii) que la causa extraña no imputable (a) sea permanente, o (b) sea –en palabras de Domínguez Guillén¹⁷– “indefinida en el tiempo o por un período tan prolongado que frustre el interés del acreedor”.

De manera que pueden presentarse los siguientes escenarios: (i) casos en los cuales la obligación afectada por la causa extraña no imputable no es una obligación esencial, ni es equiparable a una obligación esencial: (a) si el obstáculo impide el cumplimiento temporal y parcialmente, se suspende la obligación en la porción y por el tiempo en que no pueda ser cumplida, y el contrato conserva su vigencia; (b) si el obstáculo impide el cumplimiento temporal y totalmente, se suspende la obligación íntegramente, por el tiempo en que no pueda ser cumplida, y el contrato conserva su vigencia; (c) si el obstáculo impide el cumplimiento parcialmente y de forma definitiva, se extingue la obligación en la porción que no pueda ser cumplida, para siempre, y el resto del contrato conserva su vigencia; y, (d) si el obstáculo impide el cumplimiento de manera definitiva y total, se extingue la obligación íntegramente, para siempre, y el contrato conserva su vigencia; y (ii) casos en los cuales la obligación afectada por la causa extraña no imputable es una obligación esencial, o es equiparable a una obligación esencial: (a) si el obstáculo impide el cumplimiento temporal y parcialmente, se suspende la obligación en la porción y por el tiempo en que no pueda ser cumplida, y el contrato conserva su vigencia, a menos que, por el carácter parcial o el retraso en el cumplimiento, el contrato ya no tenga razón de ser u objetivamente carezca de interés para el acreedor; (b) si el obstáculo impide el cumplimiento temporal y totalmente, se suspende la obligación íntegramente, por el tiempo en que no pueda ser cumplida, y el contrato conserva su vigencia, a menos que, por el retraso en el cumplimiento, el contrato ya no tenga razón de ser u objetivamente carezca de interés para el deudor; (c) si el obstáculo impide el cumplimiento parcialmente y de forma definitiva, se extingue la obligación en la porción que no pueda ser cumplida, para siempre, y el resto del contrato conserva su vigencia, a menos que, por el carácter parcial del cumplimiento, el contrato ya no tenga razón de ser u objetivamente carezca de interés para el deudor; y, (d) si el obstáculo impide el cumplimiento de manera definitiva y total, se extingue la obligación íntegramente y se termina el contrato.

en *Libro Homenaje a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales en el Centenario de su Fundación (1915-2015)*, Tomo IV, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2015, pp. 2.628 y 2.629.

¹⁶ Las palabras de Guillermo Gorrín Falcón están referidas a las obligaciones cuyo incumplimiento es susceptible de ocasionar la resolución de un contrato; pero valen por igual con respecto a las obligaciones cuya imposibilidad de cumplimiento, con motivo de una causa extraña no imputable, es susceptible de ocasionar la terminación de un contrato.

¹⁷ María Candelaria Domínguez Guillén, “La Causa Extraña no Imputable”, *ob. cit.*, p. 2803.

Los artículos 1271 y 1272 del Código Civil, antes citados, son disposiciones supletorias; es decir, por no ser de orden público, se aplican cuando las partes no hayan establecido algo diferente en el contrato. En la práctica, aplicar estos dos artículos puede dar lugar a discusiones, pues no contemplan nada de lo siguiente: (i) una definición de causa extraña no imputable, en general, ni de caso fortuito o de fuerza mayor, en particular; (ii) la notificación del deudor al acreedor relativa a la causa extraña no imputable; (iii) la obligación del deudor de mitigar el daño; ni (iv) los efectos temporales de la exoneración de responsabilidad cuando la causa extraña es temporal.

Por consiguiente, las cláusulas contractuales que regulan la causa extraña no imputable son frecuentes. Suelen ser llamadas “cláusulas de fuerza mayor”, aunque normalmente cubren otros casos de causa extraña no imputable. Los angloparlantes llaman este tipo de cláusula *force majeure clause*. Estas cláusulas tienen sentido para llenar las lagunas del Código Civil, por cuanto usualmente (i) definen de manera bastante amplia la fuerza mayor —o, más bien, la causa extraña no imputable—, y muchas veces incluyen una lista, normalmente enunciativa, de casos (esta lista, al no ser taxativa, puede ser ampliada con casos similares o equivalentes); (ii) exigen una notificación del deudor al acreedor, que indique cuál es la causa extraña no imputable y cuánto se espera que la misma dure, si es temporal; y (iii) exoneran al deudor mientras dure la imposibilidad, es decir, cuando ésta cese, si fuere el caso, el obligado tiene que cumplir.

Además, estas cláusulas a veces establecen (i) la obligación del deudor de mitigar el daño; y (ii) la posibilidad de terminar el contrato, que será necesariamente lo que ocurrirá si la causa extraña no imputable es definitiva e impide totalmente el cumplimiento de una obligación esencial o una obligación equiparable a una obligación esencial.

Salvo que el contrato disponga otra cosa, el acreedor corre con el riesgo de que se produzca una causa extraña no imputable, que libera al deudor. En palabras de José Annicchiarico, “el riesgo de la prestación es siempre del acreedor”; pero “la distribución del «riesgo de la prestación» no corresponde en ningún momento a una regla de orden público, la cual puede ser modificada por las partes. En efecto, nada impide que estas hagan pesar sobre el deudor las consecuencias de la imposibilidad sobrevenida del cumplimiento de la obligación derivada de una causa extraña no imputable”.¹⁸

Ahora bien, si el deudor tiene la obligación de entregarle al acreedor una cosa determinada, se retrasa en dicha entrega y la cosa se destruye o se daña como consecuencia de una causa extraña no imputable, el deudor no es exonerado de responsabilidad. Nos explicamos:

¹⁸ José Annicchiarico, “El riesgo del contrato”, en *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, No 13-I, 2020, pp. 447 y 448. Disponible en: <http://rvlj.com.ve/wp-content/uploads/2020/05/RVLJ-13-427-475.pdf>, consultado en fecha 18 de julio de 2022.

El artículo 1344 del Código Civil dispone que, “cuando una cosa determinada, que constituía el objeto de la obligación, perece... la obligación se extingue”. Ahora bien, muchas veces la transferencia de propiedad de una cosa determinada (obligación de dar) ocurre primero y la entrega de dicha cosa (obligación consecuencial de hacer) ocurre después. Al respecto, el artículo 1161 del Código Civil expresa que, “en los contratos que tienen por objeto la transmisión de la propiedad u otro derecho, la propiedad o derecho se transmiten y se adquieren por efecto del consentimiento legítimamente manifestado; y la cosa queda a riesgo y peligro del adquirente, aunque la tradición no se haya verificado”. Si se trata de una cosa determinada cuya entrega no ha tenido lugar, y si se produce una causa extraña no imputable que destruye o deteriora dicha cosa, entonces, conforme a dicho artículo 1161, el acreedor, como propietario, debe asumir las consecuencias, aunque, en ese momento, la cosa estuviera en poder del deudor, que ya le transmitió la propiedad. Este artículo consagra el principio de que la cosa perece para su dueño (*res perit domino*). Este principio coincide con el efecto exoneratorio de responsabilidad que tiene la causa extraña no imputable. Sin embargo, hay casos excepcionales en los que no se aplica dicho principio, en los cuales el deudor debe reparación por la pérdida o el menoscabo de la cosa, generado por un hecho imprevisible e irresistible, ajeno a él. Veamos:

Una situación en la que excepcionalmente la causa extraña no imputable no exonera de responsabilidad es el caso del deudor en mora que adeuda una cosa determinada y no la puede entregar al acreedor porque dicha cosa pereció por causas ajenas a él, en cuyo caso, por aplicación de la teoría de los riesgos, el deudor moroso es responsable frente al acreedor, conforme al artículo 1344 del Código Civil.¹⁹ En efecto, de acuerdo con este artículo, “Cuando una cosa determinada, que constituía el objeto de la obligación, perece..., la obligación se extingue, si la cosa ha perecido... antes de que haya incurrido en mora”. La carencia de efectos liberatorios de la causa extraña no imputable, en este caso concreto, se justifica porque el deudor incurrió en culpa, al no entregar la cosa a tiempo; su culpa resulta en que no se aplica el principio de que la cosa perece para su dueño. Además, en este caso, si el deudor tuviera algún derecho como consecuencia de que la cosa pereció, por ejemplo, a una indemnización pagadera por un asegurador, este derecho sería transferido al acreedor, conforme al artículo 1345 del Código Civil (*commodum repraesentationis*).²⁰ En efecto, de acuerdo con este último artículo, “Cuando la cosa ha perecido... sin culpa del deudor, los derechos y las acciones que le pertenecían respecto de esta cosa pasan a su acreedor”. Ahora bien, el artículo 1344, antes citado, también establece que el deudor no tiene que restituir el valor de la cosa que pereció, si prueba que “la cosa hubiera perecido igualmente en poder del acreedor, caso de que se le hubiese entregado”.

¹⁹ María Candelaria Domínguez Guillén, “La Causa Extraña no Imputable”, *ob. cit.*, pp. 2.802 y 2.804.

²⁰ *Ibid.*, pp. 2.810 y 2.811.

En este último caso, la causa extraña retoma sus efectos liberatorios y el principio de que la cosa perece para su dueño recibe nuevamente aplicación.

Similarmente, si la cosa determinada no perece totalmente, sino que se deteriora en razón de una causa extraña no imputable, el artículo 1293 del Código Civil establece que el deudor “se libera entregándola en el estado en que se encuentre al tiempo de la entrega”, salvo que “se haya constituido en mora antes de haber sobrevenido los deterioros”. O sea que el deudor moroso responde del deterioro producido por causas ajenas a él ocurridas durante la mora. La justificación es la misma: la culpa del deudor, que no entregó la cosa a tiempo, lo que resulta en que no se aplica el principio de que la cosa perece para su dueño. Cabe preguntarse si este principio retoma vigencia si el deudor prueba que la cosa se hubiera deteriorado igualmente si se la hubiera entregado puntualmente al acreedor. Es posible, en efecto, sostener que, en este caso, la causa extraña retoma sus efectos liberatorios.

Fuera de las situaciones excepcionales en las que, por mandato de los citados artículos 1293 y 1344 del Código Civil, el deudor moroso responde de la pérdida o deterioro de la cosa determinada, aunque tal pérdida o deterioro se deba a causas ajenas a él, tenemos que la causa extraña no imputable libera al deudor.

III. Problemas que complican demasiado el cumplimiento: onerosidad excesiva

Es una contrariedad para cualquier deudor que se le haga casi imposible el cumplimiento en razón de una dificultad imprevisible y ajena a él, y que el acreedor le reclame. La teoría de la imprevisión busca solucionar esto. Ese problema puede darse con respecto a cualquier contrato de ejecución continuada o diferida, o sujeto a condición suspensiva, en el que la mayor onerosidad surja después de la celebración del contrato. Si el desequilibrio excesivo entre las prestaciones existe con respecto a un contrato de ejecución instantánea, o si existe desde que se celebró un contrato de tracto sucesivo o sujeto a un plazo inicial o a una condición suspensiva, no estamos frente a un tema imprevisión, sino un tema de lesión, es decir, no hay, estrictamente hablando, una mayor onerosidad, que es lo que estamos analizando aquí, sino que el deudor se equivocó al celebrar un contrato que no le conviene. José Melich Orsini²¹ explica que “el transcurso de un cierto tiempo sí configura un elemento estructural de la teoría de la imprevisión, en cuanto que la misma se refiere a un cambio de las circunstancias existentes en el momento de la ejecución de la prestación respecto de aquellas que estaban presentes en el momento de la formación del contrato”.

²¹ José Melich Orsini, “La revisión judicial del contrato por onerosidad excesiva”, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso XX*, Valparaíso, Chile, 1999, p. 177. Disponible en: <http://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/view/File/436/409>, consultado en fecha 21 de julio de 2022.

En Venezuela, la teoría de la imprevisión, entendida como una revisión judicial del contrato difícil de cumplir, no es aplicable. En efecto, los artículos 1159 y 1264 del Código Civil establecen lo siguiente:

“**Artículo 1.159.-** Los contratos tienen fuerza de Ley entre las partes. No pueden revocarse sino por mutuo consentimiento o por las causas autorizadas por la Ley”.

“**Artículo 1.264.-** Las obligaciones deben cumplirse exactamente como han sido contraídas. El deudor es responsable de daños y perjuicios, en caso de contravención.”

Además, los artículos 1271 y 1272 del Código Civil, antes citados, exigen un caso fortuito o de fuerza mayor, u otra causa extraña, que imposibiliten el cumplimiento, para excusar al deudor. Conforme a estos últimos artículos, no basta la mayor dificultad, que no es impedimento para que el acreedor obtenga satisfacción.

De modo que hay que cumplir el contrato, como esté, aunque sea más oneroso. Coincidimos con Melich,²² que escribió lo siguiente sobre la revisión del contrato por la autoridad judicial, propugnada por quienes sostienen la teoría de la imprevisión: “Es obvio que esta revisibilidad judicial del contrato se contradice con el contenido del artículo 1159 del Código Civil venezolano, que consagra sin ambages la intangibilidad del contrato por el Juez”, por lo que, “si quienes han celebrado un contrato han satisfecho todos los presupuestos y requisitos legales para que el mismo se perfeccione (poder de disposición, capacidad, consentimiento, ausencia de vicios del consentimiento; objeto claramente determinable, posible lícito y causa lícita), la obligación que él imponga a una de las partes debe ser cumplida “exactamente como ha sido contraída” (según lo enfatiza el artículo 1264 del C.C. venezolano), so pena de que su deudor sea condenado al pago de los daños y perjuicios que le cause al acreedor su incumplimiento, aun parcial, a menos que las propias partes hayan suprimido por un ulterior acuerdo entre ellas (el llamado *mutuus dissensus*) esa inexorabilidad del deber de un cumplimiento exacto; o que la ley lo haya decidido así, p. ej. autorizando” lo siguiente: (i) “la disolución del vínculo asumido en razón del advenimiento de una causa extraña no imputable” (artículos 1271 y 1272 del Código Civil); (ii) la terminación “por voluntad unilateral del propio deudor (como es el caso en el mandato y también en el arrendamiento, en el contrato obras, en el de trabajo, etc.)”; (iii) la “acción de resolución de contrato con obligaciones correspectivas cuando alguna de las partes haya dejado de cumplirlo” (artículo 1167 del Código Civil); (iv) la “acción de nulidad” (artículos 1141, 1142 y 1346 del Código Civil); (v) la acción “de rescisión” (rescisión por lesión bajo el Código Civil, limitada por su artículo 1350, o bajo la Ley Orgánica de Precios Justos, cuyo artículo 60 condena lo que se conoce como usura

²² *Ibíd.*, p. 181.

genérica); o (vi) “cuando se produzca una nueva ley que por razones de orden público le imprima al concreto contrato modificaciones (p. ej.: rebaja forzosa de los alquileres en curso o de los intereses pactados en contratos de préstamos vigentes)”. Tal como lo explica Melich,²³ “A la aceptación de la imprevisión en los contratos de derecho privado se opone el artículo 1159 C.C. venez. que expresa claramente que la eficacia del vínculo que entre sus partes establece un contrato es comparable a la ley, en cuanto que obliga tanto a esas partes como al propio juez a respetarlo a menos que el mismo resulte revocado por el *mutuus dissensus* de sus propios autores o por alguna de las causas autorizadas por la ley. Esta última expresión tiene un significado claramente taxativo. El contrato podrá ser anulado, resuelto, revocado o resiliado sólo con apoyo en un claro mandato legislativo”.

Ahora bien, los artículos 1159, 1264, 1271 y 1272 del Código Civil, antes citados, no son óbice para que el deudor, a quien sin culpa suya se le dificulta en exceso el cumplimiento, le pida al acreedor renegociar el contrato. En este caso, consideramos que los postulados de buena fe y equidad, presentes en el Código Civil, obligan a ambas partes a renegociar el contrato de buena fe, teniendo por miras la equidad, para reestablecer el equilibrio contractual destruido. En efecto, la buena fe y la equidad son dos columnas de nuestro ordenamiento jurídico privado, con rango de principios generales del derecho, que reciben aplicación en numerosas disposiciones del Código Civil. En primer lugar, están los artículos 1146²⁴ y 1154,²⁵ que exigen que quienes proyectan celebrar un contrato actúen sin dolo, es decir, sin mala fe. Adicionalmente, los artículos 1160²⁶ y 1270²⁷ establecen que el contrato debe cumplirse de buena fe y que los contratantes deben comportarse como un buen padre de familia, lo que excluye la mala fe; y el

²³ *Ibid.*, pp. 190 y 191.

²⁴ El artículo 1146 del Código Civil dispone: “Aquel cuyo consentimiento haya sido dado a consecuencia de un error excusable, o arrancado por violencia o sorprendido por dolo, puede pedir la nulidad del contrato”.

²⁵ El artículo 1154 del Código Civil dispone: “El dolo es causa de anulabilidad del contrato, cuando las maquinaciones practicadas por uno de los contratantes o por un tercero, con su conocimiento, han sido tales que sin ellas el otro no hubiera contratado”.

²⁶ El artículo 1160 del Código Civil dispone: “Los contratos deben ejecutarse de buena fe y obligan no solamente a cumplir lo expresado en ellos, sino a todas las consecuencias que se derivan de los mismos contratos, según la equidad, el uso o la Ley”.

²⁷ El artículo 1270 del Código Civil dispone principalmente: “La diligencia que debe ponerse en el cumplimiento de la obligación, sea que ésta tenga por objeto la utilidad de una de las partes o la de ambas, será siempre la de un buen padre de familia”.

artículo 1274²⁸ dispone que el dolo acarrea la reparación de los daños imprevistos al momento de contratar, que normalmente no son indemnizables. Además, la segunda parte del artículo 1185²⁹ expresa que es antijurídico ejercer un derecho – que puede ser un derecho contractual– excediendo los límites impuestos por la buena fe. Por otra parte, el artículo 12 del Código de Procedimiento Civil³⁰ ordena interpretar los contratos conforme a la buena fe. El requisito de buena fe es tan importante, que desborda el ámbito contractual, para derramarse en el campo extracontractual, pues la primera parte del citado artículo 1185³¹ señala que quien intencionalmente, es decir, de mala fe, cause daños, debe repararlos. La culpa es, como regla general, el fundamento de la responsabilidad civil contractual y extracontractual, y es el caso que la mala fe califica como culpa.

En segundo lugar, el Código Civil exige que se cumplan las consecuencias que se derivan de los contratos según la equidad (artículo 1160); todo el sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual, está basado en la idea de preservar el equilibrio patrimonial entre las partes, lo cual es una exigencia de la equidad (artículo 1167, artículos 1185 y siguientes, y artículos 1264 y siguientes), e idéntico postulado informa la consagración legal del enriquecimiento sin causa como fuente de obligaciones (artículo 1184³²). La buena fe y la equidad son dos postulados que abogan a favor de mantener el equilibrio contractual roto por circunstancias sobrevenidas, imprevisibles y ajenas al deudor.

En consecuencia, si el deudor evidencia que el contrato devino casi imposible de cumplir por causas que le son ajenas y no podía prever, y le pide renegociar el contrato, el acreedor está obligado a renegociarlo de buena fe, teniendo en miras la equidad, a fin de reequilibrarlo o al menos de compartir la pérdida. En efecto,

²⁸ El artículo 1274 del Código Civil dispone: “El deudor no queda obligado sino por los daños y perjuicios previstos o que han sido previstos o que han podido preverse al tiempo de la celebración del contrato, cuando la falta de cumplimiento de la obligación no proviene de su dolo”.

²⁹ La segunda parte del artículo 1185 del Código Civil dispone: “Debe... reparación quien haya causado un daño a otro excediendo, en el ejercicio de su derecho, los límites fijados por la buena fe o por el objeto en vista del cual le ha sido conferido ese derecho”.

³⁰ La segunda parte del artículo 12 del Código de Procedimiento Civil dispone: “En la interpretación de contratos o actos que presenten oscuridad, ambigüedad o deficiencia, los jueces se atenderán al propósito y a la intención de las partes o de los otorgantes, teniendo en mira las exigencias de la ley, de la verdad y de la buena fe”.

³¹ El encabezado del artículo 1185 del Código Civil expresa: “El que con intención, o por negligencia o por imprudencia, ha causado un daño a otro, está obligado a repararlo”.

³² El artículo 1184 del Código Civil dispone: “Aquél que se enriquece sin causa en perjuicio de otra persona, está obligado a indemnizarla, dentro del límite de su propio enriquecimiento, de todo lo que aquélla se haya empobrecido”.

si la dificultad excesiva es generada por un evento sobrevenido, externo al deudor e imprevisible, el acreedor debe colaborar en la búsqueda de una solución equitativa, conforme a los principios de buena fe y equidad consagrados en el artículo 1160 del Código Civil y otras disposiciones legales.

Los siguientes autores venezolanos, al comentar los problemas que la teoría de la imprevisión busca solucionar, destacaron que la buena fe y la equidad son dos postulados de nuestro derecho de obligaciones, que hay que tener presentes en estos casos: Luis Felipe Urbaneja;³³ Alfredo Morles Hernández, en los años 2004³⁴ y 2017;³⁵ James Otis Rodner;³⁶ Luciano Lupini Bianchi;³⁷ Domínguez

³³ Luis Felipe Urbaneja, “Conceptos sobre la Teoría de la Imprevisión en los Contratos de Derecho Privado”, *Discurso de Incorporación del Dr. Luis Felipe Urbaneja como Individuo de número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, 27 de octubre de 1972, pp. 17 a 41. Disponible en: <https://www.acienpol.org.ve/wp-content/uploads/2019/09/D-0051-I.pdf>, consultado en fecha 26 de julio de 2022.

³⁴ Alfredo Morles Hernández, *Curso de Derecho Mercantil*, Tomo IV, Los Contratos Mercantiles, UCAB, Caracas, 2004, pp. 2259 y ss.

³⁵ Alfredo Morles Hernández, “El Seguro Dejó de ser un Contrato. La Distorsión del Contrato de Seguro en el Proceso de Transición de Sistemas Económicos”, en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, N° 156, enero-diciembre 2017, Caracas, 2018, p. 515. Disponible en: <https://www.acienpol.org.ve/wp-content/uploads/2021/02/BOLETIN-N%C2%B0-156-ANO-2017.pdf>, consultado en fecha 12 de julio de 2022.

³⁶ James Otis Rodner, “La Teoría de la Imprevisión (Dificultad de Cumplimiento por Excesiva Onerosidad)”, en *El Código Civil Venezolano en los Inicios del Siglo XXI. En Conmemoración del Bicentenario del Código Civil Francés de 1804*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2005, pp. 401 a 449.

³⁷ Luciano Lupini Bianchi, “La Teoría de la Imprevisión en Venezuela”, en *Estudios de Derecho Privado*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2010, pp. 303 a 351.

Guillén, en los años 2017,³⁸ 2021³⁹ y 2022;⁴⁰ Enrique Urdaneta Fontiveros;⁴¹ y Figueroa Torres.⁴²

El primero en hablar del tema fue Urbaneja,⁴³ quien señaló, entre otras cosas, lo siguiente: (i) la buena fe: “Si nos preguntamos qué significa en concreto la frase contenida en el artículo 1.160 del Código Civil cuando dice que “los contratos deben ejecutarse de buena fe”, debemos contestar que la ejecución de buena fe consiste en realizar las prestaciones estipuladas de modo tal que se cumpla de la mejor manera posible la intención de los contratantes, es decir, el propósito que los movió a obligarse. Por la obligación de ejecutar de buena fe lo prometido, cada contratante deberá respetar la intención del otro hasta donde tal intención podía o debía serle conocida en el momento en que contrató... La obligación impuesta por el artículo 1.160 de ejecutar los contratos de buena fe viene a ser antídoto contra una interpretación puramente literal del contrato... Aunque el artículo 1.160 invoca la buena fe como norma para la ejecución del contrato, pero no como criterio de interpretación del mismo, creemos que ello no disminuye la importancia que tiene la buena fe cuando se trata de determinar el contenido de las obligaciones contraídas. En efecto, si admitimos que la obligación de ejecutar de buena fe los contratos consiste en la necesidad de atenerse en esa ejecución a la intención de los contratantes, hemos de admitir, con mayor razón, que la buena fe, por ser derivada de la intención de las partes, ha de ser también factor determinante para fijar el contenido de las obligaciones”; y (ii) la equidad: “Un principio básico originado en la moral y en la equidad, es el de que el riesgo que

³⁸ María Candelaria Domínguez Guillén, Curso de Derecho Civil III – Obligaciones, Caracas, 2017, p. 187. Disponible en: https://revista-aji.com/wp-content/uploads/2020/05/36._M%C2%AA._Candelaria_Dom%C3%ADnguez_pp._378-385.pdf, consultado en fecha 15 de julio de 2022.

³⁹ María Candelaria Domínguez Guillén, “Notas sobre algunas Instituciones del Derecho de Obligaciones tras la Pandemia del Covid-19 (Venezuela)”, en *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, N° 43, Belo Horizonte, enero-abril 2021, p. 143. Disponible en: <https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2021/06/DIR43-09.pdf>, consultado en fecha 15 de julio de 2022.

⁴⁰ María Candelaria Domínguez Guillén, “Buena Fe y Relación Obligatoria”, en *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, No 11, 2018, pp. 63 a 65. Disponible en: <http://rvlj.com.ve/wp-content/uploads/2019/01/RVLJ-11-17-80.pdf>, consultado en fecha 15 de julio de 2022.

⁴¹ Enrique Urdaneta Fontiveros, “Consideraciones Generales sobre la Alteración Sobrevvenida de las Circunstancias Contractuales en el Derecho Comparado”, en *Estudios Jurídicos sobre la Pandemia del Covid-19 y el Decreto de Estado de Alarma en Venezuela*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2020, pp. 407 a 432. Disponible en: <https://www.acienpol.org.ve/wp-content/uploads/2020/08/Academia-Covid-19.pdf>, consultado en fecha 18 de julio de 2022.

⁴² Juan José Figueroa Torres, *ob. cit.*, pp. 178, 180 y 181.

⁴³ Luis Felipe Urbaneja, *ob. cit.*, pp. 17 a 41.

comportan los acontecimientos imprevisibles y extraordinarios, debe ser soportado equitativamente por todos los contratantes. La antigua regla de favorecer sistemáticamente al deudor (*favor debitoris*), está abolida del Derecho moderno por cuanto ya no responde a la realidad económica en el mundo actual; y además, porque carece de eficacia cuando se trata de negocios sinalagmáticos, en donde los contratantes son, a la vez, deudores y acreedores... El concepto de equidad es fuente positiva de derecho en el ordenamiento jurídico venezolano. La aplicación más notable de este concepto la encontramos en el artículo 1.160 del Código Civil que obliga a las partes contratantes a atenerse a las consecuencias que según la equidad deben derivarse de las estipulaciones convenidas”.

En igual sentido, en Hispanoamérica, los chilenos Rodrigo Momberg⁴⁴ y Edison Ramiro Calahorrano Latorre;⁴⁵ los colombianos José F. Chamie,⁴⁶ Javier Andrés Franco Zárate⁴⁷ y Fernando Hinestrosa;⁴⁸ los dominicanos Luis Alberto

⁴⁴ Rodrigo Momberg, “La Revisión del Contrato por las Partes: El Deber de Renegociación como Efecto de la Excesiva Onerosidad Sobrevenida”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 37, N° 1, 2019, p. 67. Disponible en: https://www.academia.edu/5864152/LA_REVISI%C3%93N_DEL_CONTRATO_POR_LAS_PARTES_EL_DEBER_DE_RENEGOCIACI%C3%93N_COMO_EFECTO_DE_LA_EXCESIVA_ONEROSIDAD_SOBREVINIENTE, consultado en fecha 25 de julio de 2022.

⁴⁵ Edison Ramiro Calahorrano Latorre, “Derecho de Contratos y Excepcionalidad: Reparación de Instituciones y Retorno a los Principios en Contexto de Covid-19”, en *Revista de Derecho*, Vol. 9 (II), 2020, pp. 159 a 201. Disponible en: <http://iushumani.org/index.php/iushumani/article/view/231/284>, consultado en fecha 13 de julio de 2022.

⁴⁶ José Félix Chamie, “Equilibrio Contractual y Cooperación entre las Partes”, en *Revista de Derecho Privado*, N° 14, Universidad Externado de Colombia, 2008, p. 117. Disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/552/522>, consultado en fecha 25 de julio de 2022.

⁴⁷ Javier Andrés Franco Zárate, “La Excesiva Onerosidad Sobrevenida en la Contratación Mercantil: una Aproximación desde la Perspectiva de la Jurisdicción Civil en Colombia”, en *Revista de Derecho Privado* N° 23, Universidad Externado de Colombia, diciembre 2012, p. 272. Disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/3309/2959>, consultado en fecha 13 de julio de 2022.

⁴⁸ Fernando Hinestrosa, “Teoría de la imprevisión”, en *Revista de Derecho Privado*, n° 39, 2020, pp. 9 a 29, ISSN: 0123-4366, E-ISSN: 2346-2442. Disponible en: <http://www.scielo.org.co/pdf/rdp/n39/0123-4366-rdp-39-9.pdf>, consultado en fecha 13 de julio de 2022.

Arias García y Romina Figoli,⁴⁹ y el uruguayo Gustavo Ordoqui Castilla⁵⁰ se basaron en los principios de buena fe y equidad para explicar las soluciones a los problemas causados por la mayor onerosidad.

En particular, Gustavo Ordoqui Castilla⁵¹ expresó que Chile, Uruguay y otros países (entre los que se incluye Venezuela) no tienen “un texto expreso sobre la teoría de la imprevisión”; que, “Sin embargo, cuando hemos tenido que afrontar situaciones complejas, hemos –sobre la base de la buena fe– sustentado el criterio de la teoría de la imprevisión no como un aspecto patológico, sino positivo, con los ánimos de reconstruir aquello que se pudo caer o romper, que es el equilibrio contractual”; que “Es con ánimos positivos que actúan las partes y, por eso, se proyecta el deber de la buena fe en su faz activa, en suposiciones como el deber de colaboración para subsanar la situación que se ha de enfrentar –por cierto, sumamente compleja–”; y que “La presencia de la buena fe ante las nuevas circunstancias y necesidades se revitaliza como un principio general básico en el fundamento y la aplicación del deber de renegociar”.

En consecuencia, la buena fe y la equidad son principios orientadores para atender el problema de mayor dificultad, de los que se desprende la obligación de entablar de buena fe una renegociación del contrato, buscando un desenlace equitativo. Esta renegociación puede llevar, dependiendo de las circunstancias, a una solución total del problema del deudor, si el acreedor está dispuesto a ajustar el contrato para no perjudicarlo; o a una solución parcial del problema del deudor, si el acreedor sólo está dispuesto a asumir parte de la pérdida. En efecto, una posible solución, que pocos toman en cuenta, aunque es algo normal en cualquier negociación, es que ambas partes corran juntas con los efectos económicos del cambio de circunstancias. De hecho, Urbaneja⁵² planteó que “Un principio básico originado en la moral y en la equidad, es el de que el riesgo que comportan los acontecimientos imprevisibles y extraordinarios debe ser soportado equitativamente por todos los contratantes”. En el mismo orden de ideas, Sergio García Long⁵³ planteó que, “Si una parte debe asumir un costo excesivo para ejecutar el

⁴⁹ Luis Alberto Arias García y Romina Figoli, “Efectos del COVID-19 en el Cumplimiento de los Contratos: Teoría de la Imprevisión”. Disponible en: <https://acento.com.do/opinion/efectos-del-covid-19-en-el-cumplimiento-de-los-contratos-teoria-de-la-imprevision-8812198.html>, consultado en fecha 13 de julio de 2022.

⁵⁰ Gustavo Ordoqui Castilla, “El Deber de Renegociar el Contrato de Buena Fe en Épocas del COVID-19”, en *Ius et Praxis, Revista de la Facultad de Derecho*, Nos. 50-51, 2019-2020, pp. 31 a 43, ISSN: 2523-6296. Disponible en: https://revistas.ulima.edu.pe/index.php/Ius_et_Praxis/article/download/5029/4876/, consultado en fecha 13 de julio de 2022.

⁵¹ Gustavo Ordoqui Castilla, *ob. cit.*, pp. 31 a 43.

⁵² Luis Felipe Urbaneja, *ob. cit.*, p. 27.

⁵³ Sergio García Long, “El cambio de circunstancias en el derecho de contratos: Desequilibrio económico”, Ponencia presentada en la Pontificia Universidad

contrato, y no existe justificación para que ella asuma tal carga, entonces se (debe) distribuir dicho costo. Esto significa que el contrato se preserva, sea a través de la adaptación o la renegociación” (paréntesis nuestro). Asimismo, Thea Christine Bauer y Mariana Bernal Fandiño⁵⁴ escribieron que “el principio de buena fe integra al contenido del contrato el deber de renegociar las cláusulas pactadas por el acaecimiento de hechos sobrevinientes que provoquen un desajuste o desequilibrio económico en perjuicio de una o ambas partes sin que medie culpa. La solución ideal frente a esta situación siempre será la renegociación, porque son las partes del contrato quienes se encuentran en la mejor posición para regular sus intereses y conocen sus circunstancias particulares para ajustar el contrato poniéndose en el lugar del otro”; pero “¿qué ocurre si una de las partes se niega a negociar o no acepta una propuesta razonable y justa para ambas partes dadas las circunstancias especiales de cada una? Comparto la opinión de quienes consideran que la parte afectada podría pedir indemnización de perjuicios”; además, “están el deber de renegociar de buena fe los ajustes de precios equitativos tras un cambio de circunstancias y el deber general de ejecutar de buena fe el contrato, lo que les permite a las cortes ajustar los términos del contrato de manera que una pérdida inesperada sea compartida por las partes, en vez de recaer en una sola de ellas”. Nótese que estos autores no hablan de sacrificar al acreedor para beneficiar al deudor, sino de que las consecuencias del desequilibrio contractual sean asumidas por ambas partes.

De manera que la renegociación puede ser exitosa, es decir, resultar en un contrato modificatorio del contrato original, que puede solucionar total o parcialmente el problema del deudor; o no exitosa, o sea, no desembocar en ningún acuerdo. Si la renegociación es exitosa, se aplica el contrato modificatorio, conforme al artículo 1133 del Código Civil, según el cual se puede acordar modificar una relación jurídica. En cambio, si las dos partes negociaron de buena fe, sin éxito, el contrato debe aplicarse tal cual está, conforme al artículo 1159 y a la primera parte del artículo 1264 del Código Civil, antes citados, que dan a los contratos fuerza de ley, que limitan su revocación a los supuestos acordados por las partes o autorizados por la ley, y que exigen el cumplimiento de las obligaciones exactamente como se contrajeron. Ahora bien, si el fracaso de la negociación se debe a que una de las partes intentó de buena fe llegar a un convenio equitativo y la otra asumió de mala fe una actitud intransigente no abierta a ninguna posible solución contractual, entonces se produce un incumplimiento por ésta de su obligación de renegociar de buena fe, tomando en cuenta la equidad.

Los artículos 1159, 1264, 1271 y 1272 del Código Civil, antes citados, no son óbice para que, si el acreedor se niega a renegociar o se opone abusivamente

Católica del Perú, en mayo 2019, p. 34. Disponible en: https://www.academia.edu/39602046/El_cambio_de_circunstancias_en_el_derecho_de_contratos_Desequilibrio_econ%20C3%B3mico, consultado en fecha 25 de julio de 2022.

⁵⁴ Thea Christine Bauer y Mariana Bernal Fandiño, *ob. cit.*, pp. 62, 63 y 72.

durante la renegociación a cualquier solución viable, el deudor lo demande para obtener daños y perjuicios. Por el contrario, si una parte incumplió su obligación de negociar de buena fe, teniendo por norte la equidad, ella es responsable de los daños causados a la otra parte, conforme a la segunda parte del artículo 1264 del Código Civil, que responsabiliza al deudor por los daños y perjuicios si contraviene su obligación. En el mismo caso, si el contrato cuyo cumplimiento resulta muy difícil en razón de una mayor onerosidad es un contrato bilateral, entonces el deudor que trató de renegociarlo de buena fe, sin éxito, podría demandar al acreedor de mala fe, para obtener la resolución del contrato, de acuerdo con el artículo 1167 del Código Civil, que dispone: “En el contrato bilateral, si una de las partes no ejecuta su obligación, la otra puede... reclamar judicialmente... la resolución”. Además, si el acreedor rechaza la renegociación o aparenta renegociar torpedeando cualquier resultado, el deudor puede negarse a cumplir, invocando la excepción de incumplimiento del artículo 1168 del Código Civil, que establece: “En los contratos bilaterales, cada contratante puede negarse a ejecutar su obligación si el otro no ejecuta la suya, a menos que se hayan fijado fechas diferentes para la ejecución de las dos obligaciones”.

Para que el incumplimiento de la obligación del acreedor de renegociar de buena fe el contrato, que devino excesivamente oneroso de manera imprevisible y ajena al deudor, pueda dar lugar a una acción legal por daños y perjuicios y eventualmente por resolución del contrato, se necesita que el deudor haya procedido correctamente. En este sentido, el deudor tiene la obligación mitigar los daños, en la medida de lo posible; además, tiene la obligación de suministrar información veraz, completa y debidamente soportada al acreedor. Entonces, si no cumple ambas obligaciones, esta acción legal es improcedente, pues mal puede el deudor que no hizo control de daños ni le avisó al acreedor la mayor dificultad, exigirle que renegocie el contrato y demandarlo imputándole mala fe. Asimismo, sería improcedente la excepción de incumplimiento.

Para intentar una acción por resolución o invocar la excepción de incumplimiento, hay que sortear el escollo de que normalmente se considera que esta acción o excepción presupone que se haya violado una obligación esencial, o al menos una obligación sin cuyo cumplimiento el contrato deja objetivamente de tener interés para el acreedor. Si no se logra sortear este escollo, los daños y perjuicios pueden compensar la onerosidad excesiva sobrevenida. En nuestro criterio, una manera razonable de sortear este escollo es sostener que la obligación de renegociar de buena fe es una obligación esencial o una obligación sin la cual el contrato deja objetivamente de tener interés, lo que pensamos ocurre cuando la obligación que debe ser renegociada de buena fe es, a su vez, una obligación esencial o una obligación sin la cual el contrato deja objetivamente de tener interés.

Si las dos partes negociaron en vano, de buena fe, una reforma contractual, no creemos que sea posible, jurídicamente hablando, pedirle a un juez que modifique el contrato o que lo termine unilateralmente, pues esto es incompatible

con los artículos 1159, 1271 y 1272 y 1264, antes citados, según los cuales el deudor tiene que afrontar la onerosidad excesiva sobrevenida. Además, en un país como Venezuela, con un poder judicial tan cuestionado, es peor el remedio que la enfermedad. Tal como señala Melich,⁵⁵ “El intento de tutelar... un equilibrio de la prestación a ejecutar en el presente con la voluntariamente asumida en el pasado... equivale a dejarlos a la discrecionalidad del juez... Esto hace que la recepción de la doctrina de la imprevisión en un determinado Estado se nos exhiba como una temeridad mientras no se posea una absoluta confianza en la idoneidad técnica y corrección moral de los integrantes de su concreto Poder Judicial”. No sólo hace falta idoneidad técnica y corrección moral, sino también se necesita que los jueces tengan la capacidad de dar una respuesta rápida.

No pudiendo el juez modificar el contrato ni terminarlo unilateralmente, la renegociación sólo termina siendo útil, para el deudor cuyo cumplimiento se complicó, (i) si ambas partes logran un acuerdo, que alivie la situación del obligado; o (ii) si, no lográndose tal acuerdo, el deudor puede probar que el acreedor actuó de mala fe en las negociaciones, incurriendo en responsabilidad civil.

Existiendo los citados artículos 1159, 1264, 1271 y 1272, de los que se desprende que no es posible, ante una mera dificultad, la modificación judicial del contrato ni su terminación judicial sin que medie incumplimiento, tenemos que una disposición contractual que establezca un régimen distinto del establecido en dichos artículos tiene que ser expresa. Por lo tanto, no cabe considerar que los contratos contienen una cláusula tácita que establece una solución diferente de la que se desprende de dichos artículos, lo que descarta la voluntad implícita de las partes de que un juez pueda modificar el contrato sin su mutuo consentimiento, o que pueda ponerle fin sin que ninguna de ellas lo haya incumplido, so pretexto de una dificultad excesiva. En efecto, una cláusula tácita o voluntad implícita no puede contrariar normas legales, aunque sean supletorias, las cuales sólo pueden ser desechadas mediante cláusulas expresas. Los citados artículos 1159, 1264, 1271 y 1272 son expresiones legales del viejo adagio *pacta sunt servanda* (los pactos han de cumplirse), así que la cláusula *rebus sic stantibus* (mientras las cosas estén así) sólo tiene cabida, en el ámbito de los códigos civil y de comercio, si las partes la incluyeron expresamente en el contrato. A falta de cláusula expresa, la buena fe impone renegociar el contrato, más nada. Si la renegociación no es exitosa, el contrato debe aplicarse tal cual está. Sin embargo, si el fracaso de la renegociación se debe a que una de las partes no actuó de buena fe, esta parte incurre en responsabilidad civil. Ciertamente, los tribunales venezolanos no están facultados para modificar los contratos; y sólo pueden declarar su suspensión o su terminación, en los casos en los que la ley lo contempla (principalmente, artículos 1167 y 1168 del Código Civil).

⁵⁵ José Melich Orsini, *ob. cit.*, p. 181.

El ámbito de la teoría de la imprevisión, y también el de la solución que aquí promovemos, es (i) el contrato bilateral, pues se trata de corregir el desequilibrio sobrevenido en las prestaciones recíprocas entre las partes, salvo, tal como señala Melich,⁵⁶ “los contratos unilaterales onerosos... cuando alguno de sus protagonistas pueda resultar enriquecido a expensas de su contraparte”, en cuyo caso, dado que “no cabe confrontación de la obligación de una parte con la de la otra” y dado que “se trata sólo de reducir o de incrementar la obligación del único deudor, la onerosidad excesiva se determinará confrontando la prestación originaria con la que se debe en el momento del cumplimiento”; (ii) el contrato conmutativo, porque lo propio de los contratos aleatorios es que la prestación de una de las partes depende del azar o casualidad, con la salvedad indicada por Melich,⁵⁷ de que “la causa que ha producido la perturbación del álea tomada en cuenta por las partes se deba a una causa totalmente irreconducible al álea en sí misma considerada”, como lo establecen los “códigos civiles de Argentina y de Perú cuando hablan del caso en que “la excesiva onerosidad se produce por causas extrañas al riesgo propio del contrato””; y (iii) los contratos en los cual una parte realizó un negocio asumiendo ciertos riesgos, con la esperanza de que éstos no se materializaran y eventualmente obtener una ganancia, porque la teoría de la imprevisión no fue ideada para, en palabras de Melich,⁵⁸ “oscilaciones de valor causadas por las fluctuaciones ordinarias del concreto mercado, así como aquellas oscilaciones de valor generadas por la inflación monetaria cuando por la naturaleza del concreto contrato deba entenderse que las partes han asumido tal riesgo”.

En conclusión, hay un intenso debate doctrinario sobre cómo solucionar el problema que nos ocupa; pero, en la opinión de María Candelaria Rodríguez Guillén⁵⁹ y la nuestra,⁶⁰ existe consenso en cuanto a que la buena fe es un postulado contractual conforme al cual la dificultad excesiva sobrevenida obliga a las partes a renegociar el contrato, para tratar de reequilibrar el equilibrio gravemente roto. Esto es congruente con el respeto a la equidad, como elemento que informa las relaciones entre los particulares. A nuestro juicio, un corolario de

⁵⁶ *Ibíd.*, p. 180.

⁵⁷ *Ibíd.*, p. 177.

⁵⁸ *Ibíd.*, pp. 175 y 177.

⁵⁹ María Candelaria Domínguez Guillén, “Notas sobre algunas Instituciones del Derecho de Obligaciones tras la Pandemia del Covid-19”, *ob. cit.*, p. 143. Disponible en: <https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2021/06/DIR43-09.pdf>, consultado en fecha 15 de julio de 2022.

⁶⁰ Carlos Eduardo Acedo Sucre, “Covid-19, fuerza mayor e imprevisión en los contratos”, en *Estudios Jurídicos sobre la Pandemia del Covid-19 y el Decreto de Estado de Alarma en Venezuela*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2020, p. 443. Disponible en: <https://www.acienpol.org.ve/wp-content/uploads/2020/08/Academia-Covid-19.pdf>, consultado en fecha 7 de julio de 2022.

lo anterior es que, si el acreedor incumple esta obligación, es decir, se niega a renegociar o renegocia frustrando cualquier acuerdo razonable, entonces el deudor puede exigirle el pago de daños y perjuicios, y, si se trata de un contrato bilateral, demandar su resolución e invocar la excepción de incumplimiento.

El contrato de obras es un caso aparte, pues, tal como lo señala Figueroa Torres,⁶¹ (i) “el contrato de obras es uno de los pocos convenios que concede a una de las partes la posibilidad de revocación unilateral: al comitente se le concede la potestad de desistir de la obra (artículo 1639 del Código Civil), en cuyo caso tiene que pagar al contratista los gastos, trabajo y la utilidad”; y (ii) “el artículo 1638 del Código civil” establece que “Cuando un arquitecto o un empresario se han encargado de construir un edificio a destajo, conforme a un plano convenido con el propietario del suelo, no pueden pedir ningún aumento del precio, ni bajo pretexto de que el precio de la obra de mano o de los materiales han aumentado, ni bajo pretexto de que se han hecho al plano cambios o aumentos, si estos cambios o aumentos no han sido autorizados por escrito y al precio convenido con el propietario”; lo cual constituye “un caso donde expresamente se prohíbe la imprevisión”.

IV. Comentarios sobre la teoría de la imprevisión

De acuerdo con lo explicado, opinamos que el incumplimiento de la obligación de renegociar de buena fe, para tratar buscar una solución de equidad frente al contrato desequilibrado en extremo por la mayor onerosidad, conlleva la posibilidad de que el deudor se niegue a cumplir, sea indemnizado y hasta termine el contrato con el acreedor de mala fe. Pero muchos van más allá, al afirmar que, si esta renegociación, por la razón que sea, no es exitosa, el deudor también puede acudir a un juez para que éste modifique el contrato e incluso eventualmente lo declare terminado, sin necesidad de que haya ningún incumplimiento del acreedor. Esto nos parece muy discutible. Nos explicamos:

En Venezuela, el tema de la mayor onerosidad, que complica, sin imposibilitarlo, el cumplimiento, no está regulado en el Código Civil, de cuyas disposiciones, como vimos, se desprende, más bien, que sólo la imposibilidad libera y que los contratos hay que cumplirlos como están. Esta materia tampoco fue regulada en el Código Civil francés de 1804 –Código Napoleón–, que sirvió de inspiración a los codificadores civiles venezolanos. Este asunto fue tratado por primera vez en una decisión dictada el 30 de marzo de 1916 por el Consejo de Estado francés.⁶² Los antecedentes de dicha decisión son que, como consecuencia del control alemán, durante la primera guerra mundial, de importantes zonas productoras de carbón, el precio de éste sufrió un incremento significativo y

⁶¹ Juan José Figueroa Torres, *ob. cit.*, pp. 177 y 185.

⁶² Disponible en: <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000007629465/>, consultado en fecha 13 de julio de 2022.

anormal en Francia; y el carbón era la materia prima utilizada por la Compañía General de Iluminación de Burdeos para el suministro de gas a la ciudad de Burdeos, cuyo contrato de concesión fue suscrito antes de la guerra. El Consejo de Estado francés declaró que la Compañía General de Iluminación de Burdeos, como concesionaria, y la ciudad de Burdeos, como concedente de la concesión, debían renegociar el precio del contrato de concesión, en razón del aumento en la materia prima; y que, si aquella compañía y esta ciudad no se lograban poner de acuerdo en esa renegociación, el Consejo de la Prefectura fijaría la indemnización que tendría que ser pagada a la concesionaria por la concedente con motivo de dicho aumento. Esto equivale a decir que, si se rompe de manera importante e inesperada el equilibrio entre las prestaciones contractuales, las partes deben renegociar, y, si la renegociación no es exitosa, la autoridad puede modificar lo pactado. Esto fue llamado teoría de la imprevisión. Esta teoría no fue aplicada en el ámbito del Derecho Civil, sino en el ámbito del Derecho Administrativo. Ahora bien, esta teoría fue consagrada en el artículo 1195 de la reforma del Código Civil francés del año 2016,⁶³ que atribuyó a los tribunales la facultad de modificar los contratos; y también eventualmente de terminarlos, aunque no medie incumplimiento. De hecho, entre las facultades que dicho artículo 1195 le da ahora al juez francés, está “revisar el contrato” –*reviser le contrat*–, o inclusive “poner fin” –*mettre fin*– al contrato. De manera que, si no se logra renegociar el contrato en el que se produjo la ruptura del equilibrio contractual, procede reformarlo por decisión de una autoridad administrativa o judicial, o, incluso, que dicha autoridad termine el contrato.

Con el tema de la teoría de la imprevisión, puede haber un asunto semántico; creemos que se debe definir esta teoría en términos estrictos. Esta teoría empezó en Francia, con una decisión del Consejo de Estado que ordenó que, si la renegociación de un contrato para reequilibrar las prestaciones correspondientes no tenía éxito, la autoridad podía modificar lo convenido. El nuevo artículo 1195 del Código Civil francés acogió esto, agregando que la autoridad también puede terminar el contrato. Entonces, desde 1916, con su primer esbozo en Francia, hasta 2016, con su consagración en el Código Civil francés, esta teoría siempre ha promovido reformar el contrato sin el acuerdo de ambas partes. No estamos de acuerdo con la teoría de la imprevisión, entendida como la facultad de un funcionario gubernamental o judicial para cambiar lo acordado. Por un lado, nos parece que el gobierno y los jueces deben respetar la voluntad expresada por los particulares; y, por otro lado, nos parece que, así conforme es contrario a la equidad que el deudor sea perjudicado por un cambio de circunstancias, también es contrario a la equidad que dicho perjuicio sea transferido siempre íntegramente al acreedor, sin consentimiento de este último. Implementar un modelo en el que se sacrifica sistemáticamente al acreedor para beneficiar al deudor, cuando a éste

⁶³ Disponible en: https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006070721/LEGISCTA000032009282/#LEGISCTA000032009282. Consultado en fecha 15 de julio de 2022.

se le hace muy difícil –mas no imposible– cumplir un contrato por circunstancias imprevisibles ajenas a él, pasa por alto que, a largo plazo, esto puede afectar adversamente a todos los deudores y al buen desenvolvimiento de la economía. El chileno Ernesto Vargas-Weil⁶⁴ planteó esto último, en los siguientes términos:

“El análisis jurídico tradicional tiende a ver la fuerza obligatoria del contrato como una institución que opera en beneficio del acreedor, olvidando que, desde un punto de vista dinámico, quien tiene interés en proveer certeza de que cumplirá con sus obligaciones es el deudor. Si un potencial deudor no logra convencer a su contraparte de que va a cumplir con sus obligaciones, existe una buena opción de que ese contrato nunca llegue a celebrarse. De esta forma, la fuerza obligatoria del contrato también beneficia al deudor, por la vía de dar credibilidad a su promesa. Esa confianza descansa, en última medida, en que el Estado va a forzar al deudor a cumplir. De hecho, partes que celebran contratos internacionales complejos suelen preferir jurisdicciones más estrictas y formalistas (por ejemplo, Nueva York o Inglaterra) por sobre aquellas con mayor flexibilidad (como California). Por ello, una ley de excepción que afecte obligaciones en curso implica *per se* un riesgo de erosión al principio de la fuerza obligatoria de los contratos: en lo inmediato arriesga conculcar los derechos de los acreedores, y a la larga, puede restar credibilidad a futuros potenciales deudores... Introducir la teoría de la imprevisión en Chile significaría un cambio de paradigma mayor para nuestro derecho civil. En materia patrimonial, tal vez, el más importante desde la entrada en vigor del *Código Civil*. Una reforma de este tipo pondría en juego la base esencial del derecho de contratos, por lo que no podría dejar espacio para errores”.

En cualquier caso, la jurisprudencia de la Sala de Casación del Tribunal Supremo de Justicia venezolano no parece haberse pronunciado ni a favor ni en contra de la teoría de la imprevisión.⁶⁵ Este silencio no es raro, porque dicha Sala aparentemente cree que esa teoría se aplica cuando ocurre un “suceso imprevisto o imprevisible y al propio tiempo inevitable”.⁶⁶

⁶⁴ Ernesto Vargas-Weil, “Imprevisión y Covid-19: sobre el Rol de los Tribunales y la Ley en Tiempos de Crisis”, en *Revista chilena de derecho privado*, No. 37, Santiago, dic. 2021, versión On-line ISSN: 0718-8072 RChDP. Disponible en: https://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-80722021000200161&script=sci_arttext, consultado en fecha 22 de julio de 2022.

⁶⁵ Claudia Madrid Martínez, *ob. cit.*, pp. 33 y 34.

⁶⁶ Sala de Casación del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia No. 00417 del 12 de agosto de 2011. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/agosto/RC.000417-12811-2011-09-601.HTML>, consultado en fecha 20 de julio de 2022.

Lo cierto es que la inevitabilidad o irresistibilidad caracteriza la causa extraña no imputable, que es una figura distinta de la mayor onerosidad, que es la base de esa teoría.

Ahora bien, la teoría de la imprevisión fue acogida en Venezuela por Urbaneja, Morles, Rodner y Lupini, todos individuos de número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

En primer lugar, Urbaneja⁶⁷ planteó lo que sigue: (i) la buena fe: “La obligación de actuar de buena fe, consagrada en el artículo 1.160 del Código Civil es... una base de sustentación de la teoría de la imprevisión... Consideramos que en todo caso de excesiva onerosidad producida por sucesos extraordinarios e imprevisibles se puede invocar que el acreedor ha excedido en el ejercicio de su derecho los límites fijados por la buena fe. En efecto,... la buena fe obliga al acreedor a no exigir prestación alguna que esté fuera de lo realmente querido por las partes, y para cuya determinación habrá que tomar en cuenta las circunstancias que objetivamente consideradas debieron de actuar como causas determinantes del consentimiento”; (ii) la equidad: “Lo extraordinario y lo imprevisible son el cimiento de la teoría de la imprevisión como institución de equidad”; (iii) la buena fe y la equidad como fundamentos de la teoría de la imprevisión: “Comparemos los dos principios, el de la equidad y el de la buena fe, en cuanto justifican ambos la teoría de la imprevisión. La equidad vincula con el aspecto objetivo de la teoría: equivalencia de las prestaciones, función social y económica del contrato. El principio de la buena fe apunta al aspecto subjetivo: el respeto a la intención de los contratantes, el acatamiento del dogma de la voluntad contractual... La construcción que proponemos se funda directamente en el texto del artículo 1.160 mediante el recurso técnico de aplicar el concepto de ejecución del contrato no solamente al deudor que cumple una prestación, sino también al acreedor que la exige”; (iv) la función social del contrato: “Desde el momento en que el contrato se convierte, por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, en gravemente perjudicial para el patrimonio de uno de los contratantes, deja de ser instrumento de un intercambio económicamente saludable, y por lo tanto, deja de cumplir su función social, que consiste en fomentar el desarrollo patrimonial de los contratantes”; (v) el fundamento de la teoría de la imprevisión: “La teoría de la imprevisión se basa en sólidos pilares del ordenamiento jurídico, como lo son la buena fe, la equidad, la función económica y social del contrato”; (vi) el consentimiento: “no puede cubrirse con el manto del consentimiento ninguna situación que no podía conocerse en el momento de contratar”, y “Sería necesario para ello que el deudor hubiera convenido expresamente en asumir los riesgos de lo imprevisible, pudiendo incluir en ello la excesiva onerosidad, la extrema dificultad, o la ruinosa gravosidad... el acto de voluntad por el cual el deudor consiente en realizar una prestación, no puede separarse del contexto de circunstancias reinantes para el momento de celebrar la convención, y que eran

⁶⁷ Luis Felipe Urbaneja, *ob. cit.*, pp. 17 a 41.

conocidas por todas las partes contratantes”; (vi) la justicia: “si exigir al deudor que ejecute lo que ha prometido es un acto de justicia, por argumento a contrario resulta injusto exigirle que ejecute una prestación que, por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, se ha convertido en una cosa distinta de la convenida”; y (vii) la irrelevancia de la ausencia de una norma expresa: “la posibilidad” de que un juez aplique la teoría de la imprevisión, a pesar de no existir una norma en el ordenamiento jurídico venezolano que lo autorice expresamente, “existe. Hay ciertos principios que están reconocidos en el ordenamiento jurídico por medio de normas positivas, y ellos permiten al juez aplicar la teoría de la imprevisión sin incurrir en ilegalidad. Consideramos que el magistrado no solamente puede sino que debe hacerlo, porque el dinamismo de los fenómenos económicos actuales y las mayores repercusiones que tienen en la sociedad contemporánea los acontecimientos políticos y sociales, hacen necesaria la aplicación de la teoría... La teoría de la imprevisión... se ha convertido en una institución moderna... Ella surge de... la buena fe, la equidad... De allí surge la necesidad... de que los contratos, y su modo de ejecución, aparezcan ante la conciencia pública como moralmente respetables. A satisfacerla apunta la teoría de la imprevisión, puesto que se erige en baluarte de la equidad y de la buena fe, evita el abuso del Derecho, y mantiene el contrato dentro de su función social y económica”.

En segundo lugar, Morles escribió, (i) en una de sus obras,⁶⁸ que “Proclamar como regla absoluta la intangibilidad de los contratos equivale a reclamar la aplicación del derecho sin equidad... Por otra parte, reducir la buena fe a su dimensión literal venezolana de regla para la fase de la *ejecución* del contrato del artículo 1.160, es una idea hace tiempo abandonada... El contrato... se ha de interpretar de modo razonable... comprende lo equitativo... y lo ajustado a la buena fe... Una solución no puede depender del escueto examen del lenguaje contractual y de las normas del derecho positivo, sino del adecuado manejo de las reglas de interpretación... los contratos de construcción, los contratos de suministro a largo plazo y los contratos en los cuales la contraprestación de una de las partes deja de tener significación... ¿Se les aplica sin más la regla de la intangibilidad de los contratos?... El Juez no puede permitir un resultado de tal naturaleza”; (ii) en otra de sus obras,⁶⁹ que “La buena fe es un concepto cuya progresiva elaboración y aplicación ha permitido que en su nombre se moderen los deberes, obligaciones y derechos de los contratantes, se equilibren las

⁶⁸ Alfredo Morles Hernández, *Curso de Derecho Mercantil*, Tomo IV, *ob. cit.*, pp. 2259, 2260, 267 y 268.

⁶⁹ Alfredo Morles Hernández, “El Seguro Dejó de ser un Contrato. La Distorsión del Contrato de Seguro en el Proceso de Transición de Sistemas Económicos”, en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, N° 156, enero-diciembre 2017, Caracas, 2018, p. 515. Disponible en: <https://www.acienpol.org.ve/wp-content/uploads/2021/02/BOLETIN-N%C2%B0-156-ANO-2017.pdf>, consultado en fecha 12 de julio de 2022.

prestaciones, se observe la equidad”, y que “la buena fe ha contribuido a la construcción de la teoría de los débiles jurídicos y se ha invocado con fuerza, aunque con éxito muy relativo, en las situaciones en las cuales se invoca la teoría de la imprevisión”; y, (iii) en otra de sus obras,⁷⁰ que “El Principio *pacta sunt servanda* no es absoluto”, que “La alteración sustancial el contrato como consecuencia de un cambio de circunstancias es un supuesto prácticamente universal del derecho de los contratos”, y que “parece recomendable que los jueces acudan a una ponderación de los principios opuestos de intangibilidad del contrato y aplicación de la buena fe, caso por caso, tal como ocurre cuando se produce colisión de los principios constitucionales, para que el juez postergue la aplicación de uno o de otro según resulte conveniente”.

En tercer lugar, Rodner⁷¹ afirmó: (i) “Urbaneja sostiene que en Venezuela no existe impedimento legal para la aplicación de la teoría de la imprevisión para modificar o alterar las prestaciones de un contrato, sin incurrir por ello en ilegalidad. Recientemente, se pronuncia igualmente a favor de la imprevisión Morles, basado sobre un fundamento de equidad, que incorpora un elemento ético social que obliga a mantener un intercambio equilibrado”; (ii) “consideramos que el argumento que mejor encuadra para la aplicación de la imprevisión, es el concepto de la buena fe. Cuando un contrato o el cumplimiento de ciertas prestaciones, se hace excesivamente oneroso para una de las partes, la aplicación de la buena fe (C.C. Ven., artículo 1160) atenuaría el rigor del cumplimiento... La buena fe, como argumento para la ejecución de las obligaciones contractuales, parece estar más acorde con el efecto social y económico que busca la aplicación de la teoría de la imprevisión”; y (iii) “Venezuela no tiene norma de derecho positivo interno que prevea la terminación o alteración del contrato por dificultad o excesiva onerosidad sobrevenida... a pesar de esta ausencia de disposiciones legales, la doctrina venezolana ha previsto la posibilidad de aplicar la teoría de la imprevisión en Venezuela”.

En cuarto lugar, Lupini⁷² expuso: (i) “no resulta explicable, conforme a parámetros racionales, ni conforme a los principios de la buena fe y de la equidad, a los que alude el citado artículo 1160, que por virtud de unas circunstancias extraordinarias y no previstas al momento de la celebración del contrato (y cuando no pueda decirse que el riesgo de las variaciones haya sido asumido expresamente por el deudor), el acreedor de la obligación cuyo cumplimiento se ha vuelto asfixiante para la otra parte, obtenga un provecho no previsto e indebido o unas

⁷⁰ Alfredo Morles Hernández, “La Teoría de la Imprevisión en el Derecho Privado: las Crisis Económicas como Supuestos de Revisión del Contrato”, en *Libro Homenaje a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales en el Centenario de su Fundación (1915-2015)*, Tomo IV, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2015, pp. 2430 y 2431.

⁷¹ James Otis Rodner, *ob. cit.*, pp. 401 a 449.

⁷² Luciano Lupini Bianchi, *ob. cit.*, pp. 303 a 351.

ventajas económicas exorbitantes, respecto al equilibrio económico del contrato originalmente contemplado y a las ventajas razonables por él esperadas”; (ii) “resulta claro que el principio de la buena fe como elemento normativo que rige la conducta de las partes en la fase de ejecución del contrato pareciera ser el argumento más contundente, en términos generales, para justificar la aplicación de la teoría de la imprevisión en el derecho venezolano... En los últimos veinticinco años, se ha venido asistiendo a una revalorización del principio de la buena fe a una interpretación distinta de los deberes que del mismo se desprenden a cargo de las partes, en la fase de ejecución del contrato, a nivel mundial”; (iii) “En el sentido objetivo la buena fe se nos manifiesta como una regla de conducta que se refiere a un modo de proceder; a la concreción normativa de la exigencia de un comportamiento honesto, leal, correcto... En conexión con la función del principio de la buena fe en el derecho contractual moderno, se ha hablado de su función integradora... de su función normativa... las partes deben comportarse conforme a la buena fe en todas las fases de formación y ejecución del contrato... El aludido principio de la buena fe, en sentido objetivo, ha adquirido entonces relevante importancia como instrumento corrector e integrador de la voluntad de las partes, frente a situaciones de desequilibrio y de injusticia en el contrato... es precisamente el principio de la buena fe, como lo hemos visto, en el que se funda preferentemente la teoría de la imprevisión, tanto en los países que carecen de texto legal expreso que autorice al juez a intervenir y a revisar el contrato en caso de excesiva generosidad (*rectius*: onerosidad) sobrevenida, como en aquellos que sí cuentan con dicha norma”; y (iv) “En definitiva, si se quiere fundar en Venezuela con base al principio de la buena fe a la teoría de la imprevisión, el remedio posible para el deudor afectado, cuando el acreedor se niegue a renegociar el contrato, es que suspenda la ejecución e intente una acción dirigida a obtener la revisión del contrato”.

Asimismo, María Candelaria Domínguez, señaló, (i) en una de sus obras,⁷³ que “La teoría de la imprevisión o dificultad de cumplimiento por onerosidad excesiva parte de la idea, de que no obstante la intangibilidad del contrato, la equivalencia de las prestaciones debe mantenerse en el curso de la vida contractual. De sobrevenir una circunstancia o evento subsumible por sus caracteres en la figura bajo análisis, se impone una revisión del contrato con base al equilibrio contractual, la justicia y la buena fe, entre otros”; (ii) en otra de sus obras,⁷⁴ que “La «teoría de la imprevisión» o dificultad de cumplimiento por onerosidad excesiva tiende a recomendar la revisión del contrato con fundamento en el deber de buena fe de las partes, amén del equilibrio contractual y la justicia, entre otros, pues la buena fe impone tener en cuenta el cambio de circunstancias. La buena fe es el principio que mejor justificaría la procedencia de la imprevisión,

⁷³ María Candelaria Domínguez Guillén, Curso de Derecho Civil III – Obligaciones, *ob. cit.*, p. 187.

⁷⁴ María Candelaria Domínguez Guillén, “Buena Fe y Relación Obligatoria”, *ob. cit.*, pp. 63 a 65.

llegándose inclusive a admitir la posibilidad de la resolución contractual... En mérito a la equidad y a la buena fe que deben imperar en la ejecución de los contratos, nadie puede imponer que sea justo que el acreedor exija una prestación que supone un sacrificio exagerado... De allí que se admita que ante la imprevisión se impone salvar la vida del contrato mediante su modificación, revisión y excepcionalmente –inclusive– su extinción. Así, la buena fe impone moderación en la exigencia de una obligación cuando median determinadas circunstancias graves y excepcionales. Del límite de la buena fe se aparta el contratante que, abusando de su derecho, exigiera a la otra un sacrificio más allá de la medida implícita en la propia economía del contrato. Por lo que no pareciera a tono con lo dicho pretender que la buena fe es en una virtud consistente en el cumplimiento de la palabra dada y en la observancia de los contratos, porque, precisamente, el sentido de buena fe asociado a la justicia impone la revisión de ello”; (iii) en otra de sus obras,⁷⁵ que, “aunque no esté prevista expresamente en la ley venezolana, se admite la teoría de la imprevisión o dificultad de cumplimiento por excesiva onerosidad, cuando un evento posterior e imprevisible hace extremadamente gravoso, aunque no imposible el cumplimiento de la obligación, en cuyo caso se impone, con base en la buena fe, la justicia y la equidad, el deber de renegociar el contrato”; y, (iv) en otra de sus obras,⁷⁶ que, “ante la falta de previsión legislativa en el ordenamiento venezolano, se admite que las partes de mutuo acuerdo están obligadas con base al principio de la buena fe y la justicia a renegociar el contrato. Y a falta de ello, aunque algunos se muestran esquivos, el Juzgador podría intervenir a los efectos de la revisión o modificación del contrato, por vía inclusive de acción resolutoria”.

En el mismo orden de ideas, Figueroa Torres⁷⁷ expresó que, “En contraposición al anterior principio de *pacta sunt servanda*, está el que sostiene la imprevisión, resumido en la frase *rebus sic stantibus*, según el cual pueden cambiar los términos contractuales si cambian sustancialmente las condiciones económicas, en comparación a lo pactado y en relación a la mayor onerosidad que implica para las partes o para una de ellas, cumplir sus obligaciones contractuales como inicialmente fueron pactadas”; que “Este principio está contenido implícitamente en el mandato contenido en el artículo 1160 del Código Civil”, según el cual “Los contratos deben ejecutarse de buena fe y obligan no solamente

⁷⁵ María Candelaria Domínguez Guillén, “Pandemia: Al Rescate de la Buena Fe en el Cumplimiento de las Obligaciones”, en *Actualidad Jurídica Iberoamericana* N° 12 bis, mayo 2020, p. 381, ISSN: 2386-4567. Disponible en: http://www.revista-aji.com/wp-content/uploads/2020/05/36_M%C2%AA_Candelaria_Dom%C3%ADnguez_pp_378-385.pdf, consultado en fecha 15 de julio de 2022.

⁷⁶ María Candelaria Domínguez Guillén, “Notas sobre algunas Instituciones del Derecho de Obligaciones tras la Pandemia del Covid-19 (Venezuela)”, *ob. cit.*, p. 143.

⁷⁷ Juan José Figueroa Torres, *ob. cit.*, pp. 178, 180 y 181.

a cumplir lo expresado en ellos, sino a todas las consecuencias que se derivan de los mismos contratos, según la equidad, el uso o la Ley”; que, “Siguiendo la tesis de Urbaneja, nuestra opinión es que el título jurídico que habilita a un juez para resolver un asunto sobre la imprevisión es el artículo 1160 del Código Civil”; que “el justiciable puede pretender la terminación del contrato o la exigencia de modificación de las contraprestaciones para equilibrarlo”; que, “Entonces, en supuestos de la imprevisión, las partes están obligadas a negociar, de buena fe, con el propósito restablecedor y dentro del marco de la equidad”; y que, “agotadas las instancias de negociación y siendo infructuosas éstas, el afectado puede accionar judicialmente”.

Esto coincide con reciente doctrina española e hispanoamericana, que ha planteado que, frente al cambio imprevisto de circunstancias que haga más difícil u oneroso el cumplimiento, la buena fe y la equidad imponen establecer correctivos judiciales en el contrato.

En el caso de España, Luz María Martínez⁷⁸ mencionó que “El Código civil español, como es sabido, no contiene ningún artículo que se refiera a la adaptación o resolución del contrato debido a una alteración sobrevinida de las circunstancias”; que “Se debe a la jurisprudencia el desarrollo de la denominada doctrina de la cláusula “rebus sic stantibus” de aplicación estrictamente excepcional desde mediados del siglo XX hasta sentencias recientes”; y que, “cuando el juez opta por modificar el contrato, el fundamento puede encontrarse en la interpretación integradora con base en la buena fe contractual ex art. 1258 CC”.

Si bien en Argentina la teoría de la imprevisión fue consagrada por el legislador, esto es visto como una consecuencia del principio de la buena fe. Por ejemplo, Germán E. Gerbaudo⁷⁹ señaló que: “El deber de renegociar se encuentra expresamente establecido para los contratos de duración en el art. 1011 del Código Civil y Comercial, sin perjuicio que el mismo como derivación del principio de buena fe resulta de aplicación en todo el campo contractual”, y que “La readecuación de los contratos para recomponer el equilibrio contractual... puede

⁷⁸ Luz María Martínez, “La Ruptura de la Economía Negocial tras el Covid-19 (un Análisis desde el Moderno Derecho Europeo de Contratos)”, en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, N° 12 bis, mayo 2020, pp. 326-339, ISSN: 2386-4567. Disponible en: https://www.revista-aji.com/wp-content/uploads/2020/05/32_Luz_M%C2%AA_Mart%C3%ADnez_pp._326-339.pdf, consultado en fecha 13 de julio de 2022.

⁷⁹ Germán E. Gerbaudo, “La Renegociación y la Revisión Contractual frente a la Pandemia COVID-19”, en *Deonomi*, Año III, número 5. Esta obra está disponible en internet: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/revista-deonomi/articulos/Ed-0010-N04-GERBAUDO.pdf>,

consultado en fecha 13 de julio de 2022.

ser ordenada por un juez a pedido de parte”. Y Alejandro E. Freytes⁸⁰ expresó que hay que mantener “el equilibrio prestacional en negocios bilaterales”, que debe haber un “respeto incondicional al principio cardinal de buena fe”; que “la buena fe, en atención a las circunstancias del contrato, impide que el esfuerzo requerido al deudor para cumplir la prestación exceda el límite de lo razonable o posible, so pena de calificárselo de desleal o abusivo”; y que, “Cuando se dan los requisitos del supuesto de la imprevisión mencionados, el art. 1091 del CCCN confiere a la parte perjudicada el derecho de solicitar judicialmente la resolución total o parcial del contrato o su adecuación”.

El caso chileno es igual al venezolano: el Código Civil no consagra la teoría de la imprevisión. Ahora bien, el chileno Rodrigo Momberg⁸¹ planteó que “en el contexto internacional y comparado, se ha otorgado como función a la buena fe la mitigación del rigor de la ley, con el propósito de equilibrar el principio de seguridad jurídica con la justicia para el caso particular, de manera de obtener soluciones equitativas en casos excepcionales, que de otra manera resultarían en una manifiesta injusticia para una de las partes. Así, en caso de producirse un cambio sobreviniente e imprevisible de circunstancias, que desvirtúa de tal manera la relación contractual que las partes tuvieron en vista al momento de contratar y que perturba de manera sustancial el equilibrio entre las prestaciones, alterando gravemente la legítima distribución de ganancias y pérdidas que las partes podían esperar; es justo limitar la estricta aplicación del principio *pacta sunt servanda* y buscar el restablecimiento del equilibrio contractual hasta el límite del riesgo que razonablemente hubieren asumido los contratantes. Al efecto, sin duda que los más capacitados y legitimados para llevar a efecto dicha tarea son las propias partes, debiendo entonces renegociar de buena fe los términos del contrato con el objeto de adaptarlo a las nuevas circunstancias. Sólo en caso de fracaso en las negociaciones, podrá el juez intervenir en el contrato a través de su adecuación a las nuevas circunstancias o su terminación, debiendo otorgársele amplias facultades para dichos efectos”. Similarmente, Edison Ramiro Calahorrano Latorre⁸² expuso que “la intangibilidad del contrato se enfrenta con opciones como la renegociación o terminación ante el incumplimiento objetivo emanadas de principios generales como la buena fe contractual, el equilibrio y justicia contractual; o, inclusive, la equidad natural”; que “La teoría de la imprevisión, por lo tanto, es una institución que puede convivir con el *pacta sunt servanda*, pero se configura como límite del mismo, permitiendo a las partes

⁸⁰ Alejandro E. Freytes, “Alteraciones de las Circunstancias por Efecto de la Pandemia de Covid 19 y Exigibilidad Contractual”, en *El Derecho Argentino frente a la Pandemia y Post-pandemia Covid-19*, tomo I, Córdoba, Argentina, 2020, pp. 349 y ss. Disponible en: https://derecho.unc.edu.ar/wp-content/uploads/sites/7/2020/12/FacDer-Der.Arg._y-Pandemia-2020-TOMO-I-1.pdf, consultado en fecha 13 de julio de 2022.

⁸¹ Rodrigo Momberg, *ob. cit.*, p. 67.

⁸² Edison Ramiro Calahorrano Latorre, *ob. cit.*, pp. 159 a 201.

renegociar por sí mismas el contenido del pacto y restablecer el equilibrio contractual, o en su versión más amplia, solicitar la revisión judicial del contrato, situación que podía haber sido escandalosa desde los principios del derecho de contratos del siglo XIX pero que se vuelve no solo recomendable sino necesaria en tiempos globalizados”; y que “La teoría de la imprevisión y la frustración del fin del contrato son figuras útiles frente a situaciones anormales... Estas figuras son inherentes a la naturaleza falible de lo humano y deben ser parte del Derecho Común; sin embargo, si no constan como reglas expresas el juzgador o las partes pueden usarlas recurriendo a los principios de buena fe, justicia contractual y la equidad”.

En Colombia, el artículo 868 del Código de Comercio consagra la teoría de la imprevisión. José F. Chamie⁸³ escribió que “la regla pacta sunt servanda... no es intangible dado que está gobernada también por el principio de buena fe, valga decir, de buena fe y equidad, que no solo obliga a las partes a cumplir lo pactado, sino también a mantener una conducta leal y seria en todo momento, y particularmente en caso de circunstancias especiales de desequilibrio, la equidad de la cooperación las llama a revisar el contrato y a sanar amigablemente entre ellas cualquier anomalía, antes que abrir el camino a las sanciones que el derecho prevé para estos casos”. Javier Andrés Franco Zárate⁸⁴ sostuvo que “la equidad, la buena fe y, aún más, la justicia contractual son fundamentos de la intervención del juez para reestablecer el equilibrio del contrato cuando este se ha perdido por circunstancias imprevisibles que hacen excesivamente onerosa la prestación a cargo de una de las partes”. En iguales términos, Fernando Hinestrosa,⁸⁵ al referirse a las bases de la teoría de la imprevisión, señala lo siguiente: “el fundamento de la revisión – resolución judicial del contrato por desequilibrio sobrevenido es el principio universal de que los contratos se deben ejecutar de buena fe”.

El guatemalteco Carlos Humberto Franco González⁸⁶ consideró que “la doctrina o teoría de la imprevisión para los países que no tienen la recepción de este instituto legal dentro de su legislación, puede ser una alternativa extrajudicial para el reajuste, revisión o renegociación de los contratos por “imprevisión” de acontecimientos excepcionales, anormales, e imprevisibles a las partes en el momento de celebración del contrato”.

⁸³ José Félix Chamie, *ob. cit.*, p. 117.

⁸⁴ Javier Andrés Franco Zárate, *ob. cit.*, p. 272.

⁸⁵ Fernando Hinestrosa, *ob. cit.*, p. 15.

⁸⁶ Carlos Humberto Franco González, “La Aplicación de la Teoría de la Imprevisión para la Renegociación de Contratos ante la Crisis Económica Generada por la Pandemia del Covid-19”. Disponible en: <https://central-law.com/la-aplicacion-de-la-teoria-de-la-imprevision-para-la-renegociacion-de-contratos-ante-la-crisis-economica-generada-por-la-pandemia-del-covid-19/>, consultado en fecha 13 de julio de 2022.

En República Dominicana, Luis Alberto Arias García y Romina Figoli⁸⁷ expusieron: “es sobre la base de los principios de buena fe, equidad y justicia contractual que emerge la mencionada teoría de la imprevisión”; y, “al sobrevenir circunstancias extraordinarias e imprevisibles que alteren gravemente el equilibrio contractual... ¿Puede el contratante afectado exigir la revisión o renegociación de ciertas cláusulas contractuales que, frente a las circunstancias actuales, resultan ser excesivamente onerosas? Ante la ausencia de legislación en nuestro país, esta posibilidad es vista con recelo, sin embargo, la fuerza obligatoria de los contratos y la autonomía de la voluntad no deberían considerarse obstáculos para dar cabida a la teoría de la imprevisión”; concluyeron afirmando que “la teoría de la imprevisión persigue la conservación del contrato, se trata de una solución media frente a dos extremos: la exoneración total de responsabilidad o la terminación del contrato por incumplimiento y posterior indemnización”.

En consecuencia, la teoría de la imprevisión, que fue formulada para solucionar el problema de la mayor dificultad, ha tenido amplia acogida. Esta teoría generalmente es aplicada para revisar judicialmente y ajustar los contratos a las nuevas situaciones. Entendida así, no estamos de acuerdo con esta teoría. Nos parece que los postulados de buena fe y equidad no exigen que un juez, que no conoce el negocio y que puede tardarse años en sentenciar, modifique lo convenido. Creemos que dichos postulados son mejor servidos, si, en los casos en los que una parte no cumple una obligación contractual invocando la excesiva onerosidad, y la otra parte se niega a renegociar el contrato correspondiente, o torpedea la negociación, el juez tenga el poder de otorgar daños y perjuicios al deudor, y eventualmente resolver el contrato por incumplimiento del acreedor, basándose en la mala fe de éste.

Salvo que el contrato haya regulado el problema de la mayor dificultad, que complica el cumplimiento del deudor, es necesario acudir a nuestro Código Civil, que no trata este asunto, para buscar una solución. Tal como señalamos antes, en el año 1916, el Consejo de Estado francés, en el caso *Compañía General de Iluminación de Burdeos*, decidió que, si se rompe de manera importante e inesperada el equilibrio entre las prestaciones contractuales, las partes deben renegociar, y, si la renegociación no es exitosa, la autoridad puede modificar lo pactado; lo cual fue consagrado en el artículo 1195 del Código Civil francés reformado en el año 2016,⁸⁸ que además faculta al juez para terminar el contrato. La solución del año 1916 fue una solución de Derecho Administrativo, que en Francia se rige por los precedentes del Consejo de Estado y otras fuentes; mientras que la solución del año 2016 fue una solución de Derecho Civil, implementada mediante una reforma del Código Civil. La Corte de Casación francesa, hasta

⁸⁷ Luis Alberto Arias García y Romina Figoli, *ob. cit.*

⁸⁸ Disponible en: https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006070721/LEGISCTA000032009282/#LEGISCTA000032009282, consultado en fecha 15 de julio de 2022.

dicha reforma, rechazó esta solución. Ahora bien, a partir del año 1992, la Corte de Casación francesa declaró reiteradamente que la obligación de buena fe a la que están sujetas las partes de cualquier contrato da derecho a los deudores afectados por una onerosidad excesiva a exigir una renegociación, y, si los acreedores actúan de mala fe, a exigir una indemnización. Esto, que es muy razonable, está tratado en el § 1 del reporte anual de la Corte de Casación francesa del año 2014, en lo relativo a “Los efectos del tiempo sobre las obligaciones contraídas por las partes” –*Les effets du temps sur les obligations contractées par les parties*–.⁸⁹ La Corte de Casación francesa no fue tan allá como la citada decisión de 1916 del Consejo de Estado francés y el artículo 1195 del Código Civil francés reformado en 2016, pues no planteó la revisión judicial del contrato, sino que, tal como lo explicó ella misma al comentar su propia jurisprudencia en dicho reporte anual, “La jurisprudencia del Tribunal de Casación es, por lo tanto, clara: en caso de desequilibrio en un contrato debido a un cambio imprevisto en las circunstancias económicas, las partes deben renegociar de buena fe los términos del contrato con el fin de restablecer el equilibrio roto, y, en su defecto, puede deberse una indemnización a la parte lesionada por el desequilibrio”.⁹⁰ En el texto anterior no se dice que el juez puede modificar o terminar el contrato.

La obligación de negociar de buena fe también está prevista en la primera parte del artículo 1195 del Código Civil francés reformado en 2016, que contempla que, “Si un cambio de circunstancias imprevisible al momento de la celebración del contrato hace la ejecución excesivamente onerosa para una parte que no aceptó asumir el riesgo correspondiente, ésta puede solicitar una renegociación del contrato a su contraparte”.⁹¹ Mientras las partes renegocian el contrato, la parte deudora tiene que cumplir sus obligaciones tal como fueron contraídas, pues el mismo artículo dispone que “Ella continúa ejecutando sus obligaciones durante la renegociación”.⁹² En caso de que una parte se niegue a renegociar o de que la renegociación no tenga éxito, dicho artículo expresa que

⁸⁹ Disponible en: <https://www.courdecassation.fr/publications/rapport-annuel/rapport-annuel-2014-de-la-cour-de-cassation>, consultado en fecha 15 de julio de 2022.

⁹⁰ El texto en francés es el siguiente: “La jurisprudence de la Cour de cassation est donc nette: en cas de déséquilibre d’un contrat dû à une modification imprévue des circonstances économiques, les parties doivent de bonne foi renégocier les modalités du contrat en vue de rétablir l’équilibre rompu et, à défaut, réparation pourra être due à la partie lésée par le déséquilibre”.

⁹¹ El texto en francés es el siguiente: “Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l’exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n’avait pas accepté d’en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant”.

⁹² El texto en francés es el siguiente: “Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation”.

“las partes pueden convenir la resolución del contrato”.⁹³ En el mismo caso, ambos contratantes pueden solicitar al juez que modifique el contrato, para ajustarlo a las nuevas circunstancias, pues la norma francesa indica que “las partes pueden... solicitar al juez de común acuerdo que proceda a su adaptación”.⁹⁴ Hasta aquí, dicha norma reconoce la fuerza obligatoria del contrato, que puede ser modificado por las partes o mediante un mecanismo pactado por ellas, en este caso, que ambas acuerden una revisión judicial. Estamos de acuerdo con Urdaneta,⁹⁵ quien señaló, respecto de lo anterior, que existen “las siguientes fases: 1) la parte perjudicada por la excesiva onerosidad puede solicitar a la otra parte la renegociación del contrato; 2) en caso de rechazo de la renegociación por esta última o en caso de fracaso de la renegociación iniciada, las partes pueden ponerle fin al contrato; 3) en caso de que no lo hicieren, las partes conjuntamente pueden pedirle al juez que proceda a adaptar el contrato conforme a lo que ellas convengan”; e hizo la siguiente consideración de índole general: “las tres primeras fases antes descritas no significan concesión alguna a la Teoría de la Imprevisión. Solo reafirman el principio general según el cual las partes, como dueñas que son de los contratos que han celebrado, pueden perfectamente convenir en la suerte del contrato en la eventualidad de que sobrevengan eventos imprevisibles y extraordinarios que perturben significativamente el equilibrio contractual”.

Sin embargo, dicho artículo 1195 también señala: “A falta de un acuerdo en un plazo razonable, el juez puede, a solicitud de una parte, revisar el contrato o ponerle fin, en la fecha y las condiciones que éste fije”.⁹⁶ Esto último es procedente, en el ámbito del Derecho Civil francés, porque ahora hay una norma que lo autoriza. De manera que, tal como lo planteó Urdaneta,⁹⁷ “La reciente reforma del Código Napoleón... consagró un procedimiento complicado que confiere al juez el poder de revisar o terminar el contrato a solicitud de cualquiera de las partes”.

Para Venezuela, Urdaneta formuló el siguiente deseo: “La adopción de un texto legal que regule debidamente la imprevisión contractual como una calificada excepción al principio general de la intangibilidad de los contratos”. En nuestro criterio, no conviene conferir a los jueces venezolanos el poder de modificar los contratos; tampoco conviene conferirles el poder de terminarlos, salvo que haya

⁹³ El texto en francés es el siguiente: “En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent”.

⁹⁴ El texto en francés es el siguiente: “les parties peuvent... demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation”.

⁹⁵ Enrique Urdaneta Fontiveros, *ob. cit.*, pp. 427 y 428.

⁹⁶ El texto en francés es el siguiente: “A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe”.

⁹⁷ Enrique Urdaneta Fontiveros, *ob. cit.*, p. 426.

un incumplimiento contractual en virtud del cual la parte afectada haya demandado su resolución, o que se esté en un caso excepcional de rescisión por lesión. La modificación o terminación judicial se presta a abusos, y, aunque no haya ningún abuso, toma tiempo, un tiempo que no se puede perder. Frente a un contrato desequilibrado de manera sobrevenida, es preferible, a una modificación o terminación judicial, una nueva norma legal que prevea, por ejemplo, lo siguiente: (i) el deudor notifica al acreedor, con las explicaciones y documentación correspondientes, la dificultad excesiva sobrevenida; (ii) un mes después de recibida dicha notificación, si el problema subsiste, el deudor se lo notifica al acreedor, y se suspende el contrato por los dos meses siguientes; (iii) durante dicha suspensión, las partes deben renegociar el contrato, para establecer correctivos a la mayor onerosidad; y, (iv) si esta renegociación fracasa, se termina el contrato de pleno derecho tan pronto hayan vencido esos dos meses. Esto solucionaría el problema de tener que esperar por la sentencia de un juzgado, que, por lo demás, tendría que decidir sobre temas económicos, siendo su vocación decidir temas jurídicos, en un país donde muchos jueces no tienen la formación ni la probidad necesaria. De implementarse la solución que proponemos, dicha norma debería ser precisa en cuanto a qué grado concreto de dificultad excesiva y sobrevenida se requiere, para lo cual debería haber una barra alta. Por ejemplo, la barra puede ser que el encarecimiento sea de tal magnitud que desaparezca la ganancia que se hubiera producido y surja una pérdida igual o mayor que el beneficio inicialmente esperado; o que el tiempo de ejecución se triplique, en razón de los obstáculos imprevisibles y ajenos al deudor surgidos.

Para nosotros, lo inaceptable de la teoría de la imprevisión, en el ámbito de nuestros códigos civil y de comercio, es que aplicarla llevaría, sin base legal, a contrariar lo pactado, contra la voluntad de una de las partes. Con los jueces venezolanos, esto sería muy peligroso. Nos parece problemático el planteamiento de que, no sólo existe la obligación de renegociar y si el acreedor no renegocia de buena fe responde por los daños y puede enfrentar una acción de resolución de contrato, sino que también existe, si no se remedia el desequilibrio con la renegociación, el poder de la autoridad para modificar el contrato. No estamos de acuerdo con este planteamiento, que coincide con la teoría de la imprevisión en su formulación clásica, que es la francesa, la cual no ha variado en lo sustancial desde principios del siglo pasado. Consideramos que sólo existe la obligación de renegociar, con todas sus consecuencias. El artículo 1195 del Código Civil francés reformado permite que el juez se sustituya en la voluntad de las partes para cambiar lo acordado, o incluso para ponerle fin; lo cual, en Venezuela, no solucionaría nada. Si se fuera a hacer una reforma legal en Venezuela, sería preferible desechar (i) la modificación contractual no convenida, y (ii) la terminación no convenida, por causas distintas de las actualmente previstas en la ley, principalmente (a) el incumplimiento, o, (b) en los casos en los que procede, la lesión.

Si definimos la teoría de la imprevisión en términos estrictos, o sea, como una teoría que propugna que una autoridad modifique un contrato sin acuerdo entre las partes, nos parece que generaría rechazo de muchos civilistas y mercantilistas venezolanos. De hecho, tal como lo explica Claudia Madrid Martínez⁹⁸ (quien es partidaria de la teoría de la imprevisión), destacados abogados, como César Casas Rincón, Eloy Maduro Luyando, Emilio Pittier Sucre y Melich, no fueron partidarios de la teoría de la imprevisión; tampoco lo es quien suscribe.⁹⁹ Hay que buscar una solución a la mayor onerosidad, pero esta solución debe ser distinta de la resultante de aplicar de la teoría de la imprevisión clásica, es decir, no se debe facultar a un funcionario gubernamental (decisión del Consejo de Estado francés en el caso Compañía General de Iluminación de Burdeos) ni judicial (Código Civil francés reformado) para que suplante la voluntad de los contratantes. Lo apropiado, en nuestra opinión es reconocer la existencia de la obligación de renegociar de buena fe, cuyo incumplimiento puede dar lugar a una acción legal por daños y perjuicios, o incluso por resolución de contrato. Ésta fue la solución que aplicó la Corte de Casación francesa.

En resumen, la versión más radical de la teoría de la imprevisión, con la que no estamos de acuerdo, propugna reequilibrar el contrato, mediante una modificación contractual no convenida, o incluso, más recientemente, terminar el contrato, en ambos casos a través de una decisión tomada por la autoridad. Cuando por fin se obtenga esta decisión, la misma solucionará el problema del deudor, al eliminar su responsabilidad, si el cumplimiento se le hizo más difícil u oneroso de lo que había anticipado o podía anticipar al momento de contratar. Por eso, la teoría de la imprevisión tiene muchos partidarios en Venezuela.¹⁰⁰ Sin embargo, esta teoría todavía no se ha impuesto, salvo en ciertos campos específicos,¹⁰¹ porque, jurídicamente hablando, nuestro ordenamiento jurídico tiende a privilegiar lo convenido sobre lo no acordado. En el fondo, la principal razón por la que la teoría de la imprevisión no se ha impuesto en Venezuela es quizás que

⁹⁸ Claudia Madrid Martínez, “Imprevisión y contratación comercial internacional desde el Derecho internacional privado venezolano”, en *Revista Internacional de Derecho, Facultad de Derecho y Ciencia Política, Universidad Privada Norbert Wiener*, N° 2, 2021, pp. 31 y 32. Disponible en: <https://revistadederecho.uwiener.edu.pe/index.php/rider/article/view/147/64>, consultado en fecha 20 de julio de 2022.

⁹⁹ Carlos Eduardo Acedo Sucre, “Covid-19, fuerza mayor e imprevisión en los contratos”, en *Estudios Jurídicos sobre la Pandemia del Covid-19 y el Decreto de Estado de Alarma en Venezuela*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2020, pp. 433 a 450. Disponible en: <https://www.acienpol.org.ve/wp-content/uploads/2020/08/Academia-Covid-19.pdf>, consultado en fecha 7 de julio de 2022.

¹⁰⁰ Por ejemplo, los académicos Luis Felipe Urbaneja, Alfredo Morles Hernández, James Otis Rodner, Luciano Lupini Bianchi y Enrique Urdaneta Fontiveros, antes citados.

¹⁰¹ Al menos en el Derecho Administrativo y el Derecho Marítimo venezolanos.

muchos consideramos que, si se permitiera a los jueces modificar e inclusive terminar unilateralmente los contratos, seguramente lo harían tarde y mal. De hecho, en Venezuela, la teoría de la imprevisión es una mera teoría, cuya aplicabilidad, a manera de regla general, es muy discutida y discutible. Esta teoría está en conflicto con los artículos 1159, 1264, 1271 y 1272 del Código Civil, antes citados. Aplicar la teoría de la imprevisión implica beneficiar al obligado, sacrificando al acreedor. Se busca evitar la eventual ruina del deudor, sin preocuparse por la eventual ruina del acreedor. Ahora bien, ¿por qué se va a asumir que el deudor está más necesitado que el acreedor? ¿Por qué se va a favorecer a un deudor que no fue previsivo, a expensas de su contraparte? No habiendo caso fortuito o de fuerza mayor, ni otra causa extraña no imputable, sino mayor onerosidad, es evidente que al obligado le es posible cumplir; y la expectativa de su acreedor es obtener la prestación prometida. Además, ¿cuál es la base legal para beneficiar al deudor imprevisivo, modificando el contrato a su favor sin el consentimiento de su contraparte? En Venezuela no hay ninguna norma que permita a un juez reformar un contrato. No se puede olvidar que, en nuestro país, desde hace dos décadas, los empresarios tienen que trabajar en condiciones de inestabilidad y precariedad, asumiendo los riesgos correspondientes. La teoría de la imprevisión vista como una revisión y modificación judicial del contrato, o una terminación judicial no autorizada del contrato, crea dificultades graves. En efecto, si las partes, de buena fe, si fuere el caso, no se lograron poner de acuerdo en una renegociación del contrato, ¿cómo va un juez a saber, por ejemplo, cuál debe ser el precio del contrato? ¿Qué utilidad tiene una decisión judicial tomada años después, en razón del tiempo que toma demandar y obtener una sentencia? En esos años, ¿el deudor tiene que seguir cumpliendo, como ocurre en Francia? ¿Hay que agregarle, a esos años, un tiempo más, para darles chance al acreedor y deudor para ponerse de acuerdo, como en Francia? ¿Hay apelación y recurso de casación, como sucede en cualquier procedimiento? ¿Estos recursos suspenden las decisiones recurridas, como sucede en cualquier procedimiento? ¿No es peor el remedio que la enfermedad? Nos parece más razonable limitarse a exigir que el acreedor renegocie de buena fe con el deudor en caso de que a éste se le dificulte o se le encarezca mucho el cumplimiento, pues la posibilidad de que el deudor le exija daños y perjuicios al acreedor que no renegoció de buena fe, si fuere el caso, puede ser un aliciente para que el acreedor trate de llegar a un acuerdo. No existe ninguna norma que permita a un juez reformar un contrato, ni terminarlo en casos no autorizados; y opinamos que tener una norma que permita tal reforma o terminación no solucionaría nada. No estamos de acuerdo con favorecer a todo trance al deudor imprevisivo, sacrificando de entrada al acreedor que confía en su contrato y puede ser llevado a la ruina, sino con reconocer que existe la obligación de renegociar de buena fe, con todas sus consecuencias.

V. La mayor dificultad en Italia y otros países que se inspiraron del sistema italiano

El Código Civil Italiano¹⁰², que es del año 1942, planteó otra solución al problema que la teoría de la imprevisión busca solucionar. Esta solución tiene la ventaja de que no involucra darle poder al juez para, sustituyéndose en la voluntad de las partes, modificar el contrato. En efecto, el artículo 1467 de dicho código establece lo siguiente:

“En los contratos de ejecución continuada o periódica, o los de ejecución diferida, si la prestación de una de las partes devino excesivamente onerosa debido a la ocurrencia de eventos extraordinarios e impredecibles, la parte que deba esta prestación puede demandar la resolución del contrato, con los efectos establecidos del artículo 1458.

No se puede demandar la resolución si la onerosidad sobrevenida forma parte del álea normal del contrato.

La parte contra la que se demanda la resolución puede evitarla ofreciendo modificar equitativamente los términos del contrato”.¹⁰³

Melich¹⁰⁴ aclara que, antes de la promulgación del Código Civil italiano en 1942, la mayoría de la doctrina italiana se inclinaba a negar la revisión judicial del contrato, con apoyo en el principio de la intangibilidad del contrato. De modo que este criterio doctrinal se impuso en Italia, porque, en definitiva, el juez no puede cambiar lo previamente acordado por las partes. La solución italiana fue incorporada en los códigos de Portugal, Argentina, Paraguay, Bolivia, Perú y Cuba.¹⁰⁵ En efecto, los juzgados de estos cinco países no pueden modificar unilateralmente los contratos, conforme a sus códigos civiles, basados en el italiano.

¹⁰² Disponible en: <https://www.gazzettaufficiale.it/dettaglio/codici/codiceCivile>, consultado en fecha 25 de julio de 2022.

¹⁰³ El texto en italiano es el siguiente: “Nei contratti a esecuzione continuata o periodica ovvero a esecuzione differita, se la prestazione di una delle parti e' divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili, la parte che deve tale prestazione puo' domandare la risoluzione del contratto, con gli effetti stabiliti dall'art. 1458.

La risoluzione non puo' essere domandata se la sopravvenuta onerosita' rientra nell'alea normale del contratto.

La parte contro la quale e' domandata la risoluzione puo' evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto”.

¹⁰⁴ José Melich Orsini, *ob. cit.*, p. 168.

¹⁰⁵ *Ibid.*, pp. 170, 171, 173, 181 y 182.

Esto nos parece mucho más razonable que lo plasmado en la reforma del Código Civil francés.

En consecuencia, en Italia y los países mencionados no se consagró realmente la teoría de la imprevisión, si la entendemos como la facultad judicial de reformar el contrato contra la voluntad de una de las partes.

VI. La mayor dificultad en los Principios Unidroit e inaplicabilidad de éstos en Venezuela

Los Principios Unidroit¹⁰⁶ tratan la mayor dificultad, o lo que es lo mismo, la onerosidad excesiva sobrevenida, para cumplir los contratos, al establecer lo siguiente:

“ARTÍCULO 6.2.3

(Efectos de la “excesiva onerosidad” (hardship))

(1) En caso de “excesiva onerosidad” (*hardship*), la parte en desventaja puede reclamar la renegociación del contrato. Tal reclamo deberá formularse sin demora injustificada, con indicación de los fundamentos en los que se basa.

(2) El reclamo de renegociación no autoriza por sí mismo a la parte en desventaja para suspender el cumplimiento.

(3) En caso de no llegarse a un acuerdo dentro de un tiempo prudencial, cualquiera de las partes puede acudir a un tribunal.

(4) Si el tribunal determina que se presenta una situación de “excesiva onerosidad” (*hardship*), y siempre que lo considere razonable, podrá: (a) resolver el contrato en fecha y condiciones a ser fijadas; o (b) adaptar el contrato con miras a restablecer su equilibrio”.

El Preámbulo de los Principios Unidroit expresa que “Estos Principios deberán aplicarse cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por ellos”. En Venezuela, en defecto de lo anterior, los Principios Unidroit podrían ser utilizados para llenar lagunas legislativas, como principios generales del derecho. También pueden ser invocados, en el ámbito del derecho mercantil, como normas consuetudinarias, lo que es congruente con el artículo 9 del Código de Comercio y los artículos 30 y 31 de la Ley de Derecho Internacional Privado. Los Principios Unidroit no pueden ser utilizados para contradecir normas legales expresas, como los artículos 1159, 1264, 1271 y 1272 del Código Civil, que comentamos arriba. Discrepamos de la tesis de Rodner, según la cual “en Venezuela, se aplican los Principios Unidroit, los cuales... reconocen

¹⁰⁶ Disponibles en: <https://www.Unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles/2016/principles2016-blackletter-s.pdf>, consultado en fecha 14 de julio de 2022.

expresamente la posibilidad de dar por terminado o adaptar un contrato en caso de excesiva onerosidad que altere fundamentalmente el equilibrio del contrato”.¹⁰⁷ Consideramos que, conforme a los citados artículos del Código Civil, para terminar o adaptar un contrato, se requiere la voluntad de ambas partes, que tienen el deber de renegociarlo de buena fe en caso de mayor dificultad, en cuyo defecto la parte de mala fe debe pagar daños y perjuicios a la otra parte, que puede incluso demandar la resolución del contrato.

Es correcto lo expresado por Madrid,¹⁰⁸ en cuanto a que “el Derecho interno venezolano no prevé una estipulación expresa sobre la teoría de la imprevisión”. Sin embargo, el derecho interno venezolano sí contiene normas expresas que establecen reglas contrarias a la teoría de la imprevisión, entendida como la facultad judicial de modificar el contrato, o de terminarlo sin que medie incumplimiento; se trata de los artículos del Código Civil venezolano que acabamos de mencionar. En consecuencia, no estamos de acuerdo con la opinión de Madrid,¹⁰⁹ según la cual, “ante un contrato internacional sometido al Derecho venezolano, el juez podría recurrir a la solución contenida en los artículos 6.2.1 a 6.2.3 de los Principios UNIDROIT”.

El artículo 6.2.2 de los Principios Unidroit incluye una definición de la “excesiva onerosidad”, según la cual ésta existe “cuando el equilibrio del contrato es alterado de modo fundamental por el acontecimiento de ciertos eventos, bien porque el costo de la prestación a cargo de una de las partes se ha incrementado, o porque el valor de la prestación que una parte recibe ha disminuido”. Esta definición no le da importancia a la posibilidad de que se retrase excesivamente el cumplimiento por una dificultad sobrevenida, lo cual también puede ser un problema para el deudor, pues el acreedor puede reclamarle daños por una demora casi imposible de evitar.

Según la letra a del artículo 6.2.2 de los Principios Unidroit, uno de los requisitos para que haya excesiva onerosidad es que se trate de “eventos acontecen **o llegan a ser conocidos** por la parte en desventaja después de la celebración del contrato” (resaltado nuestro). Esto se podría entender de la manera siguiente: si una parte engaña a la otra, haciéndole ver que para ésta va a ser fácil cumplir su obligación, el dolo de la primera y el consecuente error de la segunda no es tratado como un vicio del consentimiento, sino como una aplicación de la teoría de la imprevisión. Bajo la norma que acabamos de citar, se podría incluir, como aplicación de dicha teoría, el tema de la lesión, que es una materia distinta. Los vicios del consentimiento y la lesión se rigen por principios diferentes de los que informan la teoría de la imprevisión.

¹⁰⁷ James Otis Rodner, *ob. cit.*, p. 443.

¹⁰⁸ Claudia Madrid Martínez, *ob. cit.*, p. 32.

¹⁰⁹ *Ibíd.*, p. 35.

El artículo 6.2.1 de los Principios Unidroit establece que, “salvo lo previsto en las siguientes disposiciones sobre “excesiva onerosidad” (*hardship*)”, ocurre lo siguiente: “Cuando el cumplimiento de un contrato llega a ser más oneroso para una de las partes, esa parte permanece obligada, no obstante, a cumplir sus obligaciones”. Y el citado número 2 del artículo 6.2.2 de los Principios Unidroit dispone: “El reclamo de renegociación no autoriza por sí mismo a la parte en desventaja para suspender el cumplimiento”. De modo que el deudor enfrentado a la mayor dificultad tiene, no obstante, que seguir cumpliendo el contrato, hasta que se produzca una decisión judicial, la cual, en países como Venezuela, puede demorarse muchos años.

VII. Cláusula *rebus sic stantibus*, *hardship clauses* y cláusulas *MAC* o *MAE*

Cuando hay problemas que complican sobremanera el cumplimiento, es difícil medir la mayor dificultad, para determinar que la misma es relevante, a los efectos de buscar una solución. Sin embargo, es posible establecer parámetros contractuales, para evitar una medición subjetiva, que se presta a la arbitrariedad. Al incluir estos parámetros, el contrato puede regular los efectos de que el cumplimiento contractual se dificulte o se haga más oneroso.

En tal sentido, se puede incluir una cláusula *rebus sic stantibus*, según la cual el contrato subsiste en la medida en que la situación no cambie de manera relevante, afectando el balance de las prestaciones recíprocas. También se puede prever la revisión del contrato, por una alteración de las circunstancias. Este tipo de cláusulas es llamado por los angloparlantes *hardship clauses* (el citado artículo 6.2.3 de los Principios Unidroit llama *hardship* a la excesiva onerosidad). A veces las cláusulas de este tipo son denominadas cláusulas *MAC*, que es el acrónimo de *Material Adverse Change*, que significa cambio substancial adverso; o cláusulas *MAE*, que es el acrónimo de *Material Adverse Effect*, que significa efecto substancial adverso.¹¹⁰

La cláusula *rebus sic stantibus* se considera incluida tácitamente en algunos contratos;¹¹¹ y muchos opinan esta cláusula se debe considerar incluida tácitamente en todos los contratos bilaterales, es decir, que establecen prestaciones recíprocas entre las partes. Discrepamos con esto último, pues, tal como lo explicamos arriba, pensamos que procede aplicar los artículos del Código Civil antes citados.

Ahora bien, si las partes regulan en el contrato la mayor onerosidad, se aplica la regulación contractualmente acordada, cualquiera que ella sea. En esta materia,

¹¹⁰ William Jiménez Gil, “La fuerza mayor en la era del COVID-19”, en *Revista Misión Jurídica*, Vol. 15, N° 22, enero-junio de 2022, p. 210. Disponible en: https://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-80722021000200161&script=sci_arttext, consultado en fecha 22 de julio de 2022.

¹¹¹ Al menos en el Derecho Administrativo y el Derecho Marítimo venezolanos.

no suelen intervenir consideraciones de orden público, así que rige la libertad de contratación, sin cortapisas. En cambio, si las partes no regulan en el contrato la dificultad excesiva sobrevenida, se aplica el Código Civil, cuyos artículos relevantes ya comentamos.

Melich¹¹² señaló, con razón, que “El sentido de este principio de la intangibilidad del contrato es, pues, muy claro: lo que está prohibido no es que las propias partes introduzcan de mutuo acuerdo la cláusula *rebus sic stantibus* en su contrato o una estipulación similar, como cuando pactan cláusulas de escala móvil o de valor para corregir los efectos de la inflación, ni que el legislador no pueda sancionar nuevas leyes que impongan alteraciones de lo pactado por las partes (siempre que no infrinja con ello el principio de la irretroactividad de la ley, que en Venezuela es un principio garantizado por la propia Constitución), sino que la parte que se sienta perjudicada por la inflexibilidad de una estipulación contractual no puede pretender, a falta de un nuevo acuerdo con su contraparte o de una ley que a ello lo autorice, que el Juez disponga su liberación, total o parcial, una moderación de la obligación a su cargo o la modificación de la correspondiente obligación de su cocontratante para compensar así la ruptura del equilibrio inicial que esta última guardaba con su propia obligación”.

VIII. Mayor dificultad para cumplir contratos de adhesión

Beneficiar al deudor en desmedro del acreedor sólo se justifica si se trata de una deuda nacida de un contrato de adhesión, pues, en los contratos de adhesión, la generalidad de las cláusulas contractuales es impuesta al deudor por el acreedor, sin discusión.¹¹³ En este caso, no está al alcance del deudor protegerse mediante una cláusula contemplando la posibilidad de que, por circunstancias no previstas, el contrato fuera más difícil de cumplir, ni una cláusula sometiendo el contrato a los artículos 6.2.1 a 6.2.3 de los Principios Unidroit. Conviene tratar primero, de manera general, qué es un contrato paritario y qué es un contrato de adhesión; para luego determinar, en cada tipo de contrato, que tratamiento debe darse a la mayor onerosidad.

En el año 1992 fue publicada, por primera vez en nuestro país, una Ley de Protección al Consumidor que regulara los contratos de adhesión, la cual fue reformada en 1995.¹¹⁴ Esta ley fue derogada en 2004 por la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario,¹¹⁵ que a su vez fue sustituida en 2008 por la Ley para

¹¹² José Melich Orsini, *ob. cit.*, pp. 165 y 166.

¹¹³ Carlos Eduardo Acedo Sucre, *Cláusulas Abusivas y Contratos de Adhesión*, Caracas, 2018.

¹¹⁴ Ley de Protección al Consumidor, publicada el 24 de marzo de 1992 y reformada según publicación del 17 de mayo de 1995.

¹¹⁵ Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, publicada el 4 de mayo de 2004.

la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios;¹¹⁶ ambas leyes también regulaban los contratos de adhesión. La regulación legal de los contratos de adhesión desapareció en 2014, con la Ley Orgánica de Precios Justos.¹¹⁷ La versión de esta última ley, publicada en 2015,¹¹⁸ únicamente establece que uno de los “derechos de las personas en relación con los bienes y servicios” es su derecho “A la protección en los contratos de adhesión que sean desventajosos o lesionen sus derechos e intereses”,¹¹⁹ e impone una sanción pecuniaria a quienes violen este derecho.¹²⁰ La misma ley menciona someramente otros asuntos concernientes a la relación entre los proveedores y los consumidores o usuarios, pero sin referirse, para nada, a los contratos de adhesión.¹²¹

Todas las leyes derogadas antes mencionadas incluían una definición de contratos de adhesión, según la cual son aquellos contratos cuyas cláusulas son establecidas unilateralmente por el proponente, sin que el adherente pueda discutir o modificar sustancialmente su contenido al momento de contratar.¹²² Esta

¹¹⁶ Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios, publicada el 31 de julio de 2008, luego reformada.

¹¹⁷ Ley de Orgánica de Precios Justos, publicada el 23 de enero de 2014, derogó la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios.

¹¹⁸ Ley Orgánica de Precios Justos, publicada el 8 de noviembre de 2015 y reimpressa el 12 del mismo mes.

¹¹⁹ Artículo 7, número 10, de la Ley Orgánica de Precios Justos de 2015.

¹²⁰ Artículo 47, número 7, de la Ley Orgánica de Precios Justos de 2015.

¹²¹ Se trata de lo siguiente: (i) los “derechos de las personas en relación con los bienes y servicios” incluyen “elegirlos con libertad” (artículo 7, número 2), así como “la protección contra... los métodos comerciales coercitivos” (artículo 7, número 5), y se castiga con multa a quienes empleen “métodos coercitivos” (artículo 47, número 7); (ii) los “derechos de las personas en relación con los bienes y servicios” incluyen obtener “información adecuada, veraz, clara, oportuna y completa” (artículo 7, número 4), y se castiga con multa a quienes violen este derecho (artículo 47, número 2); (iii) los “derechos de las personas en relación con los bienes y servicios” incluyen “la reparación e indemnización por daños y perjuicios” (artículo 7, número 7), y se castiga con multa a quienes no procedan al “resarcimiento del daño sufrido” (artículo 47, número 7); (iv) los “derechos de las personas en relación con los bienes y servicios” incluyen que el suministro sea “de forma continua, regular, eficaz, eficiente e ininterrumpida” (artículo 7, número 13), y se castiga con multa a quienes violen dicho derecho (artículo 47, número 11); (v) se castiga con multa a “los proveedores o proveedoras de los bienes y servicios” que den a sus clientes un “trato discriminatorio” (artículo 47, número 7); y (vi) se castiga con prisión a quienes incurran en usura (artículos 58 y 59).

¹²² El artículo 18 de la Ley de Protección al Consumidor de 1992 establecía el requisito de que “el consumidor” no “pudiera discutir o modificar” el “contenido” de las cláusulas, para que se configurara un “contrato de adhesión”, agregando que “La inserción de otras cláusulas en el contrato no altera la naturaleza descrita del contrato

definición coincide con la prevaleciente en la doctrina,¹²³ y conserva su valor intrínseco, aunque la normativa correspondiente ya no esté vigente.

Los contratos paritarios son, en cambio, los contratos diseñados y escritos especialmente para regular una relación entre dos o más partes, las cuales han podido negociar como iguales el convenio que las une. La contratación por adhesión se diferencia de los llamados contratos paritarios o “paritéticos”,¹²⁴ cuyo “contenido y sus efectos mismos resultan de una previa discusión entre los sujetos”.¹²⁵ De hecho, estos últimos también son llamados “contratos de libre discusión”,¹²⁶ o “contratos aislados” (por oposición a los “contratos en serie”).¹²⁷ Efectivamente, “En los paritarios rige en principio la igualdad en la fase de formación del contrato”, “rige la igualdad y el ‘regateo’”, “las partes se tratan de ‘igual a igual’”, es el “contrato libremente negociado” o “libremente discutido”;¹²⁸ los **“Contratos paritarios... son aquellos contratos productos de una libre negociación y discusión por las partes, quienes conjuntamente fijan sus**

de adhesión”. Luego, la primera parte del artículo 81 de la de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario de 2004 preveía que “Se entenderá como contrato de adhesión... aquel cuyas cláusulas han sido... establecidas unilateralmente por el proveedor... sin que el consumidor pueda discutir o modificar substancialmente su contenido al momento de contratar”. Finalmente, de manera casi idéntica, la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios de 2008, en su artículo 70, definía a los contratos de adhesión como “aquellos cuyas cláusulas han sido... establecidas unilateralmente por la proveedora o el proveedor... sin que las personas puedan discutir o modificar substancialmente su contenido al momento de contratar”.

¹²³ José Melich Orsini, “La Naturaleza del Contrato de Adhesión Considerado en las Leyes que Regulan el Derecho de Consumo”, en Astrid Uzcátegui Angulo y Julio Rodríguez Berrizbeitia (coords.), *Libro Homenaje al Profesor Alfredo Morles Hernández*, Volumen I, Temas Generales de Derecho Mercantil, Caracas, 2012, p. 770.

¹²⁴ Gert Kummerow, *Algunos Problemas Fundamentales del Contrato por Adhesión en el Derecho Privado*, Caracas, 1981, p. 99.

¹²⁵ *Ibid.*, p. 12.

¹²⁶ La expresión “contratos de libre discusión”, como contrapartida de la expresión “contratos de adhesión”, es utilizada, por ejemplo, por Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, “La Protección del Consumidor y sus Principales Manifestaciones en el Derecho de Seguros Contemporáneo: Examen Descriptivo”, en *Retos y Oportunidades del Seguro y del Reaseguro en el Nuevo Milenio, Memorias del Sexto Congreso Ibero-Latinoamericano de Derecho de Seguros*, Cartagena de Indias, mayo de 2000, pp. 110 y ss.; y en *Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros*, N° 15, Bogotá, 2000, pp. 129 y ss.

¹²⁷ Francesco Galgano, *Il Contratto*, Padua, 2011, p. 39.

¹²⁸ María Candelaria Domínguez Guillén, *Curso de Derecho Civil III – Obligaciones*, ob. cit., 2017, p. 484.

diversas estipulaciones, de acuerdo a su voluntad, teniendo como único límite las normas imperativas aplicables. Generalmente ambas partes están en situación de igualdad, ninguna de ellas puede en la práctica imponerle a la otra las estipulaciones del contrato”.¹²⁹

Las diferencias entre los contratos paritarios y los contratos de adhesión justifican tratarlos de manera distinta.

La teoría de la imprevisión es una tesis que sostiene la posibilidad de irrespetar contratos que, en razón de circunstancias posteriores a su celebración, se tornaron en obviamente inequitativos. Sin embargo, no se debe sostener, de entrada, que un contratante debe ser preferido sobre el otro, si ambos celebraron libremente un acuerdo diseñado por ellos mismos; así que pensamos que no procede favorecer a la parte que discutió y celebró un contrato que la perjudica, a expensas de la otra, quien estudió mejor la situación y fue más hábil negociando; es decir, no se debe preferir a la parte que no consideró el riesgo de que un determinado cambio de circunstancias rompiera en su perjuicio el equilibrio contractual, sacrificando a su contraparte que fue más precavida. La teoría de la imprevisión, que va en contra de lo pactado, no debería tener cabida, como norma de alcance general, pues en muchos casos las partes conversan sobre los contratos antes de consentirlos y llegan a acuerdos libremente, y, si no convinieron nada distinto, se deben conformar con el régimen supletorio del Código Civil, conforme al cual los contratos hay que cumplirlos como están y la dificultad excesiva sobrevinida no basta para ser excusado, sino que se requiere un caso fortuito o de fuerza mayor u otra causa extraña no imputable, es decir, se necesita un evento nuevo, ajeno al deudor, irresistible e imprevisible, que haga irrealizable el cumplimiento. No es razonable aplicar la teoría de la imprevisión en presencia de contratos paritarios, pues esto lleva a privilegiar, *a priori*, a una parte sobre la otra, en todos los casos en los que el texto contractual termine siendo inequitativo, a juicio de un juez, quien forzosamente no participó en la negociación.

Privar de efectos el convenio es atrabiliario si éste fue libremente negociado. De hecho, si hubo una negociación libre, la parte potencialmente desfavorecida por un eventual cambio de circunstancias, susceptible de romper el equilibrio contractual, debió prever esto en el contrato. Es más, es frecuente, en los contratos, prever su renegociación o su terminación en caso de mayor onerosidad con motivo de hechos sobrevenidos (*hardship clauses*). En las situaciones en las que hubo una negociación verdadera, si una de las partes fue desfavorecida por no haber incluido una cláusula de renegociación o terminación por cambios susceptibles de alterar la economía del contrato, no existe ninguna razón poderosa, de valor universal, para preferir a dicha parte sobre la otra, contradiciendo el acuerdo entre ambas. En este sentido, cuando las partes conversan sobre los contratos antes de pactarlos y llegan a acuerdos libremente, deben pesar más los intereses del

¹²⁹ Eloy Maduro Luyando y Emilio Pittier Sucre, *Curso de Obligaciones, Derecho Civil III*, tomo II, Caracas, 2001, p. 569.

acreedor de la obligación de que se trate, interesado en hacer cumplir el contrato, que los intereses del deudor correspondiente, que pretende desconocerlo; y es razonable que sea así, salvo casos excepcionales. En efecto, cuando personas naturales o jurídicas, que entienden lo que están haciendo, negocian como iguales, el contratante que se obliga da su palabra de manera voluntaria al prometer la correspondiente prestación, y su contraparte se hace titular de un derecho, teniendo la expectativa legítima de que dicha palabra no se convierta en letra muerta. Alterar lo que las partes acordaron para, como regla general, perjudicar al acreedor en beneficio del deudor, no se justifica.

En Venezuela, donde se derogó la protección legal a los consumidores y usuarios, urge solucionar los problemas generados por ciertos convenios en los cuales una parte tiene una posición de dominio sobre la otra, en particular los contratos de adhesión, especialmente los impuestos por los proveedores de bienes o servicios. Si estos problemas se solucionan adecuadamente, las situaciones que se busca atender mediante la teoría de la imprevisión dejarán de tener importancia.

En definitiva, dar una buena solución a los problemas causados por muchos contratos de adhesión, que normalmente son relaciones contractuales en las que existe una posición de dominio, especialmente en las vinculaciones entre proveedores y consumidores y usuarios, debe, en nuestra opinión, desplazar a un segundo plano la discusión sobre la teoría de la imprevisión. Es más, dar una buena solución a dichos problemas debe, en nuestra opinión, resultar en que esta teoría, que pretende erigirse en regla general, sea descartada definitivamente como tal. En efecto, si una vinculación contractual es libremente negociada, la misma no debería ser desvirtuada por el mero hecho de que una de las partes consintió algo que no le convenía o dejó de protegerse contra los cambios en el entorno, pues sólo una causa extraña que no le sea imputable, tal como un caso fortuito o de fuerza mayor, debería ser susceptible de excusar a dicho contratante, conforme al derecho común.

Conclusión

En los contratos sujetos a un plazo inicial, los contratos sujetos a condición suspensiva y los contratos de tracto sucesivo, el cumplimiento de una o más obligaciones contractuales puede verse afectado por problemas generados por circunstancias fuera del control del deudor.

Estos problemas pueden imposibilitar el cumplimiento, al configurar un caso fortuito o de fuerza mayor u otra causa extraña no imputable, lo cual, salvo que el contrato establezca otra cosa, exonera de responsabilidad al deudor.

Alternativamente, estos problemas pueden complicar mucho el cumplimiento, en razón de una dificultad considerablemente mayor, lo cual, si el contrato no establece otra cosa, no da lugar a tal exoneración. En efecto, cuando una de las partes tiene una obligación cuyo cumplimiento se convierte, por un cambio de

circunstancias, en muy oneroso, dicha parte debe cumplirla, por cuanto: (i) los contratos hay que honrarlos; (ii) solamente una causa extraña no imputable excusa del cumplimiento; y (iii) no se debe preferir al deudor sobre el acreedor, cuando cumplir una obligación deviene más oneroso, pues ello (a) es contrario a lo acordado; (b) no existe base legal para modificar el contrato sin consentimiento mutuo; y (c) las partes pudieron incluir, y no incluyeron, una cláusula contractual regulando la posibilidad de que, por circunstancias no previstas, el contrato fuera más difícil de cumplir, o una cláusula contractual sometiendo a los artículos 6.2.1 a 6.2.3 de los Principios Unidroit, que consagran la teoría de la imprevisión.

Sin embargo, cuando se complica en demasía el cumplimiento, la mayor dificultad obliga a las partes a renegociar el contrato, para tratar de reestablecer el equilibrio contractual roto o al menos aliviar al deudor, en virtud de los principios de buena fe y equidad.

Si se pacta una reforma contractual, para resolver o atenuar los problemas del obligado, rige el nuevo contrato.

Si la renegociación no tiene éxito, la solución dependerá de si las partes actuaron o no de buena fe. Si el acreedor rehusó tratar de adaptar el contrato o tuvo una actitud negativa y obstruccionista durante las negociaciones, incurre en culpa y debe reparar los daños causados al deudor, quien puede eventualmente demandar la resolución del contrato. En cambio, si el acreedor actuó de buena fe y de todas maneras no se logró acordar una modificación contractual satisfactoria para ambas partes, el deudor debe cumplir el contrato, tal cual lo pactó.

El único caso que merece un tratamiento especial es el de los contratos de adhesión, en los que el adherente debe ser protegido, por tratarse de un clausulado impuesto por su contraparte. En efecto, la alteración de lo pactado no se debe permitir en los contratos paritarios, cuando se produce una modificación del entorno, creando una situación contraria a la equidad, pues dicha alteración beneficia a una parte a expensas de la otra, destruyendo un contrato libremente discutido. Esto, sin embargo, cambia en presencia de una contratación en masa, o cuando una de las partes ejerce una posición de dominio sobre la otra, todo lo cual impide una discusión real de los textos contractuales, que podrían haber incluido, y no incluyeron, una cláusula solucionando el problema creado por la posibilidad de que, por circunstancias no previstas, el contrato sea más difícil de cumplir, o una cláusula de sometimiento a los Principios Unidroit, incluyendo sus artículos 6.2.1 a 6.2.3.

LOS ENTRESIJOS DEL PAGO DE PRESTACIONES SOCIALES EN MONEDA EXTRANJERA *

Biba Arciniegas Mata **
Enrico Giganti Castro ***

SUMARIO

Introducción. De las formas de pago de las prestaciones sociales. Acreditar las prestaciones sociales en la contabilidad de la compañía. Moneda de registro en la contabilidad. ¿Qué tasa de interés resultaría aplicable a los montos acreditados?. Depositar las prestaciones sociales en un fideicomiso. A manera de conclusiones. Referencias bibliográficas.

Introducción

Superado como ha sido, el debate sobre si resulta viable el pago de las prestaciones sociales en moneda extranjera, pues sobre ello se ha discutido amplia-

* Afectuosamente dedicado a Humberto Romero-Muci, en reconocimiento a su inagotable curiosidad por conocer, sus esfuerzos constantes en abogar por el rescate de la Academia en tiempos oscuros y su permanente disposición y apertura para ser partícipe en debates con fundamento, conversaciones críticas (hasta de pasillo) y análisis que invitan al cuestionamiento permanente.

** Abogado egresado de la Universidad Central de Venezuela (UCV) con Maestría en Leyes en la Universidad de Ámsterdam. Correo electrónico: barciniegas@dra.com.ve. Agradecimientos personales a Josseph Parejo por su valiosa contribución a este artículo.

*** Abogado egresado de la Universidad Central de Venezuela (UCV).

mente en trabajos académicos¹ y en decisiones de tribunales², además de la innegable realidad de mercado que prácticamente *impone* que los empleadores ofrezcan salarios y otros beneficios en moneda extranjera como incentivo y mecanismo de retención de personal en el actual contexto inflacionario, vemos que la introducción de la moneda extranjera como moneda de pago convenida³ en los esquemas de remuneración ha traído una serie de efectos de imprevisto que han dejado en evidencia la ineficacia de las leyes vigentes para atender y regular nuevas realidades, que difieren sustancialmente de aquella que originalmente estaban destinadas a reglamentar.

Este breve ensayo se ha dispuesto con ánimo reflexivo más que con la intención de establecer un criterio único para abordar algunas de las consecuencias generadas por el uso de la moneda extranjera como moneda de pago de las prestaciones sociales.

De las formas de pago de las prestaciones sociales

Una definición exhaustiva de las prestaciones sociales propone que “*constituyen un ahorro obligatorio de dineros que el trabajador va causando por*

¹ Sobre este tema han escrito extensamente: Juan Carlos Pró-Risquez, “El pago del salario en divisas y otras opciones económicas de retención en Venezuela”, *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, Caracas, 2018; Ramón Escovar Alvarado, “Régimen aplicable al pago de obligaciones en moneda extranjera”, en *Libro Homenaje al Profesor Eugenio Hernández Bretón*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2019; Reinaldo Guilarte Lamuño, “Las obligaciones laborales en moneda extranjera en la doctrina de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia”, *Revista Derecho y Sociedad*, Caracas, 2022; por citar algunos ejemplos.

² Como las decisiones de la Sala de Casación Social del Tribunal de Justicia: sentencia Nro. 62 del 10 de diciembre del 2020, caso *Fernando Jodra Trillo vs. Tecnología Smartmatic de Venezuela, C.A. y otros*; sentencia Nro. 884 del 5 de diciembre de 2018, caso *Samira Alejandra Hijawi Rodríguez vs. TELEPLASTIC, C.A.*; sentencia Nro. 756 del 17 de octubre del 2018, caso *Alí Iraní vs. Sherkate Beinulmelali E. Khanesazi Iranian*; y sentencia Nro. 375 de 21 de octubre de 2019, caso *Omar Enrique García Bolívar vs. Despacho de Abogados miembros de Macleod Dixon, S.C.*; entre otras.

³ Reseña James-Otis Rodner S, en su bien reconocido libro *El Dinero. Obligaciones de dinero y de valor. La inflación y la deuda en moneda extranjera*, segunda edición, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2005, pp. 279-280, que: “...cuando la moneda se fija como moneda de cuenta, ella fija un medio para definir el quantum de la obligación en una moneda extranjera, pero el deudor se puede liberar entregando el equivalente de la moneda extranjera en moneda de curso legal (...) Cuando la moneda extranjera se establece como moneda de pago, el deudor solo se libera entregando la suma en moneda extranjera (...) En Venezuela, las obligaciones expresadas en moneda extranjera pagaderas en Venezuela, se presumen, salvo convenio en contrario, como obligaciones en moneda de cuenta... ”.

el transcurso del tiempo en su relación de trabajo y que le son liquidados en el momento de la terminación de la relación de trabajo, con una finalidad de previsión social, ya que el Legislador supone que es este momento cuando el trabajador y su familia requieren de mayores necesidades que satisfacer y cuando el riesgo del desempleo se hace presente”⁴.

Hemos visto que, las prestaciones sociales tienen una naturaleza pretendida de previsión social, son irrenunciables y que, por lo mismo, en caso de requerirse un anticipo sobre el fondo acumulado, éste solo debe proceder conforme a lo estipulado en la ley, en resguardo del trabajador⁵. Concretamente, la garantía de prestaciones sociales se genera por pagos que el patrono está obligado a realizar de manera trimestral⁶. Desde un punto de vista estrictamente legal, el derecho a percibir tal prestación por parte del trabajador se causa al momento de inicio de cada trimestre, pero no será exigible más que al término de la relación laboral.

El empleador tiene la posibilidad de cumplir con la obligación de pagar las prestaciones sociales a sus trabajadores, alternativamente y a elección del trabajador, a través de dos mecanismos, conforme a lo previsto en la Ley Orgánica del Trabajo, de los Trabajadores y las Trabajadoras (“LOTTT”): (i) realizando

⁴ M. Bernardoni, “Las prestaciones sociales en Venezuela, ¿fin de la historia?”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Monteávila*, Caracas, 2012. pp. 9-35. Disponible en: http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/DERYSO/11/derys0_2012_11_19-35.pdf.

⁵ El Artículo 144 de la Ley Orgánica del Trabajo, de los Trabajadores y las Trabajadoras, publicada en Gaceta Oficial No. 6.076 Extraordinario del 7 de mayo de 2012, la (“LOTTT”) dispone que: “El trabajador o trabajadora tendrá derecho al anticipo de hasta de un setenta y cinco por ciento de lo depositado como garantía de sus prestaciones sociales, para satisfacer obligaciones derivadas de:

- a) La construcción, adquisición, mejora o reparación de vivienda para él y su familia;
- b) La liberación de hipoteca o cualquier otro gravamen sobre vivienda de su propiedad;
- c) La inversión en educación para él, ella o su familia; y
- d) Los gastos por atención médica y hospitalaria para él, ella y su familia”.

⁶ El Artículo 142 (a) y (b) de la LOTTT prevé que: “Las prestaciones sociales se protegerán, calcularán y pagarán de la siguiente manera:

- a) El patrono o patrona depositará a cada trabajador o trabajadora por concepto de garantía de las prestaciones sociales el equivalente a quince días cada trimestre, calculado con base al último salario devengado. El derecho a este depósito se adquiere desde el momento de iniciar el trimestre.
- b) Adicionalmente y después del primer año de servicio, el patrono o patrona depositará a cada trabajador o trabajadora dos días de salario, por cada año, acumulativos hasta treinta días de salario”.

abonos trimestrales en la contabilidad de la compañía; o (ii) realizando depósitos trimestrales en un fideicomiso individual⁷.

Coincidimos con Rafael Alfonzo Guzmán⁸ en que la elección de cualquiera de estas dos opciones dará lugar a la formación de contratos especiales de carácter real que se perfeccionan con la entrega de la prestación periódica de antigüedad al patrono o fiduciario, a solicitud del trabajador.

Se trata de contratos accesorios al contrato de trabajo, ya que ocurre una novación objetiva de la relación: la obligación original del empleador de hacer el respectivo abono o depósito es sustituida por otra, la de restituir la suma de dinero más las ganancias de la inversión fiduciaria o intereses legales, y en paralelo, nace en cabeza del trabajador, un nuevo derecho, el de exigir la restitución del dinero al término de la relación laboral.

Acreditar las prestaciones sociales en la contabilidad de la compañía

Una apreciación netamente civilista del negocio jurídico que ocurre entre el empleador y el trabajador cuando el primero acredita en su contabilidad las prestaciones sociales, nos permite concluir que nos hallamos ante un contrato de préstamo a interés, como variedad del mutuo (claro está).

Basta con revisar el artículo 1735 del Código Civil⁹: “*el mutuo es un contrato por el cual una de las partes entrega a otra cierta cantidad de cosas, con cargo de restituir otras tantas de la misma especie y calidad.*”

Luego, el artículo 1737 del mismo Código termina de configurar el supuesto del mutuo al indicar que: “*la obligación que resulta del préstamo de una cantidad de dinero, es siempre la de restituir la cantidad numéricamente expresada en el contrato.*”

Retomando la postura –a nuestro parecer acertada– de Alfonzo-Guzmán, ¿no ocurre en estos casos que el trabajador (mutuante) cede al patrono (mutuario), hasta la terminación del respectivo contrato de trabajo, su derecho de propiedad y posesión de prestaciones que se causan a su favor? Es indiscutible que a partir del momento en que el patrono acredita en su contabilidad las sumas causadas por el tiempo de servicios del trabajador, no utiliza fondos propiedad del trabajador, sino fondos de su exclusivo dominio y posesión, con cargo de restituirlos.

⁷ La LOTTT también establece la posibilidad de pagar las prestaciones sociales a través de depósitos trimestrales al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales, pero el Programa para su funcionamiento se encuentra aún en desarrollo.

⁸ Ver Rafael Alfonzo Guzmán, “El mutuo y el fideicomiso. Contratos obligatorios de fianza y aval”, en *Otras Caras del Prisma Laboral*, segunda edición, Caracas, 2009, pp. 309-325.

⁹ Publicado en Gaceta Oficial Nro. 2.990 Extraordinario, del 26 de julio de 1982.

La obligación de restituir no pesa entonces, sobre el empleador como parte del contrato de trabajo, sino como parte del contrato accesorio de mutuo¹⁰.

Pero, ¿cómo se vería afectado tal esquema de compensación si su pago se realiza en moneda extranjera¹¹?

Moneda de registro en la contabilidad

La primera dificultad que se pudiese generar sería determinar la forma en que los aportes a las prestaciones sociales en moneda extranjera serían reconocidos contablemente.

Habíamos dicho que, derivado de la situación económica actual en Venezuela, el bolívar había perdido su utilidad práctica, viéndose desplazado por la moneda extranjera. Ello se tradujo en que los operadores económicos hayan optado por la utilización de una moneda distinta al bolívar en su giro comercial, constituyéndose como la moneda de pago para la mayoría de sus obligaciones, así como para la determinación de los precios de sus ventas y prestaciones de servicios.

En principio, la información contable se prepara sobre la base de la moneda de curso legal del país en donde desarrolla actividades la entidad sobre la cual se muestra dicha información. Esto se conoce como moneda funcional¹². En este sentido, existe una presunción que la moneda funcional de una entidad guarda relación con la moneda de curso legal en donde opera. Para el caso venezolano, en principio, entenderíamos que la moneda funcional de los operadores económicos es el bolívar por cuanto, es la moneda de curso legal en Venezuela, tal como se encuentra consagrado en los artículos 106 y 116 de la Ley del Banco Central de Venezuela (LBCV)¹³.

¹⁰ No consideramos que la posibilidad de solicitar anticipos sobre la garantía de prestaciones sociales desvirtúe la naturaleza del contrato de mutuo, antes bien puede tratarse de una modalidad del préstamo a interés, el préstamo con amortizaciones, pero ese es un tema que excede el alcance de este estudio.

Adicionalmente, hay posturas que sostienen que se trata de un contrato de depósito, más bien, sin embargo, nos apoyamos en la redacción del artículo 1759 del Código Civil para sostener que sí se trata de un contrato de mutuo, ya que dicho artículo es claro al indicar que: “Cuando el depositario tiene permiso de servirse o usar de la cosa depositada, el contrato cambia de naturaleza y ya no es depósito, sino mutuo o comodato, desde que el depositario haga uso de ese permiso”.

¹¹ Nos referimos al establecimiento de la moneda extranjera como moneda de cuenta y de pago.

¹² Norma Contable NIC 21, Definiciones: Moneda funcional es la moneda del entorno económico principal en el que opera la entidad.

¹³ Publicada en Gaceta Oficial No. 6.211 extraordinario del 31 de diciembre de 2015. Esta previsión tiene asidero a su vez, en el Artículo 318 Constitucional que establece

No obstante, pudiese ser que, con base en la aplicación de lo dispuesto en las normas contables (en este caso NIC 21), se llegue a la conclusión que la moneda de curso legal no es la moneda funcional de una entidad. Para ello, debe considerarse si el entorno económico y las operaciones de la entidad cumplen con los requisitos indicados en la norma contable para establecer que la moneda funcional de dicha entidad no corresponde con la moneda de curso legal.

Estos requisitos indicados por la NIC 21 son: i) que la moneda influya en los precios de los bienes y servicios, así como sobre los costos y gastos incurridos en la producción de dichos bienes y en el suministro de dichos servicios; ii) que la moneda corresponda con los fondos provenientes de la financiación y sea la moneda en que se mantengan los importes cobrados¹⁴.

que: (...) “La unidad monetaria de la República Bolivariana de Venezuela es el Bolívar. (...)”.

Artículo 106 LBCV: La unidad monetaria de la República Bolivariana de Venezuela es el bolívar. En caso de que se instituya una moneda común, en el marco de la integración latinoamericana y caribeña, podrá adoptarse la moneda que sea objeto de un tratado que suscriba la República.

Artículo 116 LBCV: Las monedas y billetes emitidos por el Banco Central de Venezuela tendrán poder liberatorio sin limitación alguna en el pago de cualquier obligación pública o privada, sin perjuicio de disposiciones especiales, de las leyes que prescriban pago de impuestos, contribuciones u obligaciones en determinada forma y del derecho de estipular modos especiales de pago.

¹⁴ NIC 21,9 Moneda Funcional: El entorno económico principal en el que opera la entidad es, normalmente, aquél en el que ésta genera y emplea el efectivo. Para determinar su moneda funcional, la entidad considerará los siguientes factores:

(a) La moneda:

(i) que influya fundamentalmente en los precios de venta de los bienes y servicios (con frecuencia será la moneda en la cual se denominen y liquiden los precios de venta de sus bienes y servicios); y

(ii) del país cuyas fuerzas competitivas y regulaciones determinen fundamentalmente los precios de venta de sus bienes y servicios.

(b) La moneda que influya fundamentalmente en los costos de la mano de obra, de los materiales y de otros costos de producir los bienes o suministrar los servicios (con frecuencia será la moneda en la cual se denominen y liquiden tales costos).

Los siguientes factores también pueden suministrar evidencia acerca de la moneda funcional de una entidad:

(a) la moneda en la cual se generan los fondos de las actividades de financiación (esto es, la que corresponde a los instrumentos de deuda y patrimonio emitidos).

(b) la moneda en que se mantienen los importes cobrados por las actividades de operación.

En palabras llanas, la moneda funcional de una entidad corresponderá a la moneda en la cual se fijen los precios, se paguen los costos y los gastos, se utilice para financiar las operaciones y se mantenga una vez cobrado el precio los bienes vendidos y los servicios prestados.

Para el caso venezolano, derivado de la situación económica paupérrima en la cual el bolívar es prácticamente inutilizable e inutilizado a los fines corporativos, los precios de los bienes y servicios (ingresos y costos) son fijados en moneda extranjera y, además, dicha moneda es utilizada para financiar la producción, así como para acumularla de cara al pago de deudas tanto a terceros como a los accionistas. Esto trae como consecuencia que las entidades estén facultadas para medir su patrimonio de conformidad con una moneda distinta al bolívar¹⁵.

Contablemente, se entiende como reporte la forma en la cual la información es presentada con la finalidad de evidenciar la situación del activo, el pasivo y el patrimonio, así como de los ingresos y gastos para evaluar las perspectivas de entradas de efectivo netas futuras a la entidad y la administración realizada por la gerencia de los recursos de la entidad. En este sentido, la moneda de reporte será aquella en la cual se presentará la información financiera, pudiendo o no coincidir con la moneda funcional.

Sin perjuicio de la posibilidad de que los operadores económicos lleven (reconozcan y midan) una contabilidad con base a una moneda (funcional) distinta a la moneda de curso legal del país donde operan, puede suceder que, para que la información contable surta efectos en dicho país, esta deba convertirse o presentarse en la moneda de curso legal, para lo cual, deberá traducirse la información contable a dicha moneda. Esta moneda de reporte se denomina a los fines contables como moneda de presentación. Este sería el caso del bolívar para la presentación de la información financiera que vaya a surtir efectos en Venezuela.

En efecto, el artículo 129 de la LBCV establece que “[e]n la contabilidad de las oficinas, públicas o privadas y en los libros cuyo empleo es obligatorio, de acuerdo con el Código de Comercio, los valores se expresarán en bolívares”.

Observamos entonces que, por mandato legal, existe la obligación de presentar (expresar) en bolívares la información contable para que la misma tenga valor probatorio y surta efectos jurídicos en el país. Asumiendo que la moneda funcional del empleador sea el bolívar, como suele suceder en el caso de la

¹⁵ Por aplicación de la NIC 21, 35 Cambio de Moneda Funcional: Cuando se produzca un cambio de moneda funcional en la entidad, ésta aplicará los procedimientos de conversión que sean aplicables a la nueva moneda funcional de forma prospectiva desde la fecha del cambio.

mayoría de las entidades en la actualidad,¹⁶ los montos de la garantía de prestaciones sociales deberán estar expresados en su equivalente en bolívares aplicando para su conversión, el tipo de cambio oficial vigente publicado por el Banco Central de Venezuela, al momento en se realice el asiento¹⁷.

¿Qué tasa de interés resultaría aplicable a los montos acreditados?

El segundo inconveniente – y no de menor complejidad- sería definir la tasa de interés que aplicaría sobre los montos acumulados en moneda extranjera.

El artículo 143 de la citada LOTTT prevé que cuando la garantía de prestaciones sociales se encuentre acreditada en la contabilidad de la compañía, devengará intereses a la tasa promedio entre la tasa pasiva y la activa determinada por el Banco Central de Venezuela (BCV). El mismo artículo indica que esos intereses serán calculados mensualmente y pagados al cumplir cada año de servicio. Quiere decir entonces que bajo la figura del contrato de mutuo *in comento*, el empleador asume la obligación de restituir el préstamo con los intereses generados, a la tasa legal establecida¹⁸.

El propósito de esta disposición es asegurar que los fondos acreditados rindan frutos en beneficio del trabajador. Mientras el empleador no haga efectivo el pago, dicho monto permanece dentro de su patrimonio, reportándole beneficios al hacer

¹⁶ El tratamiento contable sería distinto para el caso de que la moneda funcional fuese la moneda extranjera, pero requeriría de un estudio separado para su análisis.

¹⁷ No puede entenderse que el artículo en cuestión obligue a la llevanza de una contabilidad en bolívares, esto es, que la moneda funcional de los agentes económicos que operan en el país deba ser exclusiva y excluyentemente en bolívar. A los efectos contables, se presume que la moneda funcional es la moneda de curso legal, no obstante, esta presunción puede ser desvirtuada en aplicación de los principios de contabilidad de aceptación general, los cuales tienen plena vigencia por mandato del Código de Comercio. Sobre este tema ha profundizado Humberto Romero-Muci, en su artículo “La disfunción del bolívar y la dolarización de facto de la economía”, en *Libro Homenaje al Profesor Luis Cova Arria*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

¹⁸ En relación con definiciones de “interés” tenemos la del citado J. Otis Rodner, *ob. cit.*, p. 525: “...es una prestación accesoria de pagar una cantidad, en general, de manera reiterada, que corresponde a quien disfruta de un capital ajeno en proporción a su cuantía, sin alterar la cuantía de la obligación principal...”. También Humberto Romero-Muci citando a F. Ferrara, ofrece una definición en su libro *Lo Racional y lo Irracional de los Intereses Moratorios en el Código Orgánico Tributario*, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2004, p. 13: “*El interés se identifica con una cantidad de dinero que debe ser pagada por la utilización y disfrute de un capital consistente también en una suma de dinero. Puede ser definido como la prestación accesoria, y homogénea respecto a la prestación principal, que se agrega a la obligación principal por efecto del transcurso del tiempo y que se determina como una alícuota de la misma...*”.

uso del capital, de forma que tiene derecho el trabajador de percibir los correspondientes intereses sobre esas prestaciones sociales, mientras no le sean canceladas¹⁹.

Como tipo de interés retributivo que es (pues compensan al acreedor de una prestación de dinero por el disfrute de un capital ajeno)²⁰, se ubica con mayor precisión entre los *intereses correspectivos*, por generarse sobre obligaciones de dinero líquidas y exigibles, recordando que el salario y las prestaciones sociales son créditos laborales de exigibilidad inmediata²¹.

Además, constituyen la retribución que corresponde al acreedor (el trabajador) de una suma de dinero líquida y exigible, por el disfrute del capital que se le debe por parte del obligado (el patrono). Se fundamenta en una presunción absoluta de la productividad del dinero y de la utilidad que presumiblemente también obtiene el

¹⁹ Este criterio es abordado en las decisiones de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia: sentencia Nro. 642 del 14 de noviembre de 2002, caso *Roberto Martínez Aboitiz vs. ISANOVA, C.A.*, que indica: “Sin embargo, al surgir divergencias a la hora de efectuar dicho pago [las prestaciones sociales], corresponde a los órganos jurisdiccionales competentes determinar la procedencia o no del mismo, permaneciendo generalmente en manos del patrono el monto de dichas prestaciones, lo que significa que el mismo continúa generando intereses para el trabajador, conforme a la norma señalada, pues mientras el empleador no haga efectivo el pago, tal monto permanece dentro de su patrimonio reportándole beneficios al hacer uso del capital, de forma que tiene derecho el trabajador de percibir los correspondientes intereses sobre esas prestaciones sociales, mientras éstas no le sean canceladas...” Y la sentencia Nro. 1253 del 31 de julio de 2008, caso *Miguel Rojas García y otros s. CVG Ferrominera Orinoco, C.A.*, que reitera que: “...los intereses sobre prestaciones sociales, provienen del uso por parte del patrono durante la relación laboral, del capital perteneciente al trabajador, y hasta tanto el monto de esas prestaciones no le era entregado al trabajador, seguía generando intereses hasta su efectivo pago, es decir, se trata de una retribución al trabajador por mantener el patrono en uso y disposición tales cantidades (...)(...) si el patrono permanecía en poder de las cantidades respectivas, las mismas devengaban intereses conforme a la tasa estipulada por el Banco Central de Venezuela, pues mientras el patrono no haga efectivo el pago, dicho monto permanece dentro de su patrimonio, reportándole beneficios al hacer uso del capital, de forma que tiene derecho el trabajador de percibir los correspondientes intereses sobre esas prestaciones sociales, mientras éstas no le sean canceladas...”.

²⁰ La sentencia Nro. 303 de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia del 13 de diciembre de 2021, caso *Stephanie Álvarez Villegas vs. Angiología, C.A. (Clínica Angios, C.A.)* confirma que: “... los intereses [sobre prestaciones sociales] que dicha acumulación generan, que son, dada su naturaleza, correspectivos (esto es, por naturaleza, retributivos, no indemnizatorios: moratorios) ...”.

²¹ Artículo 93 de la CRBV.

patrono de ese dinero, siendo una manifestación concreta del principio de la prohibición del enriquecimiento sin causa²².

Pero entonces, siguiendo el mandato legal del artículo 143 de la LOTT, ¿es razonable aplicar la tasa de interés publicada para tal fin, por el BCV, a un capital acumulado en moneda extranjera?

De antemano, la respuesta pareciera ser que no. El cálculo de los intereses que se generan y se pagan sobre una obligación de dinero están, por definición relacionadas con la moneda en la cual está denominada la obligación principal, en virtud de dos principios²³:

- Igualdad genérica: la obligación de pago de intereses se debe en exactamente la misma moneda de la obligación principal;
- Uso de la ley de la moneda: el cálculo correspondiente del monto de los intereses que se deben sobre una obligación pecuniaria determinada debe hacerse aplicando la ley de la moneda en la cual está cifrada la obligación²⁴. Quiere decir que, si se va a aplicar una tasa de interés legal, la tasa de interés legal que se debe aplicar es la tasa de interés de acuerdo con la ley donde la moneda tiene curso legal.

Partiendo de lo anterior, ¿cabría aplicar el citado artículo 143, de forma restrictiva sobre los montos de la garantía de prestaciones sociales expresados en moneda extranjera? Algunos argumentos que desaconsejan esta práctica:

- Las tasas de interés que fija el BCV resultan aplicables a transacciones a ser liquidadas en bolívares y guardan relación con las tasas de inflación propias del mercado en bolívares.
- Como la relación de préstamo entre el patrono y el trabajador constituye un contrato de mutuo accesorio al del contrato de trabajo, el cual se encuentra regulado por el derecho común en todo cuanto no resulte contradictorio con las reglas de la legislación laboral, las partes pudiesen pactar la tasa de interés a aplicar.
- Si el argumento anterior no resulta del todo convincente, por considerar que el trabajador siendo un débil jurídico requiere de una protección especial que lo sujeta a las previsiones de la ley laboral que son materia de orden público no derogables por la voluntad de las partes, por lo

²² Humberto Romero-Muci, *ob. cit.*, pp. 21-22.

²³ James-Otis Rodner, *ob. cit.*, p. 549.

²⁴ Según Rodner, *ibidem*, “el interés sigue a la moneda” significa que todas las normas relativas al cálculo del monto de los intereses deben ser normas correspondientes de la moneda en la cual está cifrada la obligación principal.

menos consideremos la posibilidad de que el trabajador de dirección²⁵ y el empleador sí puedan acordar una tasa de interés aplicable. Hemos visto que el trabajador de dirección no es considerado débil jurídico propiamente, (por citar un caso el de *Sánchez vs. Universal Music*²⁶), y que por tener un elevado poder de negociación recibe un tratamiento distinto del trabajador ordinario. Creemos que ese “elevado poder de negociación” se puede traducir en la autonomía para pactar la tasa de interés, desaplicando justificadamente el artículo 143 de la LOTTT. Si bien es cierto que determinar el “elevado poder de negociación” será una cualidad que se deba definir caso por caso, existen criterios objetivos que pudiesen contribuir a su calificación, tales como: el alto nivel de las funciones del trabajador, su experiencia profesional, la magnitud de su remuneración, por ejemplo²⁷.

- El principio de “*el interés sigue a la moneda*” sugiere que se podría convenir una tasa alterna, representativa, a determinar por las partes acorde a la moneda de pago utilizada como la *SOFR, Treasury rates*, o tasas similares a las tasas de papeles comerciales denominados en dólares, por ejemplo.
- Aun cuando se refiere concretamente a los intereses de mora, encontramos dos antecedentes jurisprudenciales²⁸ en donde se reconocen las limitaciones de aplicar tasas de interés publicadas por el BCV a montos denominados en moneda extranjera, en los siguientes términos:

“Siendo que la obligación principal se encuentra en moneda extranjera, sin embargo, las tasas de interés publicadas por el Banco Central de Venezuela están establecidas solo en bolívares, el experto procederá a

²⁵ El Artículo 37 de la LOTTT define al trabajador de dirección como aquel que interviene en la toma de decisiones u orientaciones de la entidad de trabajo, así como el que tiene el carácter de representante del patrono o patrona frente a otros trabajadores, trabajadoras o terceros, y puede sustituirlo o sustituir las, en todo o en parte, en sus funciones.

²⁶ Sentencia de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, Nro. 192 del 17 de marzo de 2005, caso *Carlos V. Sánchez vs. Universal Music de Venezuela, S.A.*

²⁷ Andrés Carrasquero Stolk desarrolla este aspecto con bastante fundamento en su artículo “Trabajadores con elevado poder de negociación y Derecho aplicable a sus contratos: no se justifica restricción a la autonomía de las partes”, en *Libro Homenaje al Profesor Eugenio Hernández-Bretón*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2019, pp. 43-64.

²⁸ Decisiones de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia Nro. 269 del 8 de diciembre de 2021, caso *Oscar Quiroz y otros vs. Baker Hughes de Venezuela, S.C.P.A.*, y sentencia Nro. 36 del 15 de marzo de 2022, caso *Diógenes Castro y otros vs. Baker Hughes de Venezuela, S.C.P.A.*

efectuar el cálculo de los intereses de mora convirtiendo la deuda a bolívares a la tasa oficial para el momento que tenga lugar el pago, monto al cual le aplicará las tasas de interés, (...) a fin de obtener el monto total en bolívares.” (Subrayado y resaltado nuestro).

- Los intereses corresponsivos tienen una función retributiva. Tienen como función restablecer el equilibrio económico roto al disponer el deudor de una suma de dinero debida al acreedor. No obstante, debe existir proporcionalidad entre la obligación de pagar intereses y la obligación capital, equilibrio que se desvirtúa con la aplicación de las tasas publicadas por el BCV. El pago de estos intereses no puede tener finalidades lucrativas o indemnizatorias.

El fin perseguido por la norma es el de dar equilibrio económico a las prestaciones de las partes y proteger este equilibrio contra la inflación o la devaluación. No obstante, al acumular estos montos en moneda *dura* la afectación de la inflación o devaluación sobre estos montos será distinta a la que tendría sobre montos en bolívares. Usar el interés aplicable al bolívar para remunerar pasivos en moneda extranjera implica una desproporción que lo convierte en irrazonable por excesivo. La remuneración excesiva se convierte en un enriquecimiento injusto para el trabajador y en un sacrificio económico excesivo para el empleador.

De hecho, en el cuadro que se muestra a continuación, se puede apreciar el significativo incremento de las tasas de interés activa y pasivas aplicables a la relación de trabajo, publicadas por el BCV para el año 2012 (fecha en que entró en vigencia la LOTTT) ubicándose en un rango entre 15% y 16%, y el año 2022 corriente, donde ya representa un rango que oscila entre el 45% y 47%.

Tasa de interés aplicable al cálculo de los intereses sobre prestaciones sociales

BCV 2012-2022 Promedio entre la tasa activa y pasiva

	Enero	Feb.	Marzo	Abril	Mayo	Junio	Julio	Ago.	Sept.	Oct.	Nov.	Dic.
2012	15.70	15.18	14.97	15.41	15.63	15.38	15.35	15.57	15.65	15.50	15.29	15.06
2022	47.18	47.00	46.09	45.98	47.07	46.69	46.72					

Por el contrario, una interpretación más conservadora apuntaría a seguir el criterio marcado por las recientes decisiones del Tribunal Supremo de Justicia²⁹ que discuten el pago de prestaciones sociales en moneda extranjera y ordenan la

²⁹ Como las decisiones de la Sala de Casación Social del Tribunal de Justicia: sentencia Nro. 62 del 10 de diciembre del 2020, caso *Fernando Jodra Trillo vs. Tecnología Smartmatic de Venezuela, C.A. y otros*; sentencia Nro. 884 del 5 de diciembre de 2018, caso *Samira Alejandra Hijjawi Rodríguez vs. TELEPLASTIC, C.A.*

aplicación de la tasa de interés publicada por el BCV a las prestaciones sociales estipuladas en moneda extranjera convertidas a bolívares, utilizando para ello, el tipo de cambio oficial conforme a la tasa que fije el BCV, para el momento en que se realice el pago efectivo del beneficio (la acreditación a la contabilidad). De esta manera:

- Se convertiría el saldo de la garantía de las prestaciones sociales acumuladas en moneda extranjera, a bolívares, mes a mes, utilizando para su conversión, la tasa de cambio oficial publicada por el BCV vigente al momento en que se vaya a determinar el interés generado.
- Sobre el monto de bolívares resultante, se aplicaría la tasa de interés sobre prestaciones sociales publicada por el BCV del mes que corresponda.
- Se pagaría en la fecha aniversario del trabajador, el acumulado de intereses del año en bolívares o en moneda extranjera. En el último supuesto, los bolívares se convertirían a divisas aplicando la tasa de cambio oficial publicada por el BCV vigente al momento efectivo del pago de los intereses³⁰. Esta fórmula resultaría menos gravosa para el empleador.

Depositar las prestaciones sociales en un fideicomiso

El contrato de fideicomiso supondría que el empleador se obligará a liquidar trimestralmente las prestaciones sociales y las depositará en una institución financiera, con la cual el trabajador celebra el contrato definitivo de fideicomiso.

En este caso, los bienes fideicomitidos (las prestaciones sociales) constituyen un patrimonio separado en cabeza del fiduciario (la institución financiera).³¹ El fideicomitente trabajador celebra el contrato de fideicomiso directamente con la institución financiera que tendrá a su cargo la administración e inversión de esos fondos³². Así, el patrono cumple con su obligación de pago y se libera de toda responsabilidad sobre la tenencia y manejo de la suma depositada.

Pero, ¿cómo operaría este contrato si la moneda de pago es extranjera?

³⁰ El Artículo 143 de la LOTTT prevé que: “(...) Los intereses serán calculados mensualmente y pagados al cumplir cada año de servicio, salvo que el trabajador, mediante manifestación escrita, decidiera capitalizarlos”.

³¹ José Mélich Orsini presenta un análisis de la figura en su nota “El Fideicomiso en Venezuela”, en *Boletín Número 142 de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, 2004, pp. 407-438.

³² En este sentido diferimos de Mélich Orsini quien asegura que el fideicomitente es el patrono quien entrega en fideicomiso las prestaciones sociales de su trabajador a un banco (fiduciario) para que al término de la relación laboral las entregue al trabajador (beneficiario), denotando que el contrato de fideicomiso se perfecciona entre empleador y banco. José Mélich Orsini, *ob. cit.*

En principio, la Ley de Fideicomiso ha determinado que sólo podrán ser fiduciarios las instituciones bancarias constituidas en el país³³. No obstante, ello no ha impedido que la práctica revele la constitución de fideicomisos de bancos locales con sucursales en el exterior para que puedan realizarse depósitos de prestaciones sociales en moneda extranjera, entendiéndose que suponen un beneficio para el trabajador, pues se contribuye a la realización del fin último de previsión social y verdadero ahorro de las prestaciones sociales.

En el mismo sentido, en el reciente caso *Diógenes Castro y otros vs Baker Hughes de Venezuela, S.C.P.A.*³⁴, se admite la posibilidad de establecer fideicomisos en moneda extranjera, al indicar que:

*“Asimismo, puede ocurrir a) que al pactarse el salario total o en parte en divisas en forma inequívoca como moneda de pago, puedan **también las partes pactar o convenir -artículo 128 del DLBCV- que la liquidación de los beneficios laborales sea pagada en esa moneda extranjera (prestaciones sociales acreditada en la contabilidad -artículo 129 del DLBCV- o fideicomiso en un banco que permita esa modalidad, bono vacacional y utilidades)**, permitido así el pago en esa moneda bajo el nuevo esquema cambiario -literal b) del artículo 8 del Convenio Cambiario N° 1 (7 de septiembre de 2018)...”* (Resaltados añadidos).

Por otra parte, resulta importante que los depósitos realizados en fideicomisos en moneda extranjera mantengan las condiciones que caracterizan a las prestaciones sociales, como lo son:

- Los depósitos al fideicomiso deberán hacerse de manera trimestral;
- La posibilidad de retirar los fondos por parte de los trabajadores deberá ser limitada conforme a los términos de la LOTTT (hasta un 75% de los fondos, por las razones que establece la ley, una vez al año salvo que se trate de gastos médicos); y
- Se debe contar con la autorización del trabajador para establecer este mecanismo de pago.

A todo evento, el fideicomiso laboral proporciona a los trabajadores un medio para asegurar el rendimiento económico de sus prestaciones sociales a medida que ellas se vayan causando, al confiarlos en manos de una institución experta. Esto mitigaría cualquier riesgo de exponer esos fondos a una eventual embargabilidad si permanecieran en poder del patrono, quien se beneficiaría también, pues se libera de la obligación legal de abonarle cada año intereses a esos fondos de sus

³³ Artículo 12 de Ley De Fideicomisos, publicada en Gaceta Oficial No. 496 Extraordinario del 17 de agosto de 1956.

³⁴ Sentencia Nro. 36 del 15 de marzo de 2022, caso *Diógenes Castro y otros vs. Baker Hughes de Venezuela, S.C.P.A.*

trabajadores si ellos permanecieran en su patrimonio, evitando caer en las disquisiciones sobre la tasa de interés aplicable, que se exponen arriba³⁵.

A manera de conclusiones

1.- Al momento de pactar el pago de las prestaciones sociales, pareciera recomendable que, en caso de optar por acreditarlas en la contabilidad, se procure ofrecer el pago del beneficio en bolívares para evitar las disparidades cambiarias que se pudiesen suscitar al igual que las dificultades de determinar la fórmula para aplicar la tasa de interés correspondiente.

2.- La constitución de fideicomiso conviene para efectos de delegar la administración de los fondos a un tercero (aun cuando ello pudiese suponer un incremento en costos para el empleador quien deberá pagar comisiones e impuestos adicionales por la administración de esos fondos), y para beneficio del trabajador, quien asegura la acumulación de sus prestaciones sociales en moneda dura.

A modo de reflexión final, quizá sea necesario replantearse la causa que da origen a la forma diferida en que se paga el beneficio de las prestaciones sociales en sí, que pretende tener una finalidad de previsión social. Es aparente que el diferimiento de su pago hasta el término de la relación laboral, supone una subestimación de la capacidad del trabajador para ahorrar, fundado en el “*prejuicio de que el trabajador de cualquier oficio, categoría y grado de preparación técnica es inhábil*”³⁶, y por lo tanto, se convierte en una carga inútilmente gravosa para el empleador, quien asume la obligación de preservar los fondos y restituirlos al término de la relación (para el caso de la acreditación en la contabilidad) y los costos administrativos que supone mantener los fondos en una institución bancaria (para el caso de los depósitos en fideicomiso).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Aguilar Gorrondona, José Luis, *Contratos y Garantías*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2011.

Alfonzo-Guzmán, Rafael J., *Otras Caras del Prisma Laboral, Quince Estudios de Derecho del Trabajo*, Editorial Melvin, C.A., Caracas, 2009.

_____, *Nueva Didáctica del Derecho del Trabajo*, Editorial Melvin, C.A., Caracas, 2011.

³⁵ José Mélich Orsini, *ob. cit.*, p. 436.

³⁶ Siguiendo los términos utilizados por Alfonso-Guzmán, *ob. cit.*

BERNARDONI, M., “Las prestaciones sociales en Venezuela, ¿fin de la historia?”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Monteávila*, Caracas, 2012.

BORJAS H, Leopoldo y otros, *Los intereses y la usura. Estudios Jurídicos*, Editorial Revista de Derecho Mercantil, Caracas, 1988.

CARRASQUERO STOLK, Andrés, “Trabajadores con elevado poder de negociación y Derecho aplicable a sus contratos: no se justifica restricción a la autonomía de las partes”, *Libro Homenaje al Profesor Eugenio Hernández-Bretón*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2019.

ESCOVAR ALVARADO, Ramón, “Régimen aplicable al pago de obligaciones en moneda extranjera”, *Libro Homenaje al Profesor Eugenio Hernández Bretón*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2019.

GUILARTE LAMUÑO, Reinaldo, “Las obligaciones laborales en moneda extranjera en la doctrina de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia”, *Revista Derecho y Sociedad*, Caracas, 2022.

MÉLICH ORSINI, José, “El Fideicomiso en Venezuela”, *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, No. 142, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2004.

PRÓ-RISQUEZ, Juan Carlos, “El pago del salario en divisas y otras opciones económicas de retención en Venezuela”, *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, Caracas, 2018.

RODNER S., James-Otis, *El Dinero. Obligaciones de dinero y de valor. La inflación y la deuda en moneda extranjera*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2005.

ROMERO-MUCI, Humberto, *Lo Racional y lo Irracional de los Intereses Moratorios en el Código Orgánico Tributario*, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2004.

____ “La disfunción del bolívar y la dolarización de facto de la economía”, *Libro Homenaje al Profesor Luis Cova Arria*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

RESPONSABILIDAD DEL DEUDOR POR SUS AUXILIARES*

*Enrique Urdaneta Fontiveros***

SUMARIO

I. Introducción. II. Inaplicabilidad del artículo 1.191 del Código Civil. III. Caracteres de la responsabilidad. IV. Fundamento de la responsabilidad. 1. Teoría de la presunción de culpa. 2. Teoría objetiva o del riesgo. 3. Teoría de la garantía tácita. 4. Teoría de la representación. 5. Teoría de la fuerza mayor. 6. Teoría de la estructura de la relación obligatoria. V. Persona responsable. VI. Hechos por los que se responde. 1. El hecho dañoso debe surgir de la inejecución del contrato. 1. El hecho dañoso debe surgir de la inejecución del contrato. 3. El hecho debe ser realizado por el auxiliar en el ejercicio de sus funciones. 4. Carácter culposo del hecho del auxiliar. VII. Personas por cuyos hechos se responde. 1. Auxiliares de cumplimiento. 2. Intervención del tercero por sí mismo. 3. La cuestión de la relación de dependencia entre el deudor y sus auxiliares. 4. Personas físicas y jurídicas. 5. Representantes legales y convencionales. 6. Clases de auxiliares. A. Ayudantes o auxiliares *stricto sensu*. B. Sustitutos. a) Conceptuación. b) Disposiciones para casos particulares. b.1) Contrato de arrendamiento. b.2) Contrato de mandato. b.3) Contrato de obras. b.4. Contrato de transporte. 7. Otras personas. VIII. Régimen jurídico de la responsabilidad. 1. Principio general de la responsabilidad del deudor por sus auxiliares. 2. Consecuencias. A. El hecho del auxiliar es un hecho del deudor. B. Causa extraña no imputable. C. Dolo del auxiliar. D. Otras aplicaciones del principio general de la responsabilidad contractual indirecta. a) Clausula penal. b) Garantías. c) Compensación de culpas. IX. Clausulas exonerativas y limitativas de responsabilidad. X. Responsabilidad del auxiliar frente al acreedor. 1. Responsabilidad extracontractual por hecho ilícito. 2. Responsabilidad contractual *ex* acción directa. XI. Acción del deudor frente al auxiliar.

* Versión ampliada y revisada de la conferencia dictada por el doctor Enrique Urdaneta Fontiveros en la XI Jornada Anfbal Dominici, realizada el 10 de mayo de 2022, en memoria de la doctora María Candelaria Domínguez Guillén

** Profesor Titular de Derecho Civil en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello (Caracas). Individuo de número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

I. Introducción

Es un hecho fácilmente constatable que la mayoría de los contratos importantes no se cumplen por el mismo deudor. El deudor confía a sus auxiliares o subordinados la ejecución del contrato. El empresario hace que sus contratos sean cumplidos por su personal; el transportista encomienda a sus empleados que realicen el transporte que se le ha encargado, etc.

En el tráfico moderno buena parte de los daños causados por la inexecución del contrato y, más aún, los más significativos se producen a través de sujetos distintos del deudor o civilmente responsable. Desde luego, se dan situaciones en las cuales, jurídicamente, al deudor no le está permitido el empleo de auxiliares para el cumplimiento. Pero estos casos son hoy excepcionales.

En el campo contractual, la responsabilidad del deudor que, para el cumplimiento de su obligación, se vale de terceras personas está consagrada de manera general, entre otros, en los Códigos Civiles alemán (§ 278), suizo de las Obligaciones (art. 101), italiano de 1942 (art. 1.228), portugués (art. 1.967), peruano (art. 1.325) y argentino (art. 1.753).

En nuestro Código Civil, al igual que en el Código Napoleón y en el Código Civil italiano de 1865, no existe una disposición general que regule la materia, aunque si existen disposiciones para casos particulares. Así, en el artículo 1.293 se establece que el deudor de un cuerpo cierto se libera entregándolo en el estado en que se encuentre al tiempo de la entrega, con tal de que los deterioros que le hayan sobrevenido no provengan de culpa o hecho del deudor o de las personas de que él sea responsable; según el artículo 1.597, el arrendatario responde de las pérdidas y deterioros causados por las personas de su familia y por los subarrendatarios; en el artículo 1.642 se consagra la responsabilidad del empresario por el trabajo ejecutado por las personas que ocupe en la obra; de acuerdo con el artículo 1.695, el mandatario responde de la gestión del sustituto cuando no se le dio poder para sustituir o cuando, habiéndosele dado, haya incurrido en culpa en la elección del sustituto y en las instrucciones que debió comunicarle; conforme al artículo 1.778, los posaderos, fondistas, mesoneros, patronos y conductores responden de los hurtos y daños causados en los efectos de los viajeros por sus criados, encargados o dependientes; según el artículo 169 del Código de Comercio, el porteador responde de los hechos de sus dependientes, como también de los de todos los porteadores subsiguientes o intermediarios o de cualquier otra persona a quien confíe la ejecución del transporte.

Aunque el Código Civil venezolano, a diferencia de otros códigos extranjeros, no ha formulado expresamente el principio de la responsabilidad contractual por las personas de que se vale el deudor para el cumplimiento de sus obligaciones, como se explica poco más adelante, la aplicación del derecho común de la responsabilidad contractual basta para afirmar la responsabilidad del deudor por las personas que voluntariamente introduce en el cumplimiento. Además, las necesidades económicas no permiten otra solución.

El problema consiste en determinar cuáles son los terceros por los cuales el deudor responde, así como el fundamento y la medida de su responsabilidad.

II. Inaplicabilidad del artículo 1.191 del Código Civil

De entrada, hay que señalar que no es en el artículo 1.191 del Código Civil que consagra la responsabilidad civil de los dueños, principales o directores por el hecho ilícito de sus sirvientes o dependientes en el ejercicio de las funciones en que los han empleado donde debe buscarse la solución del problema, ya que el principio de la responsabilidad extracontractual por el hecho ajeno es absolutamente especial y no podría transportarse al campo de las obligaciones contractuales¹.

La responsabilidad contractual por el hecho de los auxiliares que utilice el deudor para el cumplimiento se rige por las reglas y principios contractuales y no por las disposiciones aplicables a la responsabilidad extracontractual por hecho ajeno. De lo que resulta que pueden ser civilmente responsables por la inejecución del contrato proveniente del hecho del auxiliar del deudor algunas personas distintas de las indicadas en el artículo 1.191 del Código Civil. Existe pues una responsabilidad contractual del deudor por el hecho de otro distinta e independiente de la responsabilidad extracontractual indirecta de los dueños, principales o directores por el hecho ilícito de sus sirvientes o dependientes que consagra el artículo 1.191 del Código Civil.²

¹ En ese sentido, en la doctrina nacional, véase: Gert Kummerov, “Esquema del daño contractual resarcible en el sistema normativo venezolano”, en AA.VV., *Indemnización de Daños y Perjuicios*, Fabreton, Caracas, 1998, p. 297. En relación con el carácter excepcional de la responsabilidad extracontractual por hecho ajeno, véase: José Mélich-Orsini, *La responsabilidad civil por hechos ilícitos*, 2ª. edición, Serie Estudios, Nos. 45-46, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2001, pp. 231-233.

² Geneviève Viney y Patrice Jourdain, “Les conditions de la responsabilité”, en Jacques Ghestin, *Traité de Droit Civil*, Tomo V, (Les obligations), L.G.D.J., París, 2006, pp. 1035-1036 y 1040-1046, especialmente, la nota 338 y la jurisprudencia de los tribunales franceses ahí citada; Henri y Léon Mazeaud y André Tunc, *Tratado Teórico-Práctico de la Responsabilidad Civil Contractual y Delictual*, Tomo I, Vol. II, traducción de la 5ª edición francesa por Luis Alcalá-Zamora y Castillo, E.J.E.A., Buenos Aires, 1991, pp. 685-686; Émile Becqué, “De la responsabilité du fait d’autrui en matière contractuelle. Contribution a l’étude du droit comparé des obligations”, en *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, dirigida por Ch. Massigli, Albert Wahl, Étienne Bartin y Henri Capitant, Tomo 13, Sirey, París, 1914, pp. 251-253.

III. Caracteres de la responsabilidad

La responsabilidad del deudor por el hecho de sus auxiliares o colaboradores es una responsabilidad indirecta y es una responsabilidad contractual.³

Es una *responsabilidad indirecta* porque la persona sometida a ella no lo está por un hecho suyo sino por el de un tercero. Si el daño experimentado por el acreedor proviene de un hecho particular del deudor, este será responsable directamente por su propia culpa y no indirectamente por el hecho de otro, toda vez que el perjuicio obedece a un error de conducta que le es exclusivo. Respecto del deudor, su responsabilidad frente al acreedor por el incumplimiento de la obligación ocasionado por la intervención del auxiliar de que aquel se vale para cumplirla, será siempre una responsabilidad indirecta, aunque la intervención de este se deba al deudor.

La responsabilidad de que se trata es una *responsabilidad contractual*.

En términos generales, incurre en responsabilidad contractual quien causa un daño al contravenir un deber específico que lo une a otro sujeto e incurre en responsabilidad extracontractual quien causa un daño contrariando el deber genérico de no dañar a otro. Cuando el deudor en su condición de sujeto obligado está llamado a responder por el incumplimiento de la obligación que lo vincula con el acreedor, su responsabilidad es pues de carácter contractual.⁴

En este trabajo nos referiremos, concretamente, a la responsabilidad que surge cuando se ha celebrado un *contrato* entre dos personas y su incumplimiento o cumplimiento defectuoso ocasiona un daño al acreedor, pero el daño no se ha debido directamente al deudor, sino a un auxiliar o colaborador del cual este se ha servido para la ejecución del contrato. La intervención del auxiliar que origina el incumplimiento de la obligación y causa un daño privando al acreedor de las ventajas que le habría reportado la ejecución del contrato no modifica el carácter contractual de la responsabilidad del deudor.

³ Al respecto, véase: Francesco Ferrara, “Responsabilità contrattuale per fatto altrui”, en *Scritti juridici*, Tomo II, Giuffrè, Milán, 1954, pp. 5 y ss; Francesco Messineo, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, Tomo IV, traducción de Santiago Sentis Melendo, E.J.E.A., Buenos Aires, 1971, p. 236; Francisco Jordano Fraga, *La responsabilidad del deudor por los auxiliares que utilice en el cumplimiento*, Civitas, Madrid, 1994, pp. 61-62.

⁴ Al respecto, en la doctrina nacional, véase: Eloy Maduro Luyando y Emilio Pittier Sucre, *Curso de Obligaciones. Derecho Civil III*, Tomos I y III, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2017, pp. 141 y 1017-1019, respectivamente; José Mélich-Orsini, *ob. cit.*, pp. 184-185.

En fin, si el deudor es responsable, lo es por el hecho de su auxiliar en la actividad de cumplimiento de la obligación de aquel (*responsabilidad indirecta*) y lo es contractualmente (*responsabilidad contractual*).

IV. Fundamento de la responsabilidad

Son variadas las explicaciones que se han dado como fundamento o razón de ser de la responsabilidad del deudor por el incumplimiento de su obligación, cuando dicho incumplimiento se produce por el hecho de las personas de las que se sirve para la ejecución del contrato.

Veamos las más importantes teorías desarrolladas por la doctrina sobre el fundamento de esta responsabilidad.

1. Teoría de la presunción de culpa

Según algunos autores, si el deudor no cumple la prestación debida por el hecho de sus auxiliares, es responsable frente al acreedor de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento, porque se le presume en culpa. Su culpa consiste en no haber elegido o vigilado atentamente a las personas que llamó en su ayuda.⁵

A esta teoría se le formulan las siguientes críticas: 1) si el fundamento de la responsabilidad del deudor fuera no haber elegido o vigilado diligentemente a sus auxiliares, él entonces sería responsable no ya del hecho de éstos sino de su propio hecho y, por consiguiente, no estaríamos en el campo de la responsabilidad contractual indirecta, sino en el terreno de la responsabilidad directa por culpa personal, situaciones estas que son contrarias y excluyentes entre sí⁶; 2) si la responsabilidad del deudor por el hecho de sus auxiliares se fundamenta en una presunción de culpa *in eligendo* o *in vigilando* de las personas por las cuales este responde, le bastará al deudor para desvirtuar su responsabilidad demostrar que seleccionó a un buen auxiliar o que lo vigiló diligente y correctamente. Sin embargo, el deudor no se libera de su responsabilidad demostrando que no

⁵ Esta teoría fue sostenida en Francia por Planiol y Ripert, y en Italia por Giorgi. Al respecto, véase: Marcelo Planiol y Jorge Ripert, *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés, Tomo VI*, traducción al castellano de Mario Díaz Cruz, Cultural S.A., La Habana, 1946, pp. 534-535; Jorge Giorgi, *Teoría de las Obligaciones en el Derecho Moderno*, Vol. II, traducción al castellano por la redacción de la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Reus*, Madrid, 1929, pp. 203-204.

⁶ Émile Becqué, ob. cit., p. 263.

incurrió en culpa en la designación o vigilancia de sus auxiliares.⁷ La teoría de la culpa es pues insuficiente para explicar la responsabilidad contractual por otros.⁸

2. Teoría objetiva o del riesgo

Un sector de la doctrina afirma que la razón por la cual el deudor es responsable de los auxiliares que utiliza para el cumplimiento del contrato, es porque él mismo es quien ha decidido buscar ese medio de cumplimiento, ampliando así su esfera de acción para su propio beneficio debiendo, por tanto, él soportar los riesgos inherentes al incumplimiento de su obligación (*ubi commoda, ibi incommoda*).⁹

A esta teoría se le critica que en el campo de la responsabilidad contractual no basta decir que el deudor debe soportar el riesgo del hecho de sus auxiliares porque los emplea en su interés; pues, muy a menudo, se sirve de ellos tanto en el interés del acreedor como en el suyo propio. La división del trabajo es hoy en día una necesidad económica sin que pueda afirmarse que ella sirve únicamente al deudor que ejecuta y no al acreedor. Hay prestaciones que el deudor no puede ejecutar por sí solo, sin auxiliares, y el acreedor está tan interesado como él en su exacto cumplimiento. Además, se afirma que, si el fundamento de la responsabilidad fuera la idea del riesgo como contrapartida del provecho obtenido por el deudor, la demostración de la causa extraña no imputable (caso fortuito, fuerza mayor, hecho del príncipe, culpa de la víctima, o hecho de un tercero) como causa del daño no exoneraría al deudor quien aun en dichos casos quedaría obligado a indemnizar al acreedor perjudicado. Por otro lado, se afirma que, si esta fuera la fundamentación de la responsabilidad del deudor por el incumplimiento producido por el auxiliar, no se explicaría la acción de repetición o de regreso del deudor para reclamar al auxiliar lo que aquel hubiera indemnizado al acreedor por el hecho del auxiliar.¹⁰

⁷ Como afirma Galgano “quien, para realizar un pago, confiere a un banco el encargo de efectuarlo, no se libera de responsabilidad frente al deudor por el retardo demostrando que impartió tempestivamente la orden de pago al banco a cuya sola negligencia se debió el retardo” (Francesco Galgano, *Il Contratto*, CEDAM, Padua, 2007, p. 104), En ese sentido, véase, igualmente: Pietro Trimarchi, *Istituzioni di Diritto Privato*, 17ª edición, Giuffrè, Milán, 2007, p. 302.

⁸ Henri y Léon Mazeaud/André Tunc, ob. cit., p. 699.

⁹ Esta fundamentación fue sostenida por los juristas Unger, Loening y Polacco, citados por Francesco Ferrara, ob. cit., p. 77.

¹⁰ Para la exposición de la crítica a la teoría del riesgo, véase: Émile Becqué, ob. cit., p. 277-278; Giovanna Visintini, *La responsabilità contrattuale per fatto degli ausiliari*, CEDAM, Padua, 1965, pp. 22-23.

3. Teoría de la garantía tácita

Según algunos, existe en todo contrato una promesa tácita del deudor de aceptar frente al acreedor la responsabilidad por el hecho de los auxiliares de que se sirve para la ejecución del contrato.¹¹

A esta teoría se le critica que es inverosímil y contrario a la realidad suponer que uno de los contratantes fuera de su voluntad claramente expresada en el contrato haya aceptado una obligación o carga contraria a sus intereses.¹²

4. Teoría de la representación

Según esta teoría, el auxiliar que el deudor emplea en el cumplimiento de la obligación no es más que un representante del deudor, una prolongación de su actividad. Por tanto, cuando el auxiliar del deudor encargado de ejecutar la obligación de este último no la ejecuta es exactamente como si el deudor mismo faltara a su obligación; la culpa contractual del representante llega a ser culpa contractual del representado. El fundamento de la responsabilidad del deudor representado debe buscarse en la confusión de su personalidad con la del representante.¹³

A esta teoría se le critica que la representación se aplica, en esencia, a actos jurídicos, pero no a actos materiales, donde precisamente se situaría el cumplimiento de la obligación del deudor supuestamente representado por su auxiliar.¹⁴ Además, se afirma que, si “el mandatario” se extralimita en los poderes que le han conferido, obra a título personal; en ese sentido, no es aceptable la idea de la representación.¹⁵

5. Teoría de la fuerza mayor

Ferrara en Italia y años después Becqué en Francia sostuvieron que el deudor es responsable del incumplimiento de la prestación por el hecho de las personas de que se sirve para satisfacer la obligación por la aplicación de los principios generales que rigen la liberación del deudor cuando el incumplimiento obedece a una causa extraña no imputable.

Para que el deudor pueda liberarse de la obligación, el incumplimiento debe derivar de un acontecimiento que no solo no le sea imputable, sino también

¹¹ Esta fundamentación fue defendida por Puchta, Scialoja y Coviello, citados por Francesco Ferrara, *ob. cit.*, p. 69.

¹² Émile Becqué, *ob. cit.*, pp. 281-282.

¹³ Henri y Léon Mazeaud, Jean Mazeaud y François Chabas, *Leçons de Droit Civil*, Tomo II, Vol. I, (Obligations), Montchrestien, París, 1998, p. 522.

¹⁴ Francesco Ferrara, *ob. cit.*, pp. 73-74.

¹⁵ Felipe Osterling Parodi y Mario Castillo Freyre, “Responsabilidad en obligaciones ejecutadas por terceros”, en *Lex*, Vol 12, N° 13, Lima, 2014. Disponible en <https://revistas.uap.edu.pe/ojs/index.php/LEX/article/view/40>.

extrínseco a él. De donde resulta que todos aquellos hechos que, si bien no culposos, carecen sin embargo de esta circunstancia objetiva de exterioridad, no son jurídicamente una causa extraña no imputable y, por ende, no liberan tampoco al obligado de las consecuencias del incumplimiento.

Para que se produzcan los efectos liberatorios de la causa extraña no imputable se requiere que el hecho que impide el incumplimiento sea *extrínseco* al deudor. En concepto de la ley, el hecho de los auxiliares no constituye un supuesto de causa extraña no imputable, porque tal hecho no es extraña al deudor. De ahí que la actuación de los auxiliares que produce la inejecución de la obligación no puede considerarse como una causa extraña no imputable que exonere al deudor de responsabilidad contractual.¹⁶

A esta teoría se le critica su insuficiencia ya que la explicación no puede servir sino para las *obligaciones de resultado*, donde se requiere la prueba de la causa extraña para liberar al deudor; y no para las *obligaciones de medios*, donde el deudor no está sujeto a presentar esta prueba, sino que para eximirse de responsabilidad le basta con demostrar que actuó diligentemente.¹⁷

6. Teoría de la estructura de la relación obligatoria

De acuerdo con esta teoría sostenida en Italia por Giovine, esta responsabilidad se fundamenta en la estructura misma del vínculo jurídico obligacional que descansa sobre dos presupuestos: 1) la irrelevancia de la sustitución del *solvens* por el auxiliar y 2) la equivalencia de comportamientos frente al acreedor.¹⁸

En atención a *la irrelevancia de la sustitución*, se afirma que, si el deudor en su propio interés amplía subjetivamente la relación obligatoria introduciendo a terceros en el cumplimiento de la prestación, no debe seguirse de ello ninguna modificación del sujeto pasivo de la obligación, por lo que el deudor seguirá siendo responsable de la conducta de sus sustitutos y auxiliares. En efecto, la obligación se contrae entre un cierto acreedor y un cierto deudor, determinados o

¹⁶ Francesco Ferrara, *ob. cit.*, p. 117; Émile Becqué, *ob. cit.*, pp. 284-287.

¹⁷ Los hermanos Mazeaud –con disidente opinión de Tunc sobre la materia– formulan en Francia esta objeción. Al efecto sostienen que la tesis de Becqué solo tendría aplicación en las obligaciones de resultado, ya que en las de medios existe el tercer género de *la ausencia de culpa*, además de la causa extraña no imputable, como medio de liberación de responsabilidad. Al respecto, véase: Henri y Léon Mazeaud y André Tunc, *ob. cit.*, p. 701.

¹⁸ Achille Giovine, “Causa estranea e responsabilità contrattuale per fatto altrui”, en *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazioni*, Vol. XXIII, Parte prima, dirigida por A. Sroffa y C. Vivante, Vallardi, Milán, 1929, p. 405. Esta posición ha tenido el apoyo de un sector importante de la doctrina argentina. Al respecto, véase: Enrique Carlos Banchio, *Responsabilidad obligacional indirecta*, Astrea, Buenos Aires, 1973, p. 66.

determinables, y la modificación de los sujetos primitivos de la relación obligatoria solo opera por una sucesión a título universal o particular siendo, por ende, ineficaz el cambio que obedezca a un acto unilateral del deudor.

Ciertamente, las exigencias de la vida económica imponen al deudor la necesidad de tener que valerse del trabajo de auxiliares y sustitutos. No existe, se afirma, razón alguna para que el ordenamiento jurídico obstaculice esta prolongación subjetiva del vínculo, pero, aunque la ley autorice dicha sustitución, no puede extender su eficacia hasta el punto de alterar la estructura originaria de la relación obligatoria con respecto a los sujetos que la constituyeron. La conducta del deudor ensanchando o alargando el vínculo, acudiendo a otras personas para que participen en él, es *res inter alios acta* frente al acreedor a quien no se le puede imponer sin su voluntad, la aceptación de un cambio en el elemento subjetivo de la relación obligatoria y a tener que dirigir su acción contra nuevos obligados.¹⁹

Si la utilización de auxiliares no aparejara una ampliación de la esfera de responsabilidad del deudor, estaríamos ante un empeoramiento de la posición del acreedor que en muchos casos no podría obtener indemnización por parte del auxiliar, aparte de que este solo respondería cuando su conducta configure un hecho ilícito. Como afirma Larenz:

Cuantas más personas auxiliares contrate, p.ej. un comerciante, un artesano o un empresario, cuanto menos opere por sí mismo en la ejecución de los contratos de obra o suministro concertados con sus clientes, tanto menor sería la perspectiva del cliente para obtener una indemnización en el caso de realización imperfecta de lo convenido, si el empresario hubiere de responder solo por su propia culpa y no también por la de sus auxiliares.²⁰

En fin, la utilización de auxiliares no altera ni el sujeto ni el contenido de la posición del deudor respecto del acreedor.

La equivalencia de comportamientos significa que la conducta del obligado se identifica con la del sustituto o auxiliar. Dicho sustituto o auxiliar, se afirma, resulta para el acreedor “un mero *quid facti*”, motivo por el cual el deudor no podría invocar el hecho de aquel como causal para excusarse del cumplimiento, si el mismo como hecho propio no fuese excusable.²¹ Por consiguiente, el deudor responde por su sustituto o auxiliar en las mismas condiciones en que respondería personalmente de haber actuado como este en el cumplimiento de su obligación. (*infra*, N° VIII, 1).

¹⁹ Achille Giovine, *ob. cit.*, pp. 405-406.

²⁰ Karl Larenz, *Derecho de Obligaciones*, Tomo I, versión española y notas de Jaime Santos Briz, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1958, p. 294. En el mismo sentido, véase: Ángel Cristóbal Montes, *El incumplimiento de las obligaciones*, tecnos, Madrid, 1985, p. 136.

²¹ Achille Giovine, *ob. cit.*, pp. 406-407.

Esta fundamentación de la responsabilidad del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento se compadece perfectamente con los principios generales consagrados en el Código Civil venezolano en materia de obligaciones. En efecto, de acuerdo con el artículo 1.317 del Código Civil, la sustitución de un deudor por otro no libera al primero de la obligación “si el acreedor no ha declarado expresamente su voluntad de liberar al deudor que ha hecho la delegación”. El hecho del deudor de valerse de terceros para la ejecución de la prestación, no le priva de su carácter de deudor y si la obligación no se cumple por culpa de los auxiliares, el deudor no puede aducir esta circunstancia para liberarse de su deber de prestación y de la obligación de reparar los daños y perjuicios causados al acreedor por el incumplimiento de aquel deber. Como dice *Geneviève Viney*, si el deudor no fuese responsable de los hechos de los sujetos que él mismo introduce, se lo estaría autorizando para desligarse unilateralmente de la obligación asumida, todo lo cual es un contrasentido.²²

V. Persona responsable

Quien responde del cumplimiento de la obligación es el deudor que, en su condición de parte contratante, es el único obligado frente al acreedor a cumplir la prestación prometida. La relación obligatoria se establece exclusivamente entre el acreedor y el deudor. El auxiliar de quien se vale el deudor para la actividad de cumplimiento no interviene como parte, ni inicial, ni sucesivamente. El acreedor no ha celebrado contrato alguno con el auxiliar que es un tercero ajeno a la relación obligatoria cuyos sujetos activo y pasivo son el acreedor y el deudor.

Por consiguiente, el deudor obligado es la única persona a la que el acreedor puede exigir el cumplimiento y, en su defecto, la correspondiente responsabilidad contractual.²³ El deudor que se ha obligado a ejecutar la prestación es quien responde contractualmente frente al acreedor (Código Civil, artículo 1.264), aun en el caso de que el incumplimiento haya sido ocasionado por la conducta del auxiliar.

El acreedor no tiene ninguna acción contra el auxiliar (ayudante o sustituto), salvo en los casos en los cuales la ley, por excepción, autorice el ejercicio de las llamadas *acciones directas*, o en el supuesto de que su conducta implique al mismo tiempo un *hecho ilícito*.

La acción directa es una acción de naturaleza contractual que concede una pretensión (acción o derecho) al acreedor contra el deudor de su deudor sin que se le exija al acreedor que ejerza su acción previamente contra su propio deudor.

²² Geneviève Viney y Patrice Jourdain, *ob. cit.*, pp. 1040-1041.

²³ Como dice Trimarchi (*ob. cit.*, p. 302) la relatividad del derecho de crédito implica, en efecto, que el acreedor solo puede exigir del deudor y no de otro, el cumplimiento o en su defecto el resarcimiento del daño.

El acreedor que ejerce la acción directa lo hace contra una persona con la cual no se encuentra vinculado contractualmente (el subdeudor). Al hacerlo actúa en su propio nombre y beneficio, puesto que lo que obtenga en razón de su ejercicio no tendrá que repartirlo con los otros acreedores de su deudor.²⁴

Los principales casos de acciones directas contemplados por el Código Civil venezolano son los siguientes: 1) la acción del arrendador contra el subarrendatario hasta por el monto del precio convenido en el subarrendamiento que este último adeude al tiempo de la introducción de la demanda (Código Civil, artículo 1.584); 2) la acción de los trabajadores contra el propietario de la obra hasta por el monto de lo que este deba al empresario en el momento en que se intente la demanda (Código Civil, artículo 1.643); y 3) la acción que tiene el mandante contra el mandatario sustituto en los casos previstos en el artículo 1.695 del Código Civil

Por último, en la eventualidad de que la conducta del auxiliar que produjo la inexecución de la obligación configure al mismo tiempo un *hecho ilícito*, el acreedor podrá intentar una acción de responsabilidad civil por hecho ilícito (artículo 1.185 del Código Civil) contra dicho auxiliar (*infra*, N° X,1).

VI. Hechos por los que se responde

La doctrina contempla los siguientes requisitos que debe reunir el hecho dañoso del auxiliar para la procedencia de la responsabilidad contractual del deudor: el hecho dañoso debe originarse en el cumplimiento de la prestación debida por el deudor; no debe ser imputable al deudor; debe haberse ejecutado en el ejercicio de las funciones encomendadas al auxiliar; y debe provenir del dolo o de la culpa del auxiliar.

Pasamos a referirnos a cada uno de estos requisitos.

1. El hecho dañoso debe surgir de la inexecución del contrato

Para que surja la responsabilidad contractual por el hecho de otro es necesario que el daño se origine en la falta de cumplimiento de la obligación que el contrato impone al deudor.

Cuando el hecho dañoso del tercero empleado por el deudor en el cumplimiento de un contrato es *absolutamente extraño* a él, es decir, cuando no guarda con la prestación debida relación alguna, el acreedor víctima del hecho, no podrá demandar contractualmente a su deudor.

²⁴ En ese sentido, en la doctrina española, véase: Pasquau Liaño, *La acción directa en el derecho español*, Editora General del Derecho, Madrid, 1989, p. 20. En la doctrina nacional, véase: James Otis Rodner, *Los contratos enlazados. El subcontrato*, 2ª edición, Serie Estudios, N° 104, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2013, pp. 133-134.

Tal sería el caso del empleado o familiar del arrendatario que en la vía pública lesionara al arrendador con su automóvil.

El problema se plantea con respecto al hecho dañoso del tercero producido no en el *cumplimiento de la obligación* del deudor, sino *con ocasión de este cumplimiento* como, por ejemplo, cuando un dependiente de comercio, mientras lleva a la casa del cliente la mercancía comprada, atropella imprudentemente a este con el camión de reparto de su patrono ¿podría en tal caso el acreedor exigir por el daño sufrido la responsabilidad contractual del deudor dueño del negocio con quien contrató?

Según un sector de la doctrina, no corresponde distinguir entre los hechos que el tercero realiza en el cumplimiento de la obligación y los verificados con ocasión de su cumplimiento. En ambos casos, se afirma, responde el deudor por su auxiliar por haberlo introducido en el cumplimiento de la obligación no pudiendo después invocar como causa de exoneración de su responsabilidad contractual algo que le es imputable, es decir, que no es una *causa extraña* al deudor.²⁵

Según otros autores, no basta con que el hecho que causa un daño al acreedor se produzca con motivo u ocasión de la actividad de cumplimiento sino que, además, se requiere que constituya una infracción de una obligación específica creada por el contrato.²⁶ En el ejemplo anterior, no es la compra-venta de mercancía la que estableció contra el vendedor el deber de no lesionar a su contratante, sino la obligación genérica que el artículo 1.185 del Código Civil impone a todas las personas de no hacer daño a otro. *Alterum non laedere*.

Por la misma razón, se afirma, responde contractualmente el electricista por su empleado, si se daña la lámpara del acreedor por su deficiente afianzamiento, o si al colocar dicho empleado la escalera de mano, esta resbala y rompe un espejo del acreedor, o si al introducir él mismo la escalera rompe algunas ventanas del acreedor. Pero no responde si el empleado roba un cuadro de la casa del cliente.²⁷

También compromete la responsabilidad contractual del deudor relojero el hecho de su aprendiz que rompe el cristal del reloj de péndulo del acreedor, pero no si el aprendiz hurta el reloj de pulsera del acreedor; asimismo, es responsable por la inejecución del contrato, el deudor pintor por la rotura de una ventana o alfombra del acreedor causada por el manejo torpe de la escalera por parte del aprendiz de aquel, pero no respondería en el caso de que el aprendiz robara un cuadro del acreedor. En todos estos casos, la responsabilidad del deudor por los

²⁵ Francesco Ferrara, *ob. cit.*, p. 132 y ss; Pietro Trimarchi, *ob. cit.*, p. 102.

²⁶ Émile Becqué, *ob. cit.*, p. 304 y ss; Karl Larenz, *ob. cit.*, pp. 297-298.

²⁷ Ludwig Enneccerus y Heinrich Lehmann, "*Derecho de Obligaciones (Doctrina General)*", Vol. I., traducción castellana de la 33ª edición alemana, en Ludwig Enneccerus, Theodor Kipp y Martín Wolff, *Tratado de Derecho Civil*, Tomo II, Bosch, Barcelona, 1954, p. 236.

hechos de su auxiliar de cumplimiento es claramente contractual, porque también lo sería en el caso de que esos mismos daños los hubiese causado personalmente el deudor actuando como lo hizo el auxiliar.²⁸

Un sector de la doctrina italiana moderna rechaza esta distinción e incluye también los llamados daños ocasionales causados por el auxiliar en el ámbito de la responsabilidad contractual indirecta. Se afirma que lo decisivo para calificar como contractual un determinado daño causado por el auxiliar al acreedor y, por ende, para desencadenar la responsabilidad contractual del deudor, es que la oportunidad u ocasión de causárselo haya derivado del cumplimiento de la obligación del deudor y de su introducción en él del tercero auxiliar, o que dicha introducción del auxiliar en la actividad del cumplimiento haya facilitado apreciablemente la realización del hecho dañoso al poner al auxiliar en contacto con la esfera del acreedor.²⁹

Se advierte, sin embargo, que en la medida en que se extiende la responsabilidad contractual a los casos de daños causados por el deudor o auxiliar con ocasión del cumplimiento del contrato, se corre el riesgo de ensanchar indebidamente el campo de la responsabilidad contractual con lo cual se desplazaría la aplicación del régimen extracontractual que quedaría, en definitiva, absorbido y sustituido por aquella.³⁰

La doctrina española moderna considera que la responsabilidad del deudor por el hecho de su auxiliar depende en cada caso del contenido de la relación obligatoria que vincula al deudor con el acreedor. Hay que atenerse pues al objeto de la obligación del deudor para determinar si el hecho dañoso del auxiliar se originó en el cumplimiento de la prestación debida.

A este respecto conviene recordar que del contrato surgen no solo *obligaciones principales* sino también *obligaciones accesorias*. Por lo cual, la actividad de cumplimiento que comporte infracción de unas u otras compromete la responsabilidad contractual del deudor.

De ahí que sea erróneo considerar que, por ejemplo, el hurto cometido por el auxiliar respecto de cosas del acreedor, nunca implique la responsabilidad contractual del deudor frente a su acreedor. El hurto o robo de una cosa por la persona obligada contractualmente a su restitución y custodia comporta una infracción personal del deudor (o de sus auxiliares) a la obligación que le impone el contrato y compromete, por tanto, su responsabilidad contractual. Precisamente

²⁸ Émile Becqué, *ob. cit.*, pp. 305-306.

²⁹ C. Massimo Bianca, “*La responsabilità*”, en *Diritto Civile*, Tomo V, 2ª edición, Giuffrè, Milán, 2012, p. 73.

³⁰ Enrique Carlos Banchio, *ob. cit.*, p. 72; María M. Agoglia “*Responsabilidad contractual del deudor por el hecho del tercero*”, en María M. Agoglia, Juan C. Boragina y Jorge A. Meza, *Responsabilidad por hecho ajeno*, Depalma, Buenos Aires, 1995, p. 199.

por ello hay que considerar que sí responde contractualmente el joyero frente a su acreedor, por el hurto cometido por el empleado del primero del collar cuya reparación se le encargó, puesto que tal hurto comporta una inejecución de las obligaciones de restitución y custodia del collar que pesan sobre ese deudor. De la misma manera habría responsabilidad contractual del deudor por el hecho del auxiliar de cumplimiento, cuando el conductor del transportista al que un banco le encomienda un cierto transporte de dinero, lo sustrae. Esta sustracción significa un incumplimiento del contrato de parte del deudor transportista que junto a la obligación de transporte asume la custodia de las cosas transportadas.³¹

Para saber si estamos en presencia de un caso de responsabilidad contractual por el hecho del auxiliar del deudor hay que examinar pues cuidadosamente el contenido del contrato, con el objeto de definir cuáles son las prestaciones que el mismo impone al deudor y poder determinar así si el daño alegado por el demandante consiste en la privación de alguna de estas prestaciones.

Precisamente porque la responsabilidad contractual del deudor por sus auxiliares requiere que su actuación verse sobre la ejecución de lo debido, se excluye de su campo de aplicación el daño causado por la actuación de los terceros que, si bien se relaciona con el cumplimiento, no constituye el objeto de la prestación prometida sino un *simple presupuesto fáctico del mismo*. En tal sentido, los fabricantes (y los proveedores) de productos no son auxiliares del cumplimiento de la obligación del vendedor para con su comprador. La obligación del vendedor es transmitir la propiedad y entregar la cosa vendida pero no fabricarla. La entrega es, por tanto, cumplimiento y la fabricación simplemente presupuesto del mismo. Esto, por supuesto, no excluye la responsabilidad propia de aquellos o la obligación del vendedor por la garantía que, por disposición de la ley o por convenio de las partes, otorgue al comprador por los defectos del producto.

Por la misma razón, tampoco es auxiliar del transportista la persona que le vendió o alquiló el vehículo que utiliza para el transporte debido. Lo que no excluye que el transportista incurra en responsabilidad cuando, con la diligencia exigible, debió haber advertido a su cliente acerca del defecto del vehículo que le impidió realizar el transporte debido.³²

En conclusión, si los actos dañosos de los auxiliares son absolutamente extraños al contrato o producidos solo con ocasión de él, el deudor no responderá contractualmente. En cambio, si los mismos comportan el incumplimiento o el cumplimiento defectuoso de una obligación principal o accesoria surgida del contrato, la responsabilidad del deudor será de carácter contractual, para lo cual se requiere examinar en cada caso el contenido de las obligaciones que el contrato pone a cargo del deudor.

³¹ Francisco Jordano Fraga, *ob. cit.*, pp. 267-270 y la doctrina italiana y alemana ahí citadas.

³² Margarita Jiménez Horwitz, *La imputación al deudor del incumplimiento del contrato ocasionado por sus auxiliares*, McGraw Hill, Madrid, 1996, pp. 24 y ss.

2. El hecho del auxiliar no debe ser imputable al deudor

El daño debe resultar de un hecho no imputable al deudor. Como se trata de una responsabilidad indirecta, el perjuicio debe provenir de la conducta del auxiliar de que se vale el deudor para el cumplimiento. Se requiere que el deudor no haya contribuido con su propia culpa a la producción del daño. De no ser este el caso, estaríamos en el campo de la responsabilidad directa por culpa personal del deudor.

Aun cuando intervenga un auxiliar introducido por el deudor en la actividad de cumplimiento, el daño se produce por culpa del deudor, entre otros, en los supuestos siguientes:

1) Cuando el deudor debiendo ejecutar en persona la obligación, la hace ejecutar por otros. Existen casos en que la obligación se contrae teniendo en cuenta las particulares condiciones del obligado y cuyo cumplimiento (en especie) presenta la particularidad de que solo puede ser efectuado por el propio deudor (*obligaciones intuitu personae*). Al acreedor le asiste en tales casos el derecho de exigir la ejecución personal de la obligación (Código Civil, artículo 1.284). Cuando el deudor, pese a la voluntad en contrario de su cocontratante, hace cumplir la obligación por un tercero, falta personalmente a su obligación y viola él mismo el contrato siendo, por tanto, directamente responsable por su hecho personal y no por hecho ajeno.

2) Cuando el deudor incurre en culpa *in eligendo*, *in vigilando* o *in instruendo* de sus auxiliares. Si el deudor se sirvió de personas que carecen de las habilidades o conocimientos requeridos por el cumplimiento, en la medida en que dicha carencia era conocida o debió serlo con la diligencia exigible; o ejerció una vigilancia insuficiente o inadecuada, según las circunstancias, sobre el que introdujo en el cumplimiento; u omitió o descuidó comunicarle las oportunas instrucciones respecto de la manera cómo debía ejecutar la prestación debida, responderá del hecho de esas personas, pero será responsable por su propia culpa en aplicación de las normas generales de la responsabilidad contractual personal, al margen del régimen de la responsabilidad contractual indirecta.

3) Cuando el deudor ha tomado a su cargo la garantía de los actos de aquellos que utiliza para el cumplimiento. Si la obligación no se cumple en tales casos por el hecho de sus auxiliares, el deudor deberá responder por los daños y perjuicios causados, pero su responsabilidad será directa derivada del compromiso personal asumido

En todos los casos examinados el deudor responde del incumplimiento sobre la base de su propia conducta culposa. Son supuestos que, por tanto, escapan al campo de aplicación de la responsabilidad contractual indirecta y se ubican en la esfera de la responsabilidad contractual directa por hecho propio, cuyas reglas

generales se siguen aplicando a la conducta personal del deudor, aun cuando este haya recurrido a terceros auxiliares.³³

3. El hecho debe ser realizado por el auxiliar en el ejercicio de sus funciones

Como consecuencia necesaria del requisito analizado en el punto 1 de esta sección, para que surja responsabilidad contractual por el título que examinamos, un sector de la doctrina añade la exigencia de que el tercero debe actuar en el ejercicio de las funciones que le fueron confiadas por el deudor. Desde el momento en que el tercero realiza un acto ajeno al ámbito de las tareas encomendadas, se afirma, pierde su carácter de auxiliar con respecto al deudor, y este, a su vez, es un extraño frente al acreedor cuando el daño es causado por su auxiliar en iguales condiciones. Como expresa, Chironi:

La responsabilidad del deudor se extiende tan solo a la culpa cometida por el dependiente en el desempeño de las funciones que se le hubieran confiado... traspasándolas, el dependiente entonces obra como un extraño y por su hecho el deudor no responde ante el tercero, que únicamente podría dirigirse contra el perjudicador.³⁴

Otros autores, en cambio, con fundamento en la teoría del riesgo, sostienen que no es necesario que el auxiliar haya actuado en el ejercicio de las funciones encomendadas. Desde el momento en que el deudor introduce al auxiliar en la ejecución del contrato, asume el riesgo de su intervención en el cumplimiento de la obligación (*cuius commoda, eius incommoda*). De ahí que el comportamiento abusivo o irregular de este último o el hecho de que actúe desobedeciendo las ordenes o instrucciones de aquel debe tenerse como una causa típica de responsabilidad para el deudor, inoponible frente al acreedor para liberarlo de responsabilidad. Desde luego, el deudor con base en la relación personal que lo vincule con su auxiliar, tendrá luego acción de regreso contra él por las consecuencias dañosas derivadas de su actuación irregular.³⁵

³³ La doctrina es conteste sobre los particulares expuestos. Al respecto, véase: Émile Becqué, *ob. cit.*, p. 260; Henri y Léon Mazeaud y André Tunc, *ob. cit.*, p. 687; Francesco Ferrara, *ob. cit.*, pp. 24-31; Orencio V. Torralba Soriano, “La responsabilidad por los auxiliares en el cumplimiento de las obligaciones”, en *Anuario de Derecho Civil, Tomo XXIV (2)*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1971, p. 1154; Francisco Jordano Fraga, *ob. cit.*, pp. 167-171; Margarita Jiménez Horwitz, *ob. cit.*, p. 11; Enrique Carlos Banchio, *ob. cit.*, pp. 72-73.

³⁴ Gian Pietro Chironi, *La culpa en el Derecho civil moderno, culpa contractual*, traducción de Adolfo Posada, Ediciones Olejnik, Santiago, 2021, p. 367.

³⁵ Margarita Jiménez Horwitz, *ob. cit.*, p. 71; Francisco Jordano Fraga, *ob. cit.*, pp. 262-263.

Según algunos, la relación entre el acto del auxiliar y sus funciones al servicio del deudor debe apreciarse de manera más laxa en materia contractual; por lo cual, “el abuso de funciones” no puede excluir la responsabilidad del deudor.³⁶

Sin embargo, se objeta que esta posición lleva las cosas demasiado lejos ya que no se alcanza a entender cómo puede existir responsabilidad contractual del deudor por un acto del auxiliar totalmente ajeno a sus funciones. Por ejemplo, si se le da a relojero un reloj para que lo arregle y el obrero a quien se le entrega lo hace torpemente y lo estropea. Ese es evidentemente un hecho de la función. Lo mismo ocurre si el subordinado se apodera del reloj. Como le fue entregado en el ejercicio de la función encomendada, el deudor responde. Pero si toma un revólver y mata al dueño al reloj, ¿hay alguien que dude que el asesinato no tiene nada que ver con el encargo de arreglar el reloj?

Por otra parte, conviene recordar que la jurisprudencia francesa, en materia de responsabilidad por *hecho ilícito*, ha ampliado el concepto de “ejercicio de las funciones” para hacer responsable al comitente aun cuando el dependiente se hubiese excedido de sus funciones abusando de ellas. Algunos tribunales franceses han excluido la responsabilidad del comitente cuando la víctima estuvo en conocimiento, o debió estarlo actuando con la diligencia debida, del abuso de las funciones por parte del dependiente, o de que este había actuado contraviniendo las órdenes e instrucciones del comitente.³⁷

La doctrina francesa moderna, por su parte, se ha encargado de señalar que, *en materia contractual*, dado el mayor contacto que existe en la generalidad de los casos entre el perjudicado por la inexecución de contrato y el auxiliar, para eximir al deudor de responsabilidad contractual indirecta se debe ser más estricto aún, al momento de valorar si la víctima, actuando con la diligencia exigible, conoció o debió haber conocido el abuso de las funciones por parte del auxiliar, para aprovecharse de la situación y hacer valer la responsabilidad del deudor.³⁸

Por nuestra parte, consideramos que en esta materia hay que atenerse al principio básico según el cual el deudor responde contractualmente por sus auxiliares, en las mismas condiciones en que habría respondido personalmente, de haber actuado como y en lugar de ellos en el cumplimiento de su propia obligación (*infra* N° VIII, 1). En consecuencia, por lo que respecta a la concurrencia del requisito del daño cometido en el ejercicio de las funciones encomendadas al auxiliar, lo decisivo es determinar si ese mismo daño cometido personalmente por el deudor, habría tenido el carácter de incumplimiento

³⁶ Viola y Jourdain, citados por Geneviève Viney y Patrice Jourdain, *ob. cit.*, p. 1049.

³⁷ Para un examen de la cuestión en la jurisprudencia francesa, véase: Philippe le Tourneau, *Droit de la Responsabilité et des Contrats*, Dalloz, París, 2006, pp. 1354-1358, y las decisiones de los tribunales franceses ahí citadas.

³⁸ Al respecto, véase: Geneviève Viney y Patrice Jourdain, *ob. cit.*, p. 1049.

contractual privando al acreedor de alguna prestación que el contrato impone al demandado. Así como la inejecución del contrato causada por el hecho de los auxiliares no puede, al menos en principio, perjudicar al acreedor excusando al deudor de responsabilidad, de la misma manera el daño que pudiera sufrir por el hecho de esas personas, pero por actos totalmente ajenos a las tareas encomendadas, o realizados fuera o al margen del encargo, esto es, fuera del ejercicio de la función que el deudor les confiara, no puede tampoco mejorar la situación del acreedor acordándole una indemnización por daños y perjuicios contractuales que no tendría contra su deudor, de haber este actuado personalmente.

El artículo 293 de la Ley de Comercio Marítimo hace una aplicación de este requisito cuando consagra la responsabilidad del porteador, que haya confiado la ejecución del transporte marítimo a un transportista efectivo, por los daños causados en la ejecución del transporte por la conducta del transportista efectivo, sus dependientes y agentes, *cuando actúen en el ejercicio de sus funciones*.

4. Carácter culposo del hecho del auxiliar

La doctrina discute si el hecho dañoso debe ser ilícito, esto es, directamente imputable al auxiliar en razón de su dolo o culpa.

Según algunos autores, para comprometer la responsabilidad del deudor se requiere el dolo o la culpa del auxiliar. Es la posición de Ferrara quien afirma:

No de todos los hechos cometidos por los familiares y auxiliares que producen un daño surge responsabilidad para el deudor. Es necesario que estos hechos sean culposos. Si el hecho del auxiliar es casual, es decir, producido por circunstancias extrañas, el deudor no soportará las consecuencias, porque se trataría de un caso fortuito que excede su esfera de acción. No solo el deudor está libre de culpa, sino también su dependiente, por lo que la responsabilidad no puede tener lugar.³⁹

Es también la solución adoptada, entre otros, por los Códigos Civiles griego (art. 334), italiano de 1.942 (art. 1.228), peruano (art. 1325), portugués (art. 800), suizo de las Obligaciones (art. 101) y alemán (art. 278).

El artículo 106 de la Ley de Aeronáutica Civil hace una aplicación de este requisito cuando establece la responsabilidad de los explotadores del servicio de transporte aéreo por los *hechos culposos* de sus directivos, dependientes o empleados.

Otros autores, en cambio, sostienen que el deudor responde aunque no medie culpa del auxiliar, a cuyo efecto parten de la base de que el deudor desarrolla su actividad económica por sí o la extiende a los terceros según le convenga. Por lo cual, es lógico que responda aunque no medie culpa del auxiliar, salvo el caso

³⁹ Francesco Ferrara, *ob. cit.*, p. 129.

fortuito.⁴⁰ En definitiva, este criterio es una aplicación de la teoría del riesgo según la cual el deudor es responsable por el riesgo creado al implicar a terceros en el cumplimiento de la prestación; por consiguiente, para desvirtuar su responsabilidad tendrá que aportar la prueba de una causa extraña no imputable en la producción del daño. Es también la solución legal adoptada por el nuevo Código Civil y Comercial argentino de 2014 (art. 1.753).

Por lo que al Derecho venezolano concierne, no es necesario probar, siempre y en todo caso, la culpa del auxiliar para comprometer la responsabilidad del deudor. Hay que distinguir según que la obligación sea de medios o de resultado. Así como la responsabilidad personal del deudor funciona de manera diversa para estas dos clases de obligaciones, de la misma manera el régimen de la responsabilidad contractual indirecta variará según que la obligación del deudor en cuyo cumplimiento introduzca al auxiliar sea de medios o de resultado.

En las *obligaciones de medios* el acreedor tendrá que probar la culpa del auxiliar para hacer responder contractualmente de forma indirecta al deudor por él (porque de haber intervenido personalmente el deudor en el cumplimiento habría que probar su culpa personal para hacerle responder contractualmente de forma personal). En las *obligaciones de resultado*, en cambio, bastará para comprometer la responsabilidad contractual por el auxiliar, la prueba de la falta de obtención exacta del resultado debido, porque también esta prueba es suficiente para desencadenar la responsabilidad personal del deudor, cuando interviene personalmente en el cumplimiento de su obligación. Por lo cual, no es entonces necesario probar la culpa del deudor y, por ello, tampoco es necesaria la prueba de la culpa del tercero auxiliar, cuando el deudor no interviene personalmente en el cumplimiento de su obligación.

Ahora bien, en aquellos casos en los cuales, conforme a lo expuesto anteriormente, se requiere que el hecho del auxiliar sea culposo ¿cómo se aprecia el grado de diligencia que habría desarrollado el auxiliar en el cumplimiento de la obligación en orden a la responsabilidad contractual del deudor? ¿Cuándo puede decirse que la conducta del auxiliar es culposa?

Es un principio no discutido en materia de responsabilidad contractual indirecta que para determinar si existe culpa en la actuación del auxiliar, hay que comparar la conducta desarrollada por este con la exigible al deudor de haber intervenido personalmente en el cumplimiento, según el contenido de su

⁴⁰ Es la posición sostenida en Francia por Émile Becqué, *ob. cit.*, p. 304. En contra, Henri y Léon Mazeaud y André Tunc, *ob. cit.*, pp. 712-713. La jurisprudencia de los tribunales franceses en relación con este punto es oscilante. Al respecto, véase: Geneviève Viney y Patrice Jourdain, *ob. cit.*, p. 712-713, especialmente, la nota 400 y las decisiones de los tribunales franceses ahí citadas.

obligación.⁴¹ Dicho en otras palabras, el nivel o grado de diligencia exigible para apreciar la conducta del auxiliar en la ejecución del contrato, se mide desde la posición del deudor y no desde la posición del auxiliar. Por ejemplo, si un médico anesthesiólogo introduce en el cumplimiento de la obligación a su cargo como auxiliar a un joven inexperto estudiante de medicina, no podrá exonerarse de responsabilidad contractual indirecta por el daño causado por este al paciente so pretexto de la inexperiencia, edad o inmadurez del estudiante, pues la conducta de su auxiliar se valora, a los efectos de la responsabilidad contractual indirecta del deudor/principal, con el grado de diligencia que según el contenido de su obligación le es exigible a este por su acreedor. En el caso concreto, se exigirá la diligencia profesional propia de un médico del mismo ramo o especialidad.

Aplicando este mismo principio en el supuesto de que el deudor, en el caso concreto, se haya obligado a desarrollar, por disposición de ley o por convenio de las partes, una diligencia *in concreto*, si el deudor introduce en el cumplimiento de la obligación a un tercero auxiliar, no podrá pretender eludir su responsabilidad alegando que dicho tercero ha desplegado en la conducta de cumplimiento la misma diligencia que desarrolla este tercero en sus propios asuntos, si esta diligencia es inferior a la que el deudor emplea en los suyos. A la inversa, el acreedor no podrá exigir del deudor la responsabilidad contractual por el auxiliar, si este intervino en el cumplimiento de la obligación del deudor empleando la misma diligencia que dicho deudor emplea para la atención de sus propios asuntos, pero inferior a la que el mismo auxiliar normalmente emplea para el cuidado de los suyos.⁴²

VII. Personas por cuyos hechos se responde

1. Auxiliares de cumplimiento

En la actualidad no existe duda respecto a que en el campo contractual el deudor responde por el incumplimiento de toda persona natural o jurídica que haya voluntariamente incorporado para ejecutar materialmente la prestación prometida. A estas personas introducidas o utilizadas por el deudor en la actividad de cumplimiento de la obligación se las denomina *auxiliares de cumplimiento*.

El concepto de auxiliar de cumplimiento se refiere en general a los terceros de quienes ser sirve el deudor en el cumplimiento de la obligación. Son pues auxiliares aquellos sujetos que se utilizan o emplean en el cumplimiento de la prestación prometida por el deudor. Lo que verdaderamente define al auxiliar es

⁴¹ La doctrina es pacífica sobre el particular. Al respecto, véase: Francesco Ferrara, *ob. cit.*, p. 130; Giovanna Visintini, *ob. cit.*, pp. 120-121; Pietro Trimarchi, *ob. cit.*, p. 303; Geneviève Viney y Patrice Jourdain, *ob. cit.*, pp. 1057-1058; Émile Becqué, *ob. cit.*, p. 303.

⁴² De ese criterio: Émile Becqué, *ob. cit.*, p. 302; Francesco Ferrara, *ob. cit.*, p. 130-131; Francisco Jordano Fraga, *ob. cit.*, pp. 559-560.

que se trata de un *tercero* que no se encuentra obligado frente al acreedor a cumplir la obligación, pero que interviene en el cumplimiento autorizado o legitimado por el deudor, esto es, por encargo suyo o con su consentimiento.⁴³

2. Intervención del tercero por sí mismo

Siendo necesaria la iniciativa del deudor de introducir al tercero en la actividad de ejecución de la obligación, cuando un tercero interviene *por sí mismo* en el cumplimiento de un contrato e impide con ello que el deudor cumpla con su obligación, el deudor no incurre en responsabilidad siempre que el hecho del tercero constituya una causa extraña no imputable para el deudor.

Por el contrario, si teniendo en cuenta la diligencia que el contrato le imponía al deudor, se estima que debería impedir la intervención del tercero, aquel es responsable del incumplimiento. Pero entonces se trata de una responsabilidad contractual por el hecho personal y no por el hecho ajeno.⁴⁴

3. La cuestión de la relación de dependencia entre el deudor y sus auxiliares

En el campo de la responsabilidad contractual por el hecho ajeno, la actuación del auxiliar puede desarrollarse autónomamente sin que se requiera una dependencia respecto del deudor.⁴⁵

Hay aquí una marcada diferencia respecto de las personas por cuyo hecho se responde, según que la responsabilidad sea delictual o contractual. Si la responsabilidad es delictual, el artículo 1.191 exige que entre el autor del hecho y el civilmente responsable exista un vínculo de subordinación, es decir, una relación de dependencia que permita a este controlar la conducta de aquel mediante órdenes o instrucciones. Si la responsabilidad es contractual, esta condición no es necesaria.⁴⁶

⁴³ Como afirma Visintini⁴³, la noción de auxiliar debe limitarse desde los dos siguientes puntos de vista: 1) en la base de la intervención del auxiliar debe encontrarse la iniciativa del deudor, en el sentido de que este haya puesto voluntariamente al auxiliar en condiciones de participar en la ejecución de la obligación y 2) los auxiliares deben ser extraños al acreedor, es decir, no deben estar ligados de ninguna manera con él (*ob. cit.*, pp. 73-74).

⁴⁴ En ese mismo sentido, véase: Henri y Léon Mazeaud y André Tunc, *ob. cit.*, p. 689; Orencio Torralba Soriano, *ob. cit.*, p. 1157.

⁴⁵ La doctrina es pacífica sobre el particular; al respecto, por todos, véase: Francesco Messineo, *ob. cit.*, p. 236. En el mismo sentido, la Casación italiana ha sostenido que: “*el artículo 1228 del Código Civil es aplicable aun en la hipótesis en la cual el deudor para la ejecución del contrato se sirve de sus dependientes o auxiliares autónomos, como mandatarios y subagentes*”. Al respecto, véase: Giovanna Visintini, *ob. cit.*, pp. 69-70, especialmente, la nota 93 y la sentencia de la Casación italiana ahí parcialmente transcrita.

⁴⁶ Así lo ha puesto de relieve Pietro Trimarchi, *ob. cit.*, p. 302.

La no exigibilidad de la dependencia en la órbita contractual se pone de manifiesto en los códigos de las legislaciones extranjeras que regulan de modo expreso la responsabilidad contractual y la responsabilidad delictual por hecho ajeno. Por ejemplo, el artículo 1.228 de Código Civil italiano dice:

Responsabilidad por el hecho de los auxiliares.

Salvo voluntad diversa de las partes el deudor en cumplimiento de la obligación que se vale de la obra de terceros responde también de los hechos dolosos o culposos de ellos.

En cambio, para la responsabilidad extracontractual dispone:

Responsabilidad de los patronos y de los comitentes.

Los patronos y los comitentes son responsables por los daños originados por el hecho ilícito de sus domésticos y empleados en el ejercicio de los trabajos a los que están adscritos.

La doctrina italiana al referirse a estas disposiciones afirma que bajo la noción de auxiliares caben:

no solo los dependientes del empresario que colaboran en el cumplimiento de las obligaciones por este asumidas o los domésticos respecto del patrono, sino que pueden serlo también los mismos empresarios autónomos como los bancos, los que ejercen profesiones liberales, huéspedes, amigos (a los que se ruega, por ejemplo, restituir por nuestra cuenta una cosa tomada en préstamo).⁴⁷

Esta es igualmente la solución legal propuesta por la doctrina más autorizada y aceptada en gran medida por los tribunales de los países cuyos ordenamientos, como el venezolano, no regulan expresamente la responsabilidad contractual indirecta: no es un presupuesto legal de esta responsabilidad que exista una relación de dependencia o subordinación del auxiliar respecto del deudor. A los efectos de la responsabilidad contractual por hecho ajeno, el concepto de auxiliar se extiende, por tanto, también a los sujetos que actúan con independencia.⁴⁸

⁴⁷ Giovanna Visintini, *ob. cit.*, p. 71. Es también la posición de Pietro Trimarchi, *Ibid.*, pp. 301-302. En la doctrina alemana, véase: Karl Larenz, *ob. cit.*, p. 295.

⁴⁸ En ese sentido, en la doctrina francesa: Émile Becqué, *ob. cit.*, p. 265; Marcelo Planiol y Jorge Ripert, *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés.*, *ob. cit.*, VII, p. 159, traducción española de Mario Díaz Cruz, Cultural S.A., La Habana, 1946; Geneviève Viney y Patrice Jourdain, *ob. cit.*, pp. 1050-1052. En este mismo sentido, en la doctrina italiana bajo la vigencia del Código Civil de 1865 que, al igual que el Código Civil venezolano y a diferencia del Codice de 1942, no contenía una disposición legal que consagrara, en términos generales, el principio de la responsabilidad contractual del deudor por sus auxiliares, véase: Francesco Ferrara,

En tal sentido en la doctrina española, Jordano Fraga expresa:

la responsabilidad contractual indirecta funciona con independencia de la posibilidad de control, instrucciones, dirección o supervisión que tenga el deudor principal sobre la actividad colaborativa de su auxiliar.⁴⁹

Por lo cual, se admite que los auxiliares de cumplimiento utilizados por el deudor pueden ser dependientes o empleados suyos como, por ejemplo, un trabajador, un hijo menor sometido a su patria potestad, o un doméstico; pero pueden serlo también auxiliares independientes o autónomos como, por ejemplo, un extraño al que se le pide un favor, un empresario autónomo que se subcontrata, un profesional o técnico cuya actividad auxiliar técnica no se está en condiciones de controlar o supervisar. Lo importante es la función de *agente ejecutor* que el tercero desempeña por iniciativa del deudor. Esto es lo que vincula la actuación del auxiliar con la esfera de responsabilidad del deudor.⁵⁰

Esta diferencia en cuanto a la responsabilidad del comitente en uno y otro campo obedece a que en materia de responsabilidad contractual se responde del incumplimiento *porque se es contratante*, condición esta que es decisiva para fijar la responsabilidad aun cuando el daño derivado del incumplimiento lo haya originado un auxiliar, cuestión que en cierto sentido aparece como secundaria. Será siempre el deudor quien, a pesar de ello, mantendrá su condición de único obligado contractual, frente al acreedor (*supra*, N° V). Por el contrario, tratándose de responsabilidad extracontractual, la razón que justifica la responsabilidad por el daño causado por un tercero es la relación que existe entre el civilmente responsable y el causante del daño.⁵¹

En fin, para comprometer la responsabilidad contractual del deudor, no es necesario que exista una estricta relación de dependencia o subordinación. Es suficiente con que el ejecutor sea un tercero respecto del acreedor y que haya sido autorizado por el deudor para intervenir en el cumplimiento de la obligación ejecutando materialmente la prestación prometida.

4. Personas físicas y jurídicas

Tanto las personas físicas como las personas jurídicas pueden ser incorporadas por el deudor en la ejecución de la prestación prometida en cuyo

ob. cit., p. 25. En la doctrina argentina bajo la vigencia del Código Civil anterior que, a diferencia del Código Civil y Comercial de la Nación actualmente vigente, tampoco consagraba este principio, véase: Aída Kemelmajer de Carlucci, *Daños causados por los dependientes*, Hamurabi/Depalma, Buenos Aires, 1992, pp. 56-58; Enrique Carlos Banchio, *ob. cit.*, pp. 77-78.

⁴⁹ Francisco Jordano Fraga, *ob. cit.*, p. 137.

⁵⁰ *Ibid.* pp. 134-135. De ese mismo criterio: Margarita Jiménez Horwitz, *ob. cit.*, p. 41.

⁵¹ María M. Agoglia, *ob. cit.*, pp. 180-183; Orencio Torralba Soriano, *ob. cit.*, pp. 1158 y 1161.

caso unas y otras serán auxiliares de cumplimiento.⁵² En el campo contractual no es extraño que el tercero auxiliar sea una gran empresa. Por ejemplo, un banco que el deudor utiliza para pagar su deuda a través de una transferencia⁵³ o una gran empresa de transporte a la que el deudor encomienda la realización del transporte debido.

Cuando el deudor es una persona jurídica esta responde de la actuación de sus administradores. Pero no se trata en tal caso de una responsabilidad por el hecho de un auxiliar sino de una responsabilidad por hecho propio toda vez que al ser los administradores órganos de la persona jurídica, sus actuaciones se identifican con las de la persona jurídica.⁵⁴ Pero los terceros auxiliares designados por los órganos de la persona jurídica deudora no son órganos suyos; por lo cual, la persona jurídica responde por sus actuaciones (u omisiones) sobre la base de la responsabilidad del deudor por sus auxiliares.⁵⁵

5. Representantes legales y convencionales

Cuando el representante legal o convencional actuando dentro de los límites de sus poderes realiza, en el cumplimiento de una obligación a cargo del representado, un acto doloso o culposo a causa del cual surge un daño, el representado deberá responder frente a su acreedor por el daño causado por dicha actuación.

El rasgo característico de la representación es que para el representado las consecuencias de los actos cumplidos por el representante, siempre que este no

⁵² Francesco Messineo, *ob. cit.*, p. 236.

⁵³ En las transferencias bancarias, el banco del transferente es auxiliar de cumplimiento con respecto a la realización de la obligación del pago, pero no lo es el banco del destinatario del cual se sirve este igualmente como “auxiliar en la aceptación” (Larenz, *ob. cit.*, p. 295).

⁵⁴ Francesco Messineo, *ob. cit.*, p. 237; Antonio Brunetti, *Tratado de Derecho de Sociedades*, Tomo XII, traducción al español de Felipe de Sola Cañizares, Buenos Aires, 1960, p. 208. En la doctrina nacional, véase: Carlos Eduardo Acedo Sucre, “La responsabilidad por hecho de dependientes. La inmunidad del dependiente”, en Claudia Madrid Martínez (coord.), AA.VV., *Derecho de las Obligaciones, Homenaje a José Mélich-Orsini*, Serie Eventos N° 29, Academia de Ciencias Políticas y Sociales/Asociación Venezolana de Derecho Privado/Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2012, p. 409. En nuestro sistema jurídico la doctrina de la representación orgánica, de acuerdo con la cual cuando las personas jurídicas actúan a través de las personas naturales que les sirven de órganos, no son las personas quienes actúan por la persona jurídica sino la sociedad que actúa por su medio, ha sido acogida en forma reiterada. Al respecto, véase: Manuel Acedo Mendoza y Luisa Teresa Acedo de Lepervanche, *La sociedad anónima*, Schnell, Caracas, 1985, p. 281; Luis Guillermo Govea Urdaneta (h), *Las grandes decisiones de la Corte Suprema de Justicia en materia de Derecho Mercantil (1935-1972)*, 3ª edición, Jurisversa, Caracas-Maracaibo, 1992, p. 88.

⁵⁵ De ese criterio: Francisco Jordano Fraga, *ob. cit.*, p. 152.

traspase los límites de los poderes que se le han conferido, se producen como si aquel en persona hubiere actuado.⁵⁶ La identificación entre las personas del representado y representante produce frente a los terceros el efecto de hacer que lo actuado en el ejercicio de la representación regularmente cumplida, obligue al representado por todo aquello que el representante hizo en nombre y por cuenta suya. Este principio se encuentra consagrado expresamente en el artículo 1.169 del Código Civil según el cual:

los actos cumplidos en los límites de sus poderes por el representante en nombre del representado, producen directamente sus efectos en provecho y en contra de este último.

Por lo antes expuesto, la responsabilidad contractual indirecta del representado por la actuación del representante no existe. Desde el momento en que se produce la confusión de sus personas la responsabilidad deja de ser indirecta, porque el hecho del representante es hecho propio y personal del representado. Se trata pues en este caso de una responsabilidad directa y no de una responsabilidad por el hecho de otro porque, respecto del representado el representante no es un tercero.⁵⁷ Por tal razón, resulta obvio que, por lo que respecta a la representación legal o convencional, nos encontramos fuera del sistema de la responsabilidad en análisis.

6. Clases de auxiliares

Según la mayor o menor independencia de actuación del auxiliar en la actividad de cumplimiento de la prestación, la doctrina, especialmente la francesa, distingue entre dos clases de auxiliares: los ayudantes o auxiliares en sentido estricto, y los sustitutos.

Los ayudantes (*aides*) o auxiliares *stricto sensu* (*auxiliares*) son los auxiliares de cumplimiento dependiente; en cambio, los sustitutos (*substitutus*) son los auxiliares de cumplimiento autónomo. Los primeros son aquellos que colaboran en el cumplimiento siguiendo las instrucciones del deudor; en cambio, los segundos ejecutan la prestación en una situación de independencia si bien, lógicamente, han debido ser encargados por el deudor del cumplimiento y deben también ser extraños al acreedor.⁵⁸ Por consiguiente, se afirma, la diferencia entre los auxiliares en sentido estricto y los sustitutos estriba en que los primeros colaboran con el deudor en el cumplimiento, mientras que los segundos no son

⁵⁶ José Mélich-Orsini, *La representación voluntaria*, Serie Estudios, N° 69, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2007, pp. 21-26.

⁵⁷ En ese sentido, entre otros, véase: Émile Becqué, *ob. cit.*, p. 258; A. Von Tuhr, *Tratado de las Obligaciones*, traducción al castellano de W. Roces, Colmares, Granada, 2007, pp. 205-206; Francesco Messineo, *ob. cit.*, p. 237; María M. Agoglia, *ob. cit.*, p. 177.

⁵⁸ Émile Becqué, *ob. cit.*, p. 265; Henri y Léon Mazeaud y André Tunc, *ob. cit.*, pp. 704-705.

colaboradores en sentido estricto toda vez que no actúan al lado del deudor, sino en su lugar y con independencia del mismo.⁵⁹

En cualquier caso, el deudor responde de la misma manera y en la misma medida, frente al acreedor, por los incumplimientos de su obligación debidos a unos o a otros.⁶⁰ Sin embargo, la distinción entre auxiliares en sentido estricto y sustitutos puede tener consecuencias por lo que respecta a la posibilidad de utilizar auxiliares para el cumplimiento de las obligaciones contratadas en atención a las cualidades o circunstancias personales del deudor. Dicha posibilidad suele admitirse en mayor medida tratándose del empleo de simples colaboradores, mientras que la sustitución será en la generalidad de los casos contraria a la voluntad de las partes.⁶¹

A. Ayudantes o auxiliares *stricto sensu*

Los ayudantes o auxiliares en sentido estricto son aquellos que actúan bajo la instrucción, vigilancia o el control del deudor como, por ejemplo, los empleados, obreros, aprendices, agentes, encargados, domésticos, asistentes, etc. que colaboran con el deudor en la ejecución material de la prestación, complementando su actividad. La utilización por parte del deudor de estos ayudantes se impone por las exigencias del tráfico comercial e industrial moderno.

En nuestro ordenamiento numerosos textos legales consagran la responsabilidad contractual del deudor por el hecho de sus ayudantes, tal como ocurre con las disposiciones del Código Civil contenidas en el artículo 1.642 que hace responsable al empresario del trabajo ejecutado por las personas que ocupe en la obra, y en el artículo 1.778 que hace responsables al posadero y a todos aquellos que dan alojamiento a los viajeros por los daños causados por sus criados, encargados y dependientes. El mismo principio aparece recogido en el artículo 169 del Código de Comercio que, en materia de transporte terrestre, hace al porteador responsable de los hechos dañosos de sus dependientes en la ejecución del contrato de transporte.

Disposiciones similares se encuentran en el artículo 206 (17) de la Ley de Comercio Marítimo que consagra, en materia de transporte marítimo, la responsabilidad del porteador por las pérdidas, daños o retardos en la entrega de la mercancía ocasionados por los hechos culposos de sus agentes y subordinados, y en el artículo 106 de la Ley de Aeronáutica Civil que hace responsables contractualmente a los explotadores del servicio de transporte aéreo por los daños ocasionados por los actos culposos de sus dependientes o empleados. La misma regla se aplica a los transportistas.

⁵⁹ Francesco Ferrara, *ob. cit.*, pp. 291 y ss.

⁶⁰ Geneviève Viney y Patrice Jourdain, *ob. cit.*, pp. 1046.

⁶¹ En ese sentido, véase: Margarita Jiménez Horwitz, *ob. cit.*, p. 40.

B. Sustitutos

a. Conceptuación

Los sustitutos actúan con mayor independencia del deudor en la actividad de cumplimiento. El sustituto, se afirma, es una persona independiente a la que el deudor le encarga, en todo o en parte, la ejecución de la obligación como, por ejemplo, un empresario autónomo que se subcontrata; una empresa de transporte a la que el deudor le encomienda la realización del transporte; un profesional o técnico cuya actividad auxiliar técnica no se está en condiciones de controlar o supervisar; un banco que utiliza el deudor para pagar su deuda a través de una transferencia, etc.⁶²

La sustitución produce un desplazamiento meramente material del deudor. El sustituto es siempre una persona de la que el obligado se sirve para ejecutar la prestación. El sustituto actúa por cuenta o interés del deudor.

Conviene advertir que cuando se habla de *sustitutos* se está utilizando el término en un sentido técnico muy preciso que se refiere a la sustitución (material) del deudor por un tercero en la actividad de cumplimiento de la obligación. Distinta de esta forma de sustitución es la sustitución novatoria que implica que un tercero asume la obligación en lugar del deudor quedando este liberado de la misma.⁶³ Como expresa Ferrara:

Se trata solo de aquellos [los sustitutos] que entran *materialmente* en lugar del deudor en la ejecución, *no jurídicamente* pasando ellos mismos a ser obligados y apropiándose de la obligación. El deudor, por tanto, no desaparece del vínculo obligatorio sino que permanece siempre directamente obligado hacia el acreedor respecto del cual el sustituto es un extraño.⁶⁴

Por consiguiente, la sustitución a la que nos referimos aquí no produce una novación subjetiva de la obligación por cambio de deudor ni tampoco una asunción de deuda.

Desde luego, si la sustitución supone algo más que un simple desplazamiento material del deudor, como si este pretendiera descargarse totalmente de la obligación, transfiriéndosela a otra persona en todos sus efectos, entonces el consentimiento del acreedor sería necesario, porque nos encontraríamos ante una sustitución novatoria (o una asunción de deuda), para cuya eficacia se requiere,

⁶² Giovanna Visintini, *ob. cit.*, p. 71; Francisco Jordano Fraga, *ob. cit.*, p. 141.

⁶³ La doctrina es pacífica sobre este particular. Al respecto, véase: Émile Becqué, *ob. cit.*, pp. 266-267; Giovanna Visintini, *ob. cit.*, p. 72; Orencio V. Torralba Soriano, *ob. cit.*, p. 1159; Margarita Jiménez Horwitz, *ob. cit.*, p. 40.

⁶⁴ Francesco Ferrara, *ob. cit.*, p. 121, nota 4.

por expresa disposición de la ley, (Código Civil, artículo 1.317), que el acreedor declare expresamente su voluntad de liberar al deudor primitivo.⁶⁵

La sustitución que produce un mero desplazamiento físico o material del deudor ha sido ampliamente acogida en nuestro ordenamiento. Así, el Código Civil consagra como principio de carácter general que el deudor puede perfectamente cumplir la prestación por intermedio de un tercero, salvo que tenga interés en que se cumpla por el mismo deudor (art. 1.284), como ocurre cuando la obligación ha sido contraída en atención a las condiciones personalísimas del deudor (obligaciones *intuitu personae*).

b. Disposiciones para casos particulares

El deudor responde por el hecho de sus sustitutos. Así lo establece el Código Civil en distintas hipótesis.

b.1) Contrato de arrendamiento

En materia de *arrendamiento*, el arrendatario cuando no media prohibición legal o convencional, según lo dispuesto en el artículo 1.583, tiene el derecho de subarrendar en todo o en parte la cosa arrendada, pero responderá de toda pérdida o deterioro que causare el hecho del subarrendatario (art. 1.597). Su responsabilidad es evidentemente contractual e indirecta, pues al subarrendar el arrendatario se ha sustituido en la persona del subarrendatario en cuanto a su obligación de conservar la cosa en buen estado (art. 1.585, ord. 2º), de modo que, si esta obligación no se cumple, o se ejecuta defectuosamente, el arrendatario responderá en la misma medida que si el daño proviniese del hecho suyo.

b.2) Contrato de mandato

En atención al carácter *intuitu personae* del mandato, la sustitución en la gestión del mandato ha sido objeto de controversia en la doctrina. En nuestro concepto, el Código Civil venezolano (art. 1.695), al igual que el francés (art. 1.994), da por supuesta la facultad del mandatario de hacerse sustituir en la gestión y especifica los supuestos en que dicha sustitución en el cumplimiento origina responsabilidad para el mandatario.⁶⁶

⁶⁵ Así, el artículo 15 de la Ley de Arrendamientos Urbanos solo permite la cesión del contrato de arrendamiento de inmuebles urbanos ocupando el nuevo arrendatario la entera posición jurídica del arrendatario primitivo frente al arrendador, cuando media el consentimiento expreso del arrendador.

⁶⁶ Por lo demás, cabe entender que la confianza que el mandante deposita en el mandatario puede recaer no tanto en sus condiciones personales para ejecutar el encargo, sino más bien en su capacidad para cumplir las obligaciones asumidas (capacidad de organización), así como para responder de su incumplimiento (capacidad patrimonial). De ahí que la confianza depositada en el mandatario se salvaguarda por la responsabilidad que este conserva por la gestión del sustituto con

De acuerdo con el artículo 1.695 del Código Civil, el régimen de la “sustitución” del mandato es el siguiente:

Si dicha “sustitución” en la gestión no aparece prohibida ni autorizada, expresa o tácitamente, por el mandante, el mandatario responde indirectamente frente al mandante por el hecho de su sustituto (arg.: *ex art.* 1.695 (ord. 1°) del Código Civil).⁶⁷

En cambio, si el mandante ha prohibido la sustitución, el mandatario responderá del hecho del sustituto, pero no en razón de la culpa de la persona que el mandatario ha sustituido en su gestión, sino en razón de su propia conducta culposa que consiste en haber sustituido el mandato contraviniendo la prohibición contractual de hacerlo.

Del mismo modo, conforme a lo dispuesto en el art. 1.695 (ord. 2°) *ejusdem*, cuando el poder para sustituir ha sido conferido sin designación de persona, el mandatario responde solamente de la culpa cometida en la elección y en las instrucciones que necesariamente debió comunicar al sustituto.

En tales circunstancias el mandatario responderá frente al mandante de la actuación del sustituto, pero por su culpa personal al haber efectuado una mala elección del mandatario sustituto, o por no haberle comunicado las instrucciones que necesariamente debió impartirle.

En ambos casos, la violación de la ley o del contrato por parte del mandatario sustituyente obedece igualmente a su propia actuación culposa.⁶⁸ Cabe hacer notar que, en los casos antes examinados, la sustitución del mandato se limita a la sustitución del mandatario en el cumplimiento de la gestión

el mismo alcance que de su propia actuación en el cumplimiento del encargo. En ese sentido, en la doctrina española véase: Margarita Jiménez Horwitz, *ob. cit.*, p. 142.

⁶⁷ La doctrina nacional sostiene que la sustitución del mandato es legítimamente posible, salvo prohibición expresa del mandante. En ese sentido, James Otis Rodner, *La transferencia del contrato (Unidroit, Artículo 9)*, Serie Estudios N° 108, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2014, pp. 251; Aníbal Dominici, *Comentarios al Código Civil venezolano*, Tomo IV, Caracas, 1904, p. 127. Por su parte, la jurisprudencia de nuestros tribunales ha declarado con respecto al *mandato judicial* que la sustitución procede como principio general, “aunque nada se hubiese dicho en el texto del poder y solo está prohibida en aquellos casos en que así se haya dispuesto expresamente.” (Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° 0072 del 23 de enero de 2003. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/enero/00072-230103-1995-12273.HTM>, consultada en fecha 10 de marzo de 2022).

⁶⁸ La doctrina es pacífica sobre el particular expuesto. Al respecto, véase: Émile Becqué, *ob. cit.*, p. 267-268; Henri y Léon Mazeaud y André Tunc, *ob. cit.*, p. 87; A. von Tuhr, *ob. cit.*, p. 344; Enrique Carlos Banchio, *ob. cit.*, pp. 82 y 103; Margarita Jiménez Horwitz, *ob. cit.*, pp. 145-146.

(*submandato*) en la cual el mandatario *no* se desliga de su relación con el mandante (arg.: *ex art. 1.695, encabezamiento, del Código Civil*).

La sustitución en el cumplimiento de la gestión, es decir, en la ejecución de la obligación o submandato, se distingue de la sustitución jurídica propiamente dicha que implica un cambio de deudor, es decir, un cambio de mandatario por un nuevo mandatario. En razón de la sustitución jurídica del mandato en sentido propio, el mandatario primitivo “sale” de la relación obligatoria y “entra” el sustituto en la condición de nuevo mandatario. Al producirse una modificación subjetiva de la relación obligatoria por cambio de deudor, dicha sustitución, obviamente, debe ser consentida por el mandante.⁶⁹ Sería el caso del poder para sustituir que haya sido conferido *con designación de persona*. Si en tal caso el mandatario sustituye al mandante en la persona designada (sin reservarse su ejercicio), dicha sustitución produce los efectos de una cesión del contrato (o de las obligaciones del mandatario) consentida anticipadamente por el mandante en razón de la cual el mandatario primitivo queda liberado y no responde de la gestión del sustituto, subentrando este último en la posición contractual del mandatario sustituyente frente al mandante.⁷⁰

En fin, solo cuando la sustitución del mandatario no está prohibida ni autorizada, expresa o tácitamente, por el mandante existe un supuesto de responsabilidad contractual indirecta del mandatario sustituyente por la gestión del mandatario sustituto.

Desde luego, si el mandatario se limita a introducir simples ayudantes o colaboradores que actúan bajo su dependencia en la ejecución material del encargo (auxiliares *stricto sensu*), el mandatario responde frente al mandante por la actuación de estos ayudantes que colaboran con él en el cumplimiento con un alcance mucho más limitado (responsabilidad contractual indirecta).

b.3) Contrato de obras

Aunque el Código Civil no regula expresamente el *subcontrato de obras* se debe considerar auxiliar (*sustituto en el sentido técnico antes expuesto*) del contratista, en sus relaciones con el dueño de la obra, al subcontratista pues este, aunque sea un empresario autónomo, es un tercero introducido por el contratista en la realización, total o parcial, de la obra debida por él al dueño.

⁶⁹ Sobre la distinción entre las distintas formas de sustitución del mandato en el Derecho español, véase: Luis Díez-Picazo, *La representación en el Derecho Privado*, Civitas, Madrid, 1979, pp. 193 y ss; Francisco Jordano fraga, *ob. cit.*, pp. 313 y ss.

⁷⁰ En ese sentido, en la doctrina nacional, véase: James Otis Rodner, *La transferencia del contrato... ob. cit.*, p. 251.

En tal sentido, la doctrina nacional considera que el artículo 1.642 del Código Civil que hace responsable al contratista del trabajo ejecutado por las personas que ocupe en la obra se extiende a los *subcontratistas*.⁷¹

b.4) Contrato de transporte

La responsabilidad del deudor por el hecho de sus sustitutos está igualmente consagrada en el artículo 169 del Código de Comercio que hace responsable al porteador en el caso de transporte por tierra no solo por el hecho de sus dependientes, sino también por el de todos los porteadores subsiguientes o intermediarios, o de cualquier otra persona a quien confíe la ejecución del transporte. Así mismo, el artículo 293 de la Ley de Comercio Marítimo establece que cuando el porteador haya confiado la ejecución del transporte marítimo a un porteador efectivo, aquel será responsable de los daños causados en la ejecución del transporte por los actos u omisiones del porteador efectivo, sus dependientes y agentes cuando actúen en el ejercicio de sus funciones.

7. Otras personas

Por último, la ley en algunas disposiciones establece que el deudor es igualmente responsable de los daños cometidos por otras personas que en rigor no se encuentran comprendidas dentro de las categorías de ayudantes o auxiliares *stricto sensu* y sustitutos. Es el caso del artículo 1.597 del Código Civil que consagra la responsabilidad del arrendatario por los daños causados en la cosa arrendada por “las personas de su familia”.

Un sector de la doctrina y de la jurisprudencia extranjera considera que esta disposición no solo aplica a las personas unidas por relaciones de carácter familiar con el arrendatario como sus hijos, cónyuge y parientes en general, sino que el arrendatario responde también por los daños ocasionados por sus huéspedes y por aquellos sujetos que usan la cosa con ocasión de los servicios prestados al arrendatario como, por ejemplo, los domésticos y operadores técnicos que trabajan por cuenta de aquel en la vivienda alquilada o en el local arrendado, aunque sea transitoriamente.⁷²

⁷¹ James Otis Rodner, *Los contratos enlazados...*, *ob. cit.*, p. 249. En el mismo sentido existe jurisprudencia del Tribunal Supremo español que, con base en lo dispuesto en el art. 1596 del Código Civil español, equivalente al artículo 1.642 de nuestro código, ha declarado la responsabilidad del contratista frente al propietario por el trabajo ejecutado por los subcontratistas; al respecto, véase: Sentencia del Tribunal Supremo 1ªSS del 14 de noviembre de 1984, referencia tomada de James Otis Rodner (*Ibid.*, p. 250).

⁷² Geneviève Viney y Patrice Jourdain, *ob. cit.*, p. 1063, especialmente, la nota 421 y la jurisprudencia de los tribunales franceses ahí citada; Francisco Jordano Fraga, *ob. cit.*, pp. 301-302, especialmente, la nota 452 y la jurisprudencia de los tribunales españoles ahí citada.

Quedarían solamente excluidos los visitantes ocasionales, proveedores, vendedores ambulantes u otras personas que entran ocasionalmente en la vivienda por poco tiempo, sin que a ello vaya unida la cesión transitoria del uso del inmueble arrendado.⁷³

Por lo que al Derecho venezolano concierne, cabe hacer notar, sin embargo, que, a diferencia de los términos en que se encuentra formulada la prescripción legal en otros ordenamientos,⁷⁴ el artículo 1.597 de nuestro Código Civil se refiere únicamente a la responsabilidad del arrendatario por las pérdidas causadas por *las personas de su familia*. Por lo cual, de acuerdo con los términos de esta disposición, la responsabilidad por el título que examinamos solo es aplicable al hecho de las personas vinculadas con el arrendatario por relaciones jurídicas de carácter familiar. Cualquier otra interpretación es contraria al texto de la ley.

La responsabilidad del arrendatario por el hecho de las personas de su familia se fundamenta en la circunstancia de que al haberlas asociado al uso del inmueble arrendado debe contar con su colaboración para cumplir con el deber que la ley pone a su cargo en su condición de arrendatario de usar la cosa diligentemente y devolverla tal como la recibió (Código Civil, arts. 1.592 (1) y 1.594). De ahí que dichos terceros familiares que usan la cosa se consideran auxiliares del arrendatario en el cumplimiento de aquel deber.⁷⁵ Por lo cual, el artículo 1.597 del Código Civil constituye una manifestación particular del principio de la responsabilidad del deudor por sus auxiliares.

⁷³ Karl Larenz, *ob. cit.*, p. 297.

⁷⁴ El artículo 1.735 del Código Napoleón y el artículo 1.564 del Código Civil español hacen responsable al arrendatario frente al arrendador del deterioro causado “por las personas de su casa”. El artículo 1588 (parágrafo segundo) del Código Civil italiano vigente se refiere a las personas a las cuales el arrendatario “ha permitido, aunque sea temporalmente el uso o el goce de la cosa”.

⁷⁵ En contra, Visintini (*ob. cit.*, p. 66), al comentar el artículo 1.588 del *Codice*, afirma que las personas a las que se contrae esta disposición no son auxiliares porque la actividad del auxiliar se refiere, por definición, a un acto de ejecución de lo debido y la actividad del que usa la cosa es un acto de ejercicio de un derecho y no un acto de ejecución de las prestaciones prometidas por el deudor. Cabe hacer notar, sin embargo, tal y como se indica en el texto, que el arrendatario no solo se obliga frente al arrendador al pago del canon, sino también a destinar la cosa arrendada al uso pactado y a cuidarla y conservarla diligentemente, para restituirla finalizado el arrendamiento en el mismo estado en que la recibió (CC., arts. 1.592-1.595). Por consiguiente, como también se indica en el texto, tomando en consideración la totalidad de las prestaciones debidas por el arrendatario, los familiares que este haya asociado al uso de la cosa arrendada son sus auxiliares para el cumplimiento de los deberes accesorios de conservación, custodia y trato diligente conforme al uso convenido de la cosa arrendada, que lo vinculan contractualmente con el arrendador.

VIII. Régimen jurídico de la responsabilidad

1. Principio general de la responsabilidad del deudor por sus auxiliares

El principio que rige la responsabilidad contractual indirecta por el hecho dañoso de los auxiliares es que el deudor responde contractualmente por sus auxiliares de cumplimiento en las mismas condiciones, con los mismos límites y con la misma extensión en que habría respondido personalmente, de haber actuado como y en lugar de ellos en el cumplimiento de su propia obligación.⁷⁶ El deudor es responsable frente a su acreedor de los daños causados por sus auxiliares en la misma medida que si los hubiese ocasionado por hecho propio. Por consiguiente, responde por sus auxiliares, no en menor medida que de su conducta personal de cumplimiento, pero tampoco en mayor medida.

Este principio deriva del fundamento mismo de la responsabilidad contractual por el hecho de otros: para el acreedor, el hecho de que el obligado se sirva de terceras personas en la ejecución del contrato es una circunstancia que no puede modificar los términos y alcance de la relación obligatoria, y menos la naturaleza y medida de su responsabilidad.

2. Consecuencias

El principio enunciado produce importantes consecuencias jurídicas por lo que respecta a la imputación al deudor de la conducta de su auxiliar, la demostración de la causa extraña no imputable y los efectos de la conducta dolosa del auxiliar.

A. El hecho del auxiliar es un hecho del deudor

El deudor que es impedido de cumplir el contrato por el hecho doloso o culposo de su auxiliar no puede invocar esta circunstancia como el hecho de un tercero configurativo de una causa extraña no imputable para liberarse de responsabilidad frente a su acreedor.⁷⁷ Por el contrario, es responsable del daño que dicha inejecución o la ejecución defectuosa le cause. Siendo del deudor la iniciativa de servirse de terceros en la ejecución de la prestación, sobre él recaen las consecuencias dañosas que ellos ocasionen. Esto no es más que una aplicación del principio general de la responsabilidad contractual indirecta: el obligado responde por el incumplimiento ocasionado por los terceros que ha introducido voluntariamente en la ejecución del contrato como si se tratara de su propia conducta y a él se imputa el comportamiento de su auxiliar. Para el acreedor, el hecho del auxiliar debe considerarse un hecho del deudor mismo.⁷⁸

⁷⁶ Es un principio no discutido en materia de responsabilidad contractual indirecta. En ese sentido, los autores citados en la nota 41.

⁷⁷ Así lo afirma Franceso Galgano, *ob. cit.*, p. 104.

⁷⁸ En ese sentido, véase: Achille Giovine, *ob. cit.*, pp. 406-407.

B. Causa extraña no imputable

La causa extraña no imputable que hace imposible el cumplimiento por parte del auxiliar, en los términos del artículo 1.271 del Código Civil, libera de responsabilidad al deudor. El demandado si demuestra alguno de los hechos constitutivos de la causa extraña no imputable (caso fortuito, fuerza mayor, hechos de un tercero, culpa de la víctima, hecho del príncipe) queda liberado de responsabilidad. Si así no fuese, las condiciones de la responsabilidad contractual por el comportamiento del auxiliar serían más gravosas que las del deudor por su conducta personal.⁷⁹ En fin, no se puede cargar al deudor por los casos fortuitos que afecten la conducta de cumplimiento de su auxiliar.

Desde luego, si el deudor asume frente a su acreedor el riesgo del *casus* no queda exonerado por la causa extraña no imputable que afecte a su auxiliar, porque dicha causa extraña tampoco lo habría exonerado de haber cumplido personalmente su obligación.

Por la misma razón, para que el evento configurativo de la causa extraña no imputable que impida el cumplimiento por parte del auxiliar exonere al deudor de responsabilidad, se requiere que tal evento se produzca antes de la mora, pues de haber intervenido personalmente en el cumplimiento, el deudor sería igualmente responsable por la causa extraña no imputable sobrevenida después de la mora (arg.: *ex art.* 1.344 del Código Civil).

C. Dolo del auxiliar

El dolo del auxiliar agrava la responsabilidad contractual del deudor. Cuando el incumplimiento de la obligación obedece al dolo del deudor, su responsabilidad se extiende a todos los daños y perjuicios causados independientemente de que los mismos hayan podido preverse o no al tiempo de la celebración del contrato (CC, art. 1.274).

Así como la conducta dolosa del deudor agrava su responsabilidad haciéndolo responder de todos los daños previstos o no, de la misma manera la conducta dolosa del auxiliar en la ejecución del contrato tiene para la responsabilidad contractual indirecta del deudor el mismo efecto agravatorio: si hay dolo del auxiliar los daños resarcibles se elevan a la integridad del perjuicio sufrido independientemente de su previsibilidad. El deudor no puede pretender atenuar su responsabilidad por la circunstancia de haberse valido de un tercero para el cumplimiento de la obligación.⁸⁰

La circunstancia de que el comportamiento doloso del auxiliar compromete al deudor en la misma medida que lo obligaría su dolo personal es una mera

⁷⁹ Geneviève Viney y Patrice Jourdain, *ob. cit.*, p. 1064.

⁸⁰ Es la posición predominante de la doctrina. Al respecto, por todos, véase: Émile Becqué, *ob. cit.*, p. 309; Francesco Ferrara, *ob. cit.*, pp. 136-137.

consecuencia del principio según el cual deudor responde contractualmente por el comportamiento de sus auxiliares en la misma medida y con la misma extensión en que habría respondido frente al acreedor perjudicado por su propia conducta.

Desde luego, siempre queda en pie la acción de regreso del deudor que indemnice a su acreedor por la conducta dolosa del auxiliar, para que este último le reintegre lo pagado (*infra*, N° XI).

D. Otras aplicaciones del principio general de la responsabilidad contractual indirecta

A continuación examinamos algunas otras aplicaciones del principio general que gobierna la responsabilidad contractual del deudor por el hecho de sus auxiliares referidas a la cláusula penal, la extensión de las garantías y la compensación de culpas.

a) Cláusula penal

La cláusula penal convenida entre acreedor y deudor se refiere a toda la responsabilidad contractual del deudor, es decir, tanto al incumplimiento o retardo de la obligación que se origine en su conducta personal como al proveniente de la conducta de los auxiliares incorporados por el deudor al cumplimiento.⁸¹ Desde luego las partes pueden limitar la aplicación de la cláusula penal al incumplimiento determinado por la conducta personal del deudor, en cuyo caso la indemnización del daño ocasionado por el comportamiento de los auxiliares se rige por los principios generales que rigen la extensión de los daños y perjuicios resarcibles por inejecución del contrato.⁸²

b) Garantías

Las garantías constituidas para asegurar el cumplimiento de la obligación, salvo pacto en contrario, se extienden también a la responsabilidad contractual indirecta del deudor. Se trata de otra manifestación particular del principio de la responsabilidad del deudor por el auxiliar: como “el incumplimiento del auxiliar” es para el acreedor un incumplimiento de la obligación del deudor, las garantías cubren también el “incumplimiento” de aquel.⁸³

c) Compensación de culpas

La compensación de culpas es una circunstancia atenuante de la responsabilidad contractual tanto cuando la culpa del acreedor concurre con la culpa del deudor en la producción del daño, como cuando aquella concurre con la culpa de sus auxiliares de cumplimiento. En uno y otro caso, la obligación de reparar el daño que tiene el deudor se verá reducida en la medida en que la culpa

⁸¹ En ese sentido, véase: Francesco Ferrara, *ob. cit.*, p. 137.

⁸² En ese sentido, véase: Francisco Jordano Fraga, *ob. cit.*, pp. 562-563.

⁸³ Émile Becqué, *ob. cit.*, p. 307.

del acreedor contribuyó a su producción.⁸⁴ Esta no es más que otra aplicación del principio general que gobierna la responsabilidad contractual indirecta del deudor por el hecho de sus auxiliares antes examinado.

IX. Cláusulas exonerativas y limitativas de responsabilidad

Se plantea el problema de si las partes pueden válidamente convenir en eximir o limitar anticipadamente la responsabilidad contractual del deudor en caso de incumplimiento de la obligación ocasionado por la conducta dolosa o culposa del auxiliar de que aquel se valga para el cumplimiento de la prestación debida.

Como es bien sabido, la doctrina nacional está de acuerdo en negar la validez de las cláusulas exonerativas o limitativas de responsabilidad cuando el incumplimiento de la obligación se debe al dolo del deudor. Se considera inmoral y contrario al orden público admitir la validez de dichas cláusulas. La doctrina mayoritaria asimila la culpa grave al dolo. Se admiten, en cambio, las cláusulas exonerativas y limitativas de responsabilidad en caso de incumplimiento ocasionado por la culpa leve o levísima.⁸⁵

Entonces, ¿se aplican igualmente estos límites en caso de no ejecutarse la obligación por causa del dolo o culpa grave de los auxiliares introducidos por el deudor en el cumplimiento?

Según un sector de la legislación, doctrina y jurisprudencia comparada, hay que admitir la validez de las cláusulas que exoneran o limitan la responsabilidad del deudor cuando medie incumplimiento doloso o gravemente culposo de sus auxiliares.

Exponente de esta corriente de opinión en Francia es Émile *Becqué* quien afirma:

Desde el punto de vista moral, la exoneración del hecho ajeno es menos chocante que la del hecho personal. En el último caso se quiere escapar a la responsabilidad resultante de su propio hecho, mientras que en el primero se trata del hecho del auxiliar, es decir, del hecho de otro. Es más grave derogar las consecuencias de un acto personal, que las de otro.⁸⁶

⁸⁴ *Ibid.*, p. 302; en el mismo sentido, véase: Francisco Jordano Fraga, *ob. cit.*, pp. 562-564.

⁸⁵ Al respecto, por todos, véase: José Mélich-Orsini, *Doctrina General del Contrato*, 5ª edición, primera reimposición, Serie Estudios, N° 61, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2021, p. 561; Eloy Maduro-Luyando y Emilio Pittier Sucre, *ob. cit.*, Tomo II, p. 930.

⁸⁶ Émile Becqué, *ob. cit.*, p. 312; criterio que comparte Francesco Ferrara (*ob. cit.*, p. 137). Es también el criterio seguido por un sector importante de la doctrina y la

De ahí que, según esta corriente de opinión, las razones de orden público, moral y buenas costumbres que se oponen a la validez de las cláusulas exonerativas o limitativas de responsabilidad en caso de dolo o culpa grave del deudor no están presentes cuando se pacta la exclusión o limitación de responsabilidad por el comportamiento doloso o gravemente culposo del auxiliar.⁸⁷ Además, se afirma que aunque se pacte dicha exclusión o limitación de responsabilidad por el dolo o la culpa grave de otro, existe siempre la responsabilidad por dolo o culpa grave del propio deudor.⁸⁸ Esta es la solución del § 278 del B.G.B. alemán y de los artículos 101 del Código suizo de las Obligaciones y 107 (2) del Código Civil egipcio.

Otros autores, en cambio, consideran que no pueden las partes convenir anticipadamente en eximir al deudor de la responsabilidad por incumplimiento de la obligación por causa de la actuación dolosa o gravemente culposa del auxiliar. El dolo o la culpa grave de los auxiliares, se afirma, desempeña el mismo papel del dolo o la culpa grave del deudor.⁸⁹ De acuerdo con el principio general de la responsabilidad contractual indirecta, el deudor deberá responder ante su acreedor de la conducta dolosa o gravemente culposa de sus auxiliares en los mismos casos y bajo las mismas condiciones que de haber mediado su dolo o culpa personal puesto que no puede ser mejor su situación cuando él hace ejecutar la obligación por un tercero que cuando la cumple personalmente. Por consiguiente, así como dichas cláusulas exonerativas o limitativas no son válidas cuando el incumplimiento obedece al dolo o a la culpa grave del deudor, tampoco lo son en caso de inejecución del contrato causada por la conducta dolosa o gravemente culposa del auxiliar. Es la solución legal consagrada en el artículo 72 del Código Civil griego.

El Código Civil italiano de 1942 después de consagrar la facultad del deudor para convenir por anticipado su liberación de responsabilidad por el hecho de sus auxiliares (art. 1.228), la prohíbe en caso de hechos constitutivos de violación de obligaciones derivadas de normas de orden público (art. 1.229).

jurisprudencia belgas. Al respecto, véase: Pierre van Ommeslaghe, *Droit des Obligations, Tomo II, (Sources des obligations) (segunda parte)*, Bruylant, Bruselas, 2012, pp. 1659-1660 y la sentencia de la Corte de Casación belga ahí citada.

⁸⁷ En la doctrina española, es el criterio de Margarita Jiménez Horwitz (*ob. cit.*, pp. 245 y ss).

⁸⁸ Giovanna Visintini, *ob. cit.*, p. 114.

⁸⁹ Es el criterio mantenido por la doctrina y la jurisprudencia francesas. Al respecto, véase: Geneviève Viney y Patrice Jourdain, *ob. cit.*, pp. 1066-1067, especialmente, la nota 439 y la jurisprudencia de la Corte de Casación francesa ahí citada. Es también el criterio predominante en la doctrina española. Al respecto, por todos, véase: Manuel García Amigo, *Cláusulas limitativas de la responsabilidad contractual*, Tecnos, Madrid, 1965, pp. 147 y ss.

Al comentar estas disposiciones, un sector importante de la doctrina y la jurisprudencia italianas, excluye la validez de las cláusulas limitativas o exonerativas de la responsabilidad contractual indirecta en caso de dolo o culpa grave del auxiliar de cumplimiento.⁹⁰

Como se dijo, es la misma posición seguida por la doctrina y la jurisprudencia en Francia y en España cuyos códigos civiles, al igual que el venezolano, no regulan expresamente la materia.⁹¹

Por nuestra parte, estimamos que como el fundamento de la responsabilidad contractual indirecta se encuentra en la estructura de la relación obligatoria, no hay razones para distinguir entre uno y otro supuesto al momento de analizar las cláusulas limitativas o exonerativas. Por consiguiente, serán nulos los pactos por los que pretende excluirse o limitarse la responsabilidad contractual del deudor tanto por el incumplimiento debido a su propia actuación dolosa o gravemente culposa, como por el determinado por el dolo o la culpa grave de sus auxiliares de cumplimiento. Además, admitir la validez de estas cláusulas choca con las exigencias de la buena fe contractual que preside la ejecución de los contratos *ex* artículo 1.160 de Código Civil. En efecto, el acreedor confía en que la obligación será cumplida con cuidado y previsión y, obviamente, espera que los auxiliares de su contratante actúen con idéntico grado de diligencia y pericia en el cumplimiento.

Tampoco puede desconocerse que, en la actualidad, la ejecución personal por el deudor es un supuesto excepcional. Admitir la distinción implica, entonces, convertir en regla la posibilidad de liberarse anticipadamente por el incumplimiento doloso o gravemente culposo. Piénsese, por ejemplo, en el contrato de transporte, en los contratos bancarios, etc. Considerar válido el pacto que excluya la responsabilidad contractual del deudor por dolo o culpa grave del auxiliar implica hacer nugatoria la responsabilidad contractual indirecta con lo cual, por las condiciones en que se desarrolla el tráfico moderno, se corre el grave riesgo de hacer nugatoria en gran parte la propia responsabilidad contractual.

⁹⁰ En ese sentido, C. Massimo Bianca, *ob. cit.*, p. 79. La nulidad de la cláusula de exoneración de responsabilidad por el hecho doloso del auxiliar ha sido declarada por la Casación italiana (Ídem, especialmente, la nota 211 y la sentencia N° 20808 de la Casación italiana de fecha 7 de octubre de 2010 ahí citada). Es el mismo criterio que sostiene Francesco Galgano, *ob. cit.*, p. 104-105.

⁹¹ Ver nota 89 anterior. Es también la posición que sostuvo la doctrina argentina bajo la vigencia del Código Civil de 1869 que, a diferencia del Código Civil y Comercial de la Nación de 2014, tampoco contenía disposición expresa sobre la materia. Al respecto, véase: Aída Kemelmajer de Carlucci, *ob. cit.*, p. 143, especialmente, la nota 4 y los autores argentinos ahí citados.

X. Responsabilidad del auxiliar frente al acreedor

1. Responsabilidad extracontractual por hecho ilícito

La responsabilidad contractual indirecta del deudor frente a su acreedor por la conducta del auxiliar de cumplimiento no excluye la eventual responsabilidad que corresponde al propio auxiliar en su condición de agente material y directo del daño, puesto que nadie debe quedar exento de la responsabilidad que deriva de su propia culpa.

Como el acreedor no se encuentra vinculado por ninguna relación jurídica con dicho auxiliar, la *responsabilidad* de este último tendrá que ser *delictual* lo que presupone que su conducta configure *un hecho ilícito* conforme a lo dispuesto en el artículo 1.185 del Código Civil.⁹²

Desde luego si la conducta ilícita del auxiliar que causa un daño al acreedor no constituye simultáneamente la violación de una obligación contractual del deudor, solo podrá haber responsabilidad extracontractual: *personal del auxiliar* (tercero) que causó el daño y, adicionalmente, responsabilidad *extracontractual indirecta del principal*, si se dan los requisitos del artículo 1.191 del Código Civil.⁹³

Pero si el hecho dañoso del auxiliar, además de violar el contrato, implica al mismo tiempo la violación de un deber legal independiente del contrato, acarreado para el acreedor perjudicado por el incumplimiento la pérdida de ventajas adicionales a las derivadas del contrato, la responsabilidad contractual indirecta del deudor concurrirá con la responsabilidad personal del auxiliar por hecho ilícito *ex* artículo 1.185 del Código Civil. Por ejemplo, el caso del paciente bajo tratamiento en una clínica que sufre lesiones por culpa del dependiente de la clínica.⁹⁴

En tal caso, para exigir responsabilidad por la conducta del auxiliar, el acreedor perjudicado tendrá a su disposición simultáneamente una acción de responsabilidad contractual frente al deudor en su condición de sujeto llamado a responder por el incumplimiento del contrato ocasionado por el hecho de su auxiliar (*responsabilidad contractual por hecho ajeno*) y una acción de responsabilidad extracontractual contra el auxiliar que es llamado a responder de su propio comportamiento culposo (*responsabilidad extracontractual por hecho ilícito propio*).

Ambas acciones nacen del mismo hecho y se encaminan a la misma finalidad, es decir, al resarcimiento del daño causado por el auxiliar. Pero como ha quedado

⁹² En relación con el carácter delictual de esta responsabilidad, véase: Francisco Jordano Fraga, *ob. cit.*, pp. 609 y ss.; Orencio Torralba Soriano, *ob. cit.*, p. 1165.

⁹³ Émile Becqué, *ob. cit.*, p. 307; Giovanna Visintini, *ob. cit.*, p. 129.

⁹⁴ C. Massimo Bianca, *ob. cit.*, p. 73.

expuesto, tienen distinta naturaleza y fundamento: la acción contra el deudor se basa en el incumplimiento del contrato provocado por la actuación del auxiliar que jurídicamente se imputa al deudor, mientras que la acción contra el auxiliar se fundamenta en el hecho ilícito personalmente cometido por él que es un tercero que no se encuentra contractualmente vinculado con el acreedor perjudicado por su actuación. Desde luego, el acreedor solamente puede obtener una vez la indemnización del daño producido. Pero dispone para ello de un concurso de acciones pudiendo optar por una u otra (*derecho de opción del acreedor*).

Puede ocurrir que el auxiliar de cumplimiento sea también dependiente del deudor comitente en el sentido del artículo 1.191 del Código Civil, puesto que estas no son cualidades incompatibles. En tal caso por el daño causado por aquel, responderá este último frente al acreedor tanto contractualmente como, simultáneamente, por hecho ilícito si se dan los requisitos del artículo 1.191 del Código Civil (concurso de responsabilidades contractual indirecta por el hecho del auxiliar y extracontractual indirecta por el hecho del dependiente) (*derecho de opción del acreedor*).⁹⁵

El problema del concurso de acciones (*derecho de opción*), en lo que a la responsabilidad indirecta se refiere, es solo un derivado del mismo problema que se plantea en la responsabilidad civil en general; por lo cual, para la procedencia del derecho de opción aludido se requiere la satisfacción de los mismos extremos que se exigen para la procedencia del derecho de opción entre contratantes en general.⁹⁶

⁹⁵ En ese sentido, Francisco Jordano Fraga, *ob. cit.*, pp. 609 y ss.

⁹⁶ Desde luego, la problemática enunciada en el texto forma parte de un capítulo más amplio de la responsabilidad civil que se refiere a la coexistencia de la responsabilidad contractual y extracontractual cuyo tratamiento desborda el propósito de este trabajo. La doctrina nacional y la jurisprudencia de nuestros tribunales, desde hace algún tiempo, han aceptado la posibilidad de la concurrencia o coexistencia de la responsabilidad contractual con la responsabilidad extracontractual, llamada impropia *cúmulo de responsabilidades*. Es decir, se admite entre nosotros que la existencia de un contrato entre las partes no implica excluir o negar que una de ellas pueda ser responsable frente a la otra con base en la comisión de un hecho ilícito. De acuerdo con la doctrina patria más autorizada, seguida por la mayoría de las decisiones más recientes de nuestros tribunales sobre la materia, para que haya lugar al llamado concurso de responsabilidades y el demandante pueda optar entre dos acciones, una según las reglas de la responsabilidad contractual y otra según las reglas de la responsabilidad extracontractual, se requiere que el hecho dañoso además de violar el contrato, constituya la violación de un deber legal independiente del contrato y prive al demandante de una ventaja distinta de la que habría significado la ejecución del contrato. Al respecto, véase: José Mélich-Orsini, *La responsabilidad civil...*, *ob. cit.*, pp. 186-192; Tribunal Tercero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Agrario y

2. Responsabilidad contractual *ex acción directa*

Por último, el acreedor podrá dirigirse directamente contra el auxiliar reclamando *responsabilidad contractual*, es decir, responsabilidad por el incumplimiento de la relación obligatoria que vincula a deudor y acreedor, en aquellos casos en los cuales la ley autoriza el ejercicio de las llamadas *acciones directas*, tales como las que contemplan los artículos 1.584, 1.643 o 1.695 del Código Civil (*supra*, N° V).

En tales casos el auxiliar del deudor deviene, por disposición de la ley, en obligado contractual frente al acreedor, aunque no esté contractualmente vinculado con él, pudiendo por tanto el acreedor exigirle responsabilidad por el incumplimiento de esta relación contractual.

El ejercicio de esta acción directa contra el auxiliar no está supeditado a que el acreedor se dirija previamente contra el deudor, es decir, puede obrar contra el auxiliar pasando por encima (*omisso medio*) de su deudor.⁹⁷ Pero dicha acción directa tampoco excluye ni limita la responsabilidad del deudor que en su condición de sujeto obligado es llamado a responder por el incumplimiento del contrato ocasionado por el auxiliar. En fin, el acreedor dispone de dos acciones contractualmente distintas para obtener el resarcimiento del mismo daño, pudiendo optar por una u otra.

XI. Acción del deudor frente al auxiliar

Al igual que en materia de responsabilidad aquiliana, el deudor obligado a reparar el daño al acreedor por causa del hecho de su auxiliar dispone de una

del Tránsito de la Jurisdicción Judicial del Estado Falcón, sentencia N° 12 del 21 de febrero de 2014. Disponible en: <https://vlexvenezuela.com/vid/efrian-leaa-mercado-namodificados-499015146>, consultada en fecha 10 de marzo de 2022; Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° 187 del 10 de abril de 2012. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/abril/rc.000187-10412-2012-11-397.html>, consultada en fecha 10 de marzo de 2022; Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° 0563 del 12 de agosto de 2011. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/agosto/RC.000417-12811-2011-09-601.html>, consultada en fecha 1 de marzo de 2022; Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° 0324 del 27 de abril de 2004. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/abril/RC-00324-270404-02472.html>, consultada en fecha 1 de marzo de 2022; Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° 72 del 5 de febrero de 2002. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/febrero/RC-0072-050202-99973-.html>, consultada en fecha 28 de febrero de 2022.

⁹⁷ En relación con las características de la acción directa en la doctrina nacional, véase: James Otis Rodner, *Los contratos enlazados...* *ob. cit.*, pp. 129 y ss.; José Mélich-Orsini, *Doctrina General...*, *ob. cit.*, p. 817. En la doctrina española, véase: Miguel Pasquau Liaño, *La acción directa...*, *ob. cit.*, pp. 17-20.

acción de repetición o de regreso contra dicho auxiliar para obtener el reembolso de lo pagado al acreedor por tal motivo. De lo contrario quedaría el auxiliar que es el verdadero causante del daño exento de su propia responsabilidad, lo cual sería injusto.⁹⁸

La acción del deudor frente al auxiliar se fundamenta en la relación interna que los vincula y generalmente nace de un contrato de trabajo, de obra, de servicios, de mandato, etc. existente entre ellos. Dicha acción de regreso se rige por los principios que gobiernan la responsabilidad contractual. Por supuesto, la relación interna entre el deudor y su auxiliar será la que determine las condiciones de procedencia y los límites de la acción del primero contra el segundo. El auxiliar, por tanto, podrá oponer al deudor todas las excepciones y defensas (cláusulas limitativas o exonerativas de responsabilidad, prescripción, etc.) derivadas de la relación que lo vincula a él con el deudor.

⁹⁸ En ese sentido, Francesco Ferrara, *ob. cit.*, p. 137; Francesco Messineo, *ob. cit.*, p. 237; Henri y Léon Mazeaud y André Tunc, *ob. cit.*, p. 718. Cabe anotar, sin embargo, que la doctrina francesa moderna considera que, en materia de responsabilidad contractual por el hecho de los auxiliares, debe aplicarse el criterio sentado por la Casación francesa el 15 de febrero de 2000 en la sentencia recaída en el caso *Costedoat*. En esta decisión, dictada en un caso de responsabilidad del comitente por el *hecho ilícito* del dependiente, la Casación francesa consagró una inmunidad del dependiente frente al recurso de su comitente para recuperar lo que había tenido que pagar a la víctima, en su condición de civilmente responsable, por los daños ocasionados por la conducta no intencional del dependiente actuando sin traspasar los límites de las funciones que se le habían confiado. En opinión de Viney, este mismo criterio debe aplicarse para hacer inmune al auxiliar frente al recurso de regreso del deudor para obtener de aquel el reembolso de lo pagado al acreedor por los daños ocasionados por la conducta no intencional del auxiliar en el cumplimiento de la obligación (*ob. cit.*, p. 1065). No ve la ilustre profesora emérita de la Universidad de París I (Panteón-Sorbona) razón alguna para establecer, en relación con este punto, una diferencia entre la responsabilidad contractual y la responsabilidad delictual.

CORRUPCIÓN Y CONTRATOS EN VENEZUELA*

Claudia Madrid Martínez**

SUMARIO

I. Introducción: un problema muy serio. II. Corrupción y contratación. A. Actos de corrupción en los contratos. B. El caso Odebrecht. III. Contratos de corrupción y contratos por corrupción. A. Contratos de corrupción. B. Contratos por corrupción. C. Corrupción e ilicitud en los Principio UNIDROIT. IV. Una breve mirada al arbitraje desde la corrupción. V. Una idea final.

I. Introducción: un problema muy serio

Miles de millones de dólares han sido robados de los distintos países mediante actos de corrupción. Así lo reconoce James Anderson en la introducción al reporte preparado por el Banco Mundial, titulado “*Enhancing Government Effectiveness and Transparency: The Fight Against Corruption*”¹. A pesar de las promesas de los distintos gobiernos, la corrupción sigue su camino, dejando a su paso pobreza y derechos vulnerados.

* Ideas desarrolladas para la *Master Class* de fecha 10 de diciembre de 2020, en el Aula Maekelt, actividad de la Maestría en Derecho Internacional Privado y Comparado de la Universidad Central de Venezuela y presentadas también en el Aula Virtual de Derecho Latinoamericano, bajo la organización del Centro Latinoamericano de Estudios e Investigaciones Jurídicas CENLAE, el día 30 de abril de 2021.

** Doctora en Ciencias Mención Derecho; *Magister Scientiarum* en Derecho Internacional Privado y Comparado y Abogado de la Universidad Central de Venezuela (UCV); *Postdoctoral researcher* becada por la Fundación Alexander von Humboldt en la Universidad de Colonia (2012-2014); Profesora Titular en la UCV y en la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB).

¹ World Bank, *Enhancing Government Effectiveness and Transparency: The Fight Against Corruption*, Kuala Lumpur, World Bank, 2020, p. 1. Disponible en: <https://bit.ly/3PQx1fW>.

El trabajo organizaciones como Transparencia International, creada en 1993 o la política impulsada desde el propio Banco Mundial de tolerancia cero frente al “cáncer de la corrupción” –tal como la llamó James Wolfensohn, noveno presidente del Banco–² no lucen suficientes frente al problema. Así, en 2020 se rompió el récord del mayor acuerdo legal de soborno en el extranjero cuando Airbus SE acordó un pago de 4 mil millones de dólares con Francia, el Reino Unido y Estados Unidos³.

La corrupción se ha apoderado, además, de ámbitos que debían serle aún más ajenos como lo es el relativo a las ayudas extranjeras. Basta ver el documento publicado por el Banco Mundial en febrero de 2020, titulado “*Elite Capture of Foreign Aid. Evidence from Offshore Bank Accounts*”⁴ y la manera en que pone de manifiesto la relación entre la entrega de ayudas a los Estados que dependen de ellas y los aumentos en los depósitos bancarios en centros financieros extraterritoriales que garantizan el secreto bancario y la gestión de patrimonio privado. Miremos también el caso de Venezuela y las denuncias que ponen de manifiesto que solo el 2% de las ayudas recibidas de USAID fueron destinadas a quienes las necesitaban, mientras que el 98% se dedicó a otros fines⁵. “La corrupción –afirma con meridiana claridad Eugenio Hernández-Bretón– parece ser el más verdadero producto de la corrupción. Está por todas partes y desde todas partes afecta a todos en cualquier parte”⁶.

Aunque hacer negocios resulta considerablemente más costoso debido a la corrupción⁷ –según el Banco Mundial cada año se paga un billón de dólares en

² Elena Barham, “Passing the Buck: World Bank Anti-Corruption Reform and the Politics of Implementation”, (Senior Honors Thesis in Political Science Department), Weinberg College of Arts and Sciences, Northwestern University, 2016, p. 15. Disponible en: <https://bit.ly/3Q949PE>.

³ World Bank, *Enhancing Government Effectiveness and Transparency...*, *ob. cit.*, p. 1.

⁴ Jørgen Juel Andersen, Niels Johannesen y Bob Rijkers, *Elite Capture of Foreign Aid. Evidence from Offshore Bank Accounts*, Policy Research Working Paper 9150, World Bank Group, febrero de 2020. Disponible en: <https://bit.ly/3PUrTHq>

⁵ Office of Inspector General U.S., Agency for International Development, *Enhanced Processes and Implementer Requirements Are Needed to Address Challenges and Fraud Risks in USAID’s Venezuela Response*, Washington, 16 de abril de 2021. Disponible en: <https://bit.ly/3Q7Stxb>

⁶ Eugenio Hernández-Bretón, “La corrupción en la contratación internacional: más allá del Derecho penal”, en P. All, J. Oviedo y E. Véscovi (dirs.), *La actividad internacional de la empresa*, Ibáñez, ASADIP, Bogotá, 2017, pp. 275 ss., especialmente p. 276.

⁷ Kaufmann afirmaba que hacer inversiones en países relativamente corruptos podía resultar 20% más costoso que hacerlas en un país sin corrupción. Daniel Kaufmann, “Economic Corruption: Some Facts”, en *Foreign Policy*, 1997. Disponible en: <https://bit.ly/3Svw12D>

sobornos⁸–, lo cual la convierte en uno de los grandes enemigos del comercio internacional⁹, lo cierto es que parece haberse desarrollado cierta tolerancia hacia ella, llegando a considerársela necesaria para llevar un negocio adelante¹⁰. Así, mientras los Estados buscan combatir la corrupción en su propio territorio, la toleran, e incluso la fomentan en otros¹¹. A ello se refería Opettit, cuando en su trabajo sobre la paradoja de la corrupción, afirmaba que la corrupción es un fenómeno “*unanimentement réprouvé et universellement répandu*”, pues la lucha de los Estados frente a la conducta corrupta, reprochada moralmente, se debilita, incluso se diluye, frente a los beneficios de conquistar los mercados internacionales¹².

No obviemos, sin embargo, un elemento importante que contribuye a fomentar la corrupción: el costo de la Ley. En efecto, Ghersi afirma que la corrupción, generalmente vista como una causa y no como un efecto, es consecuencia de los excesivos controles y de la burocratización de los procesos de contratación en algunos Estados, lo cual explica, en su opinión, la “correlación

⁸ Michael Joachim Bonell y Olaf Meyer, “The impact of corruption on international commercial contracts – general report”, en M.J. Bonell y O. Mayer (eds.), *The Impact of Corruption on International Commercial Contracts*, Vol. 11, Serie Ius Comparatum - Global Studies in Comparative Law, Springer, Cham, 2015, pp. 1 ss., especialmente pp. 1-2. Esta cifra era reportada por Forbes en 2013 (The Real Cost Of Briber, disponible en: <https://bit.ly/3oJOieP>) y ratificada por la Organización de las Naciones Unidas en enero de 2021 (“3 datos sobre la CORRUPCIÓN: - Consume más del 5% del PIB mundial, - Cada año se pierden 2,6 billones de dólares, - Casi 1 billón de dólares se pagan anualmente en sobornos”. Twitter, @ONU_es, 1 de enero de 2021, disponible en: <https://bit.ly/3Jn4o7y>).

⁹ La corrupción “obstaculiza el crecimiento económico y el desarrollo, socava la confianza pública, la legitimidad y la transparencia y entorpece la elaboración de leyes imparciales y eficaces, así como su administración, ejecución y aplicación”. Ver: Declaración de la Reunión de Alto Nivel de la Asamblea General sobre el Estado de Derecho en los Planos Nacional e Internacional, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la Resolución A/RES/67/1, 24 de septiembre de 2012, párr. 25. Disponible en: <https://bit.ly/3bqNLLx>

¹⁰ “*Bribery, some claimed, is customary and often necessary to transact business in many countries. Many business people consider bribes and gifts to be part of the cost of doing business in a foreign country*”. Ver: Abdul Raouf y Abdul Rauf Butt, “Corruption in international business”, en *Pakistan Economic and Social Review*, 1997, Vol. XXXV, No. 1, pp. 25 ss., especialmente p. 27.

¹¹ Por eso no puede considerársela, en opinión de Mayer, como contraria ni a los usos del comercio ni a los principios generales del Derecho. Ver: Pierre Mayer, “La règle morale dans l’arbitrage international”, en *Etudes offertes à Pierre Bellet*, Litec, Paris, 1991, pp. 379 ss., especialmente p. 396.

¹² Bruno Opettit, “Le paradoxe de la corruption à l’épreuve du Droit du commerce international”, en *Journal de Droit International*, 1987, pp. 5 ss., especialmente pp. 5 y 11.

negativa entre economía de mercado y corrupción, ya que, con ella, el costo de la legalidad es más bajo que en los sistemas intervenidos”¹³.

A una conclusión semejante llega, respecto de la Constitución, el estudio llevado adelante por profesores de la Universidad Simón Bolívar (USB), la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB) y el Colegio de Estudios Superior de Administración (CESA) en el cual muestran, mediante estadísticas concretas, la relación entre la extensión de la Constitución y los índices de corrupción, de manera que, mientras más extensa la Constitución, mayor el índice de corrupción. Así, a partir de los datos de Transparencia Internacional, los autores afirman que “nueve países que superan acaso los 30 puntos en el índice de corrupción y tienen constituciones que van desde los 98 artículos a los 375 artículos”¹⁴.

A pesar de esto, los Estados parecen querer combatir la corrupción promulgando más normas, normas que, por una parte, tienen a la tipificación de la corrupción como delito, y, por otro, al establecimiento de controles en la contratación, fundamentalmente, a la contratación estatal. Por ejemplo, Venezuela es parte de la Convención Interamericana contra la Corrupción de 1997¹⁵; y de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción de 2003¹⁶. Además, cuenta con una Ley contra la Corrupción¹⁷, que luego de establecer como “principios rectores para la administración, manejo, custodia y salvaguarda del patrimonio público: la honestidad, probidad, decoro, honradez, transparencia, participación ciudadana, eficacia, eficiencia, legalidad, colaboración, rendición de cuentas, responsabilidad y corresponsabilidad” (art. 6), consagra una serie de delitos penales vinculados a la corrupción.

Venezuela también cuenta con una Ley de Contrataciones Públicas que tiene por objeto “regular la actividad del Estado para la adquisición de bienes, prestación de servicios y ejecución de obras, con la finalidad de preservar el patrimonio público, fortalecer la soberanía, desarrollar la capacidad productiva y asegurar la transparencia de las actuaciones de los contratantes sujetos al presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, coadyuvando al crecimiento sostenido y diversificado de la economía” (art. 1).

¹³ Enrique Gherzi, “Economía de la corrupción”, en *Advocatus*, 2000, No. 002, pp. 173 ss., especialmente pp. 174 y 177.

¹⁴ Antonio Canova, Klaus Jaffe, Juan C. Correa, Edrey Martínez, Ana Cecilia Soares, José Gregorio Contreras y Ricardo Baroni, “¿Tiene la constitución de un país un efecto práctico sobre su institucionalidad y socioeconomía?”, en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, No. 165, 2021, pp. 663 ss., especialmente pp. 680-681.

¹⁵ Gaceta Oficial No. 36.211, del 22 de mayo de 1997.

¹⁶ Gaceta Oficial No. 38.192, del 23 de mayo de 2005.

¹⁷ Gaceta Oficial No. 6.155 Extraordinario, del 19 de noviembre de 2014.

Sin embargo, las cifras de corrupción demuestran que esto no funciona y, el caso de Venezuela resulta dramático. En el informe “Seguimiento al Compromiso de Lima”, publicado en 2021 por el Observatorio Ciudadano de Corrupción, se admite que “[I]as investigaciones realizadas, durante más de 17 años, por Transparencia Venezuela han permitido identificar un patrón de Gran Corrupción que, en forma generalizada y sistemática, ha capturado a las instituciones y los recursos públicos para beneficio de pequeños grupos con acceso y control del poder en Venezuela”¹⁸.

El propio informe refiere algunos elementos que contribuyen a este desolador panorama: el monopolio en sectores económicos, producto de los esfuerzos del Estado por “incrementar su poder de mercado y convertirse en el único propietario y administrador de productos, bienes y recursos esenciales para los ciudadanos”; la adopción de políticas que han servido como incentivos a la corrupción, entre las que destaca el control de cambios y el control de precios; el gasto público discrecional; la participación del estamento militar en diversos órganos del Estado; el permanente estado de emergencia en que se ha mantenido al país, permitiéndole al gobierno incrementar sus potestades y suprimir los controles ejercicios por otros órganos del Estado; la impunidad institucionalizada; la opacidad y ausencia de rendición de cuentas; el impulso a la desinformación y la hegemonía comunicacional que mantiene el gobierno; las designaciones en altos cargos, no por mérito, sino por lealtad; la legalización de grandes sumas de dinero y bienes provenientes de la corrupción, mediante redes internacionales que involucran gobiernos, empresas y otros grupos extranjeros; y, finalmente, el consecuente impacto de la corrupción en la violación de los derechos humanos de los venezolanos y la criminalización de la protesta¹⁹.

En materia de contrataciones públicas, si bien el Observatorio destaca la vigencia de la Ley de Contrataciones Públicas, también reconoce que el principal problema de este instrumento no es no adaptarse plenamente a parámetros internacionales de transparencia, competencia y uso de tecnologías, sino el hecho de no ser aplicado por las instituciones. En Venezuela la contratación directa, de carácter excepcional en la Ley, se ha convertido en la regla. A esto se suma el hecho de que los datos relativos a los contratos adjudicados, los pagos efectuados y los porcentajes ejecutados no son publicados²⁰.

Ante este aciago panorama queremos explorar un aspecto vinculado con el rol del Derecho de los contratos ante los actos de corrupción que constituyen un contrato o que afectan un contrato. Así, aunque la respuesta en estos casos suele venir de la mano de la nulidad absoluta del contrato, queremos explorar otras

¹⁸ Observatorio Ciudadano de Corrupción, Informe Venezuela: Seguimiento al Compromiso de Lima, 2021, p. 7. Disponible en: <https://bit.ly/3vyUCJL>

¹⁹ *Ibid.*, pp. 8-13.

²⁰ *Ibid.*, p. 10.

posibilidades que no sean tan lesivas para el patrimonio del Estado. Con las ideas que esbozaremos a continuación queremos participar en el homenaje al profesor Humberto Romero-Muci, con quien he podido coincidir en los quehaceres académicos y en quien he podido apreciar su disciplina, coherencia, seriedad y calidad intelectual.

II. Corrupción y contratación

A. Actos de corrupción en los contratos

No existe un concepto unívoco de corrupción²¹. De manera general podríamos entenderla como “el abuso del poder para beneficio propio”²², o como “[e]l mal uso del poder público o de la autoridad para el beneficio particular, por medio del soborno, la extorsión, la venta de influencias, el nepotismo, el fraude, el tráfico de dinero y el desfalco”²³.

La corrupción es un concepto tan amplio que más que definirse, suele describirse. Por ejemplo, el artículo VI.1 de la Convención Interamericana contra la Corrupción califica como actos de corrupción los siguientes:

a. El requerimiento o la aceptación, directa o indirectamente, por un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para sí mismo o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas;

b. El ofrecimiento o el otorgamiento, directa o indirectamente, a un funcionario público o a una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para ese funcionario público o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas;

²¹ Bonell y Meyer entienden que las dificultades para definir la corrupción tienen que ver, en primer lugar, las fronteras estatales, pues lo que es corrupción en un Estado puede no serlo en otro; en segundo lugar, aparecen límites interdisciplinarios, pues las diversas disciplinas –además del Derecho– también la ven de manera diferente; y, finalmente, intradisciplinariamente, dentro del Derecho, las diversas ramas jurídicas tienen perspectivas diversas respecto de ella. Bonell y Meyer, “The impact of corruption on international commercial contracts...”, *ob. cit.*, p. 5.

²² Transparency International, *Guía de lenguaje claro sobre lucha contra la corrupción*, Berlín, 2009, p. 14.

²³ Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo - PNUD, *Anticorrupción. Nota Práctica*, 2004, p. 2.

c. La realización por parte de un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas de cualquier acto u omisión en el ejercicio de sus funciones, con el fin de obtener ilícitamente beneficios para sí mismo o para un tercero;

d. El aprovechamiento doloso u ocultación de bienes provenientes de cualesquiera de los actos a los que se refiere el presente artículo; y

e. La participación como autor, co-autor, instigador, cómplice, encubridor o en cualquier otra forma en la comisión, tentativa de comisión, asociación o confabulación para la comisión de cualquiera de los actos a los que se refiere el presente artículo.

Ahora bien, la contratación parece ser terreno fértil para la corrupción y ello es así, tanto desde el punto de vista del sector público como desde el sector privado. La adjudicación de un contrato —que luce como una atractiva carta de intercambio en el mercado de la corrupción— se ve “premiada” por beneficios indebidos. Es por ello por lo que una de las conductas corruptas más frecuente en la contratación es el soborno o cohecho.

La Convención de las Naciones Unidas se refiere al cohecho distinguiendo los casos en los que intervienen funcionarios públicos, sean nacionales (art. 15), o extranjeros o pertenecientes a organizaciones internacionales (art. 16), de aquellos que se desarrollan en el sector privado (art. 21). En todos estos casos la Convención toma en cuenta, por un lado, la promesa, ofrecimiento o concesión al funcionario o ente privado, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido en provecho propio o de otra persona o entidad, con el objeto de que dicho funcionario o ente privado actúe o se abstenga de actuar en el cumplimiento de sus funciones; y, por otro, la solicitud o aceptación por un funcionario o ente privado, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido en provecho propio o de otra persona o entidad, con el fin de que dicho funcionario o ente privado actúe o se abstenga de actuar en el cumplimiento de sus funciones.

Por su parte, el artículo VI de la Convención Interamericana contra la Corrupción, al enumerar los actos de corrupción, se refiere, tal como afirmamos *supra*, al requerimiento o la aceptación, directa o indirectamente, por un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para sí mismo o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas. También se considera un acto de corrupción incluido en la Convención el hecho ofrecer u otorgar tales ventajas en las condiciones indicadas. No obstante, al referirse al “soborno transnacional” en el artículo VIII se limita a la oferta y otorgamiento de ventajas indebidas.

Dentro de los tratados no ratificados por Venezuela, podemos citar, en primer lugar, la Convención de la OCDE para combatir el cohecho de servidores públicos

extranjeros en transacciones comerciales internacionales de 1997²⁴. Este tratado entiende que el soborno se manifiesta cuando “una persona deliberadamente ofrezca, prometa o conceda cualquier ventaja indebida pecuniaria o de otra índole a un servidor público extranjero, ya sea que lo haga en forma directa o mediante intermediarios, para beneficio de éste o para un tercero; para que ese servidor actúe o se abstenga de hacerlo en relación con el cumplimiento de deberes oficiales, con el propósito de obtener o de quedarse con un negocio o de cualquier otra ventaja indebida en el manejo de negocios internacionales” (art. 1.1).

En el ámbito de la Unión Europea, destaca el Convenio Civil sobre la Corrupción²⁵, en cuyo artículo 2 se identifica la corrupción con el soborno. En efecto, de conformidad con esta norma “se entenderá por corrupción el hecho de solicitar, ofrecer, otorgar o aceptar, directa o indirectamente, un soborno o cualquier otra ventaja indebida o la promesa de una ventaja indebida, que afecte al ejercicio normal de una función o al comportamiento exigido al beneficiario del soborno, de la ventaja indebida o de la promesa de una ventaja indebida”.

Ahora bien, la Ley contra la Corrupción venezolana (arts. 67 a 69 y 90) califica al soborno como delito y entiende que este se verifica cuando el funcionario público constriñe o induce a alguien, o cuando recibe o acepta para sí mismo o para otro “una suma de dinero o cualquier otra ganancia o dádiva indebida” o “retribuciones u otra utilidad” (arts. 67 y 68). La Ley además sanciona a “[q]uien por sí o por persona interpuesta prometa, ofrezca u otorgue a una funcionaria pública o funcionario público de otro Estado, directa o indirectamente, por parte de sus nacionales, personas que tengan residencia habitual en su territorio y empresas domiciliadas en él, cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios, como dádivas, favores, promesas, ventajas a cambio de que dicha funcionaria o funcionario realice u omita cualquier acto, en el ejercicio de sus funciones públicas, relacionado con una transacción de naturaleza económica, comercial o de cualquier otra índole”.

Ahora bien, al describir lo que Bonell y Meyer entienden como el esquema básico de la corrupción, los autores destacan la presencia del soborno. En efecto, la corrupción suele involucrar relación triangular entre el principal, el agente y el pagador del soborno²⁶. La relación entre el principal y el agente reviste las más variadas formas: el agente puede ser empleado del departamento de compras o director general de una empresa, en todo caso, suele ocupar una posición que le permite actuar en nombre del principal y contratar con terceros, lo cual implica que existen relaciones de confianza entre ellos. El pagador del soborno vulnera esa relación de confianza al ofrecer u otorgar, en secreto, un beneficio al agente,

²⁴ Disponible en: <https://bit.ly/2ohCpx0>

²⁵ Disponible en: <https://bit.ly/3OLhIDO>

²⁶ Bonell y Meyer, “The impact of corruption on international commercial contracts...”, *ob. cit.*, pp. 5-6.

frecuentemente monetario, pero que también puede ser de cualquier otro tipo, incluyendo joyas, viajes costosos, títulos honorarios o favores sexuales²⁷.

Bonell y Meyer destacan el rol de la intermediación las relaciones que se tejen en torno al soborno, pues, debido a su carácter ilícito, es común recurrir a un tercero que evite que las partes participen directamente en estos tratos. La intermediación, reconocen los autores, reviste muchas y muy variadas formas, siendo la “consultoría” una de las más comunes. Los autores reconocen que los servicios de consultoría son frecuentes en el comercio internacional y pueden ser un enfoque sensato, por ejemplo, con respecto a la situación política o económica en el país de destino o con respecto a las costumbres y prácticas regionales. Sin embargo, continúan Bonell y Meyer, “*amongst the herd of consultants are black sheep whose main or sole activity consists of funneling bribes to influential people*”. Estas personas tienen a su disposición tanto los contactos políticos como el *know-how* para tales transacciones encubiertas. Para ello, hay un esquema común: A contrata a B para iniciar la celebración de un contrato con D. A cambio de las actividades a desarrollar por B –muy superficialmente descritas en el contrato de consultoría– este recibirá una generosa tarifa de contingencia que, en parte, se dedicará al pago de sobornos²⁸.

El soborno, en todo caso, supone un acuerdo independiente del contrato cuya adjudicación se persigue. Por ello, conviene distinguir, y así lo hacen Bonell y Meyer²⁹ y los Principios TransLex³⁰, entre contratos de corrupción y contratos por corrupción. Antes de entrar en el análisis de ambos tipos de contratos haremos una breve referencia a un caso lamentable, muy sonado en nuestro continente: el caso Odebrecht.

B. El caso Odebrecht

En 2016, en el curso de un proceso llevado por la Corte de Distrito de Nueva York, en el caso Odebrecht y Braskem, una de las filiales de Odebrecht, para tratar de mitigar las sanciones por el pago de cientos de millones de dólares en sobornos alrededor del mundo, los representantes de estas empresas aceptaron la culpabilidad en la violación de la *Foreign Corrupt Practices Act* de 1977 y acordaron pagar una multa de al menos 3.5 mil millones.

²⁷ Bonell y Meyer citan respecto de la naturaleza del beneficio, el caso *Korea Supply Co. vs. Lockheed Martin Corp.*, de 2003, en el cual el demandado presuntamente sobornó a funcionarios públicos coreanos con favores sexuales en un negocio de armas. *Ibid.*, p. 6.

²⁸ *Ibid.*, pp. 7-8.

²⁹ Los autores se refieren a *contracts providing for corruption* y *contracts procured by corruption*. *Ibid.*, p. 6.

³⁰ Los Principios TransLex, en el principio IV.7.2, distinguen entre *contracts providing for the payment or transfer of bribes* y *contracts procured by the payment or transfer of bribes*.

Según se lee en la nota de prensa del Departamento de Justicia de Estados Unidos, Odebrecht operaba a través de una especie de “Departamento de Sobornos”, con el cual se involucró en un esquema masivo e incomparable de soborno y manipulación de licitaciones desde 2001 y por más de una década. Durante ese tiempo, Odebrecht pagó cerca de 788 millones de dólares en sobornos a funcionarios del gobierno, sus representantes y partidos políticos, en varios países con el fin de ganar negocios en ellos. La conducta delictiva fue dirigida por los niveles más altos de la empresa, y los sobornos se pagaron a través de una compleja red de empresas fantasmas, transacciones fuera de libros y cuentas bancarias extraterritoriales³¹.

El impacto de la actividad corrupta de Odebrecht fue muy significativo en América Latina, donde se activaron los mecanismos del Derecho penal, se iniciaron las averiguaciones correspondientes, y se juzgaron altos funcionarios, algunos de cuales fueron incluso privados de libertad. En estos casos, los Estados enfrentaron la necesidad de evitar la impunidad, dejando un poco de lado los perjuicios que a su patrimonio traería la paralización de grandes proyectos de infraestructura.

En Perú, por ejemplo, a raíz de este caso se modificó el Decreto Ley No. 1071 que norma el arbitraje³², mediante el Decreto de Urgencia No. 020-2020³³, para exigir que en los casos cuya cuantía sea mayor a diez mil dólares en los cuales esté involucrado el Estado, el arbitraje sea necesariamente institucional. Además, se exige fianza como contracautela para la ejecución de medidas cautelares y se prohíbe actuar como árbitros a quienes hayan tenido contacto previo con el caso sometido a arbitraje.

En Colombia, en un laudo de fecha 6 de agosto de 2018³⁴, un tribunal arbitral anuló un contrato adjudicado para la construcción de una vía que comunicaría Bogotá con la Costa Atlántica y cuya ejecución estaba en manos de la Concesionaria Ruta del Sol, cuyo principal accionista era Odebrecht. Así, el tribunal consideró que el pago de un soborno para conseguir la adjudicación del contrato tenía como consecuencia que el objeto del contrato fuese considerado ilícito pues, “para su celebración se vulneran normas de orden público contenidas en la Ley”. Además, se afirmó que “la promesa de dar algo en recompensa de un hecho punible o de un hecho inmoral (cohecho impropio, interés indebido en la celebración de contratos, enriquecimiento ilícito con motivo de la contratación,

³¹ Department of Justice, Office of Public Affairs, Odebrecht and Braskem Plead Guilty and Agree to Pay at Least \$3.5 Billion in Global Penalties to Resolve Largest Foreign Bribery Case in History, 21 de diciembre de 2016. Disponible en: <https://bit.ly/3cYVjFZ>

³² Vigente desde el 1 de septiembre de 2008. Disponible en: <https://bit.ly/3cTNTUm>

³³ De fecha 23 de enero de 2020. Disponible en: <https://bit.ly/3PQp4r9>

³⁴ Disponible en: <https://bit.ly/3BCMgVk>

prevaricato por acción) tiene una causa ilícita”. Finalmente, en opinión del tribunal arbitral, en este caso hubo desviación o abuso de poder, pues de trata de un contrato estatal que “se celebra en virtud de o en desarrollo de conductas irregulares, ilícitas y delictivas”, apartándose del beneficio común y del interés general.

Declarada la nulidad, en aplicación de las normas colombianas sobre contratación estatal, el tribunal arbitral condenó al Estado al pago de 211 mil millones de dólares, que fue el monto que Ruta del Sol logró acreditar que invirtió en el proyecto. Esta cantidad debería destinarse al pago de pasivos externos del proyecto a terceros de buena fe, incluida la banca, y se admitió que el remanente podría ser adjudicado a contratistas que hubieren actuado de buena fe, sin dolo o desconociendo la ilicitud.

El laudo fue objeto de un recurso de nulidad que fue desestimado por el Consejo de Estado que, en decisión de 10 de septiembre de 2020³⁵, por considerar que no se probó ninguna de las causales de nulidad contenidas en el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional³⁶. Sin embargo, en diciembre de 2020 la Superintendencia de Industria y Comercio impuso multas por 295 mil millones de pesos, por prácticas anticompetitivas a la Concesionaria y a Odebrecht. Tales multas fueron confirmadas en mayo de 2021³⁷.

En Venezuela, el caso Odebrecht generó mucho ruido, pero pocas consecuencias. En 2017, luego de conocerse el acuerdo, el Ministerio Público abrió averiguaciones, se allanaron las oficinas de Odebrecht en Caracas y se dictaron algunas medidas cautelares. Sin embargo, la llegada de un nuevo Fiscal General, nombrado por la cuestionada Asamblea Nacional Constituyente, supuso la persecución de los fiscales nombrados en el caso, uno de los cuales está preso, y el otro en el exilio.

En un informe publicado en 2018 por Transparencia Venezuela³⁸ se puso de manifiesto la estrecha relación de Odebrecht con Venezuela, la cual inició durante el Gobierno de Hugo Chávez y continuó en el de Nicolás Maduro. Sin embargo, la falta de transparencia en relación con los contratos, los pagos y demás detalles de las negociaciones dificulta dimensionar el impacto del caso Odebrecht en el país. Transparencia Venezuela afirma haber identificado 33 obras y 40 contratos

³⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, 10 de septiembre de 2020, radicado No. 11001-03-26-000-2019-00168-00 (65136), Concesionaria Ruta del Sol, SAS vs. Agencia Nacional de Infraestructura. Disponible en: <https://bit.ly/3PQyiUg>

³⁶ Diario Oficial No. 48.489, del 12 de julio de 2012.

³⁷ La SIC confirmó multas de \$295.000 millones en caso Ruta del Sol II. Disponible en: <https://bit.ly/3tdfGn6>

³⁸ Transparencia Venezuela, Informe Odebrecht 2018. Disponible en: <https://bit.ly/2F5SlvL>

suscritos por algunos ministerios venezolanos, o entes adscritos a ellos, con Odebrecht –36 de ellos en la administración Chávez–, pero la organización solo tuvo acceso a nueve contratos, y solo logró ubicar información importante sobre dieciocho. De las 33 obras identificadas, solo nueve han sido terminadas.

En 2017, presionado por los escándalos de la constructora brasileña, Maduro anunció la paralización de todas las obras en curso y la reasignación de los contratos a empresas venezolanas. Sin embargo, Transparencia Venezuela hace énfasis en las dificultades de una decisión semejante, pues difícilmente esos proyectos con Odebrecht puedan ser cerrados y finiquitados desde el punto de vista financiero, de manera de dar continuidad a las obras inacabadas y permitir a Venezuela acceder a las indemnizaciones correspondientes. Actualmente, según los cálculos de Transparencia Venezuela, el país adeuda cerca de 16 mil millones de dólares a Odebrecht.

En 2019, el Ministerio de Transporte anunció que asumiría 17 de los contratos celebrados con Odebrecht y que concluiría las obras³⁹. No obstante, el 14 de abril de 2021, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia admitió tres demandas interpuestas el 3 de noviembre de 2020 por los abogados de la constructora brasileña, con fundamento en el silencio del Ministerio frente a su solicitud de no dar por terminados los contratos⁴⁰. La Sala, aunque admitió las demandas, rechazó decretar medidas de suspensión de la decisión del Ministerio argumentando que pronunciarse sobre las medidas podía suponer adelantar su decisión sobre el fondo del litigio. En marzo de 2022, la Sala anunció en una nota

³⁹ Gobierno venezolano termina contratos con Odebrecht y asume control de obras inconclusas en sector transporte. Disponible en: <https://bit.ly/3vwmuhU>

⁴⁰ Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político-Administrativa, sentencia No. 0065, 14 de abril de 2021 (C.N.O, S.A. [anteriormente denominada Construtora Norberto Odebrecht, S.A.] vs. Ministro del Poder Popular para el Transporte con ocasión de la obra “*Ingeniería y construcción de las obras civiles y del sistema integral requerido, para la ejecución y puesta en marcha de un sistema de transporte ferroviario Caracas-La Guaira-Guatire*”), disponible en: <https://bit.ly/3d0Z9y4>; Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político-Administrativa, sentencia No. 0059, 14 de abril de 2021 (C.N.O, S.A. [anteriormente denominada Construtora Norberto Odebrecht, S.A.] vs. Ministro del Poder Popular para el Transporte con ocasión de la obra “*Construcción del Segundo Cruce sobre el Lago de Maracaibo (PUENTE NIGALE)*”), disponible en: <https://bit.ly/3OPwbPe>; Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político-Administrativa, sentencia No. 0072, 14 de abril de 2021 (C.N.O, S.A. [anteriormente denominada Construtora Norberto Odebrecht, S.A.] vs. Ministro del Poder Popular para el Transporte con ocasión del “*Proyecto de Ingeniería de Detalle y la Construcción del Sistema Vial Tercer Puente sobre el Río Orinoco*”), disponible en: <https://bit.ly/3zODB0C>

de prensa, sin mayores explicaciones, suspensión “hasta nuevo aviso”, de las audiencias que debieron haberse realizado los días 10 y 17 de marzo de 2022⁴¹.

El 28 de septiembre de 2021, Maduro había aprobado 17.5 millones de dólares para la continuación de la línea 5 del Metro de Caracas, y una cantidad semejante para reactivar el proyecto del tren Guareñas-Guatire, ambos proyectos inacabados de Odebrecht⁴². Nada se ha informado, sin embargo, sobre las consecuencias financieras de las terminaciones de los contratos.

III. Contratos de corrupción y contratos por corrupción

Tal como hemos adelantado, antes de tomar partido por la nulidad, hemos de distinguir entre los contratos de corrupción, es decir, aquellos celebrados para llevar adelante un acto corrupto como el soborno, y los contratos por corrupción, que son acuerdos cuya celebración es precedida –o motivada– por actos de corrupción. Veamos.

A. Contratos de corrupción

Con la expresión contratos de corrupción –“*contracts providing for corruption*”– se hace referencia a los acuerdos que tienen por objeto el pago de una cantidad para obtener una ventaja indebida. Es el contrato de soborno, cuya ilegalidad –según afirman Bonell y Meyer– requiere oscuridad para encubrir la conspiración y el secreto de las negociaciones en las que confluyen sobornador y agente, así como el posterior canje de los beneficios⁴³. Tengamos en cuenta que, tal como afirmamos *supra*, es común que el soborno sea calificado como delito penal.

Las características del contrato de corrupción nos conducen a afirmar su nulidad, sin embargo, el Convenio de la OCDE prefirió no pronunciarse al respecto y, en su artículo 3.4, deja a discreción de los Estados, la consideración de la imposición de sanciones civiles. Por su parte, el ya citado Convenio Civil sobre la Corrupción ordena a los Estados parte, en su artículo 8, que dispongan en su Derecho interno “la nulidad de todo contrato o de toda cláusula contractual que tenga por objeto un acto de corrupción”.

En un sentido similar, los Principios TransLex disponen, en su artículo IV.7.2.a, que “[c]ontracts providing for the payment or transfer of bribes are void”. En los comentarios a estos Principios puede leerse que los derechos de las

⁴¹ “TSJ suspendió tres demandas de Odebrecht contra Venezuela”, *El Universal*, 24 de marzo de 2022. Disponible en: <https://bit.ly/3oKeVA3>

⁴² Venezuela: Nicolás Maduro aprueba Fondos para obras inconclusas de Odebrecht. Disponibe en: <https://bit.ly/3vwmGh8>

⁴³ Bonell y Meyer, “The impact of corruption on international commercial contracts...”, *ob. cit.*, p. 10.

partes en estos contratos no merecen protección legal y esta negativa tiene como objetivo socavar la confianza mutua entre las partes y alentarlas a abandonar sus promesas ilegales⁴⁴.

Con esta solución, la nulidad, más que una sanción que afecta la validez del acuerdo, se convierte en un elemento persuasivo, sobre todo porque, tal como referiremos *infra*, su efecto retroactivo no se traduce, en estos casos, en la restitución de lo eventualmente pagado.

Así, es común que los distintos ordenamientos jurídicos rechacen la posibilidad de hacer valer estos contratos ante un tribunal, de manera que, por ejemplo, el incumplimiento de la promesa de una ventaja indebida no concede acción a la víctima de tal incumplimiento, para ejercitar los remedios correspondientes. Tampoco suele admitirse, según hemos adelantado, una acción para recuperar lo indebidamente pagado.

La ilegalidad aparece como una de las principales causas para este rechazo. Recordemos que el soborno suele ser tipificado como delito penal. Así lo admiten, por ejemplo, los ordenamientos ruso⁴⁵ y chino⁴⁶.

En otros casos, además de ser ilegal, el contrato de corrupción puede ser considerado como contrario al orden público o, incluso, a las buenas costumbres,

⁴⁴ Disponible en: <https://bit.ly/3oMSoCJ>

⁴⁵ Es el caso del Sistema ruso, pues “*Russian law bans giving bribes to both public officials and officers of private companies. In turn, a contract to commit an illegal action is invalid as a matter of Russian law*”. Ver: Sergey Usoskin, “Russian Experience and Practice on Civil Law Consequences of Corruption”, en M.J. Bonell y O. Mayer (eds.), *The Impact of Corruption on International Commercial Contracts*, Vol. 11, Serie Ius Comparatum - Global Studies in Comparative Law, Springer, Cham, 2015, pp. 291 ss., especialmente p. 294.

⁴⁶ Sin embargo, la ilegalidad solo opera si afecta normas imperativas contenidas en Leyes adoptadas por el Congreso Nacional del Pueblo o su Comité Permanente, o en reglamentos administrativos del Consejo de Estado. Qiao Liu y Xiang Ren, “Balancing Public Interest with Transactional Security: The Validity of Contracts Tainted with Corruption Under Chinese Law”, en M.J. Bonell y O. Mayer (eds.), *The Impact of Corruption on International Commercial Contracts*, Vol. 11, Serie Ius Comparatum - Global Studies in Comparative Law, Springer, Cham, 2015, pp. 77 ss., especialmente p. 88.

lo cual también afecta al contrato de inmoralidad. Es el caso de Alemania⁴⁷, Italia⁴⁸, Países Bajos⁴⁹, Portugal⁵⁰, o Suiza⁵¹.

En los sistemas del *Common Law*, al lado de la contrariedad a la Ley aparece también la vulneración de los principios de este sistema. Así, en Canadá se distingue la contrariedad de la *Corruption of Foreign Officials as a Criminal*

⁴⁷ “*The bribery contract is void for both illegality (Gesetzeswidrigkeit) and immorality/violation of public policy (Sittenwidrigkeit)*”. Ver: Matthias Weller, “Who Gets the Bribe? – The German Perspective on Civil Law Consequences of Corruption in International Contracts”, en M.J. Bonell y O. Mayer (eds.), *The Impact of Corruption on International Commercial Contracts*, Vol. 11, Serie Ius Comparatum - Global Studies in Comparative Law, Springer, Cham, 2015, pp. 171 ss., especialmente p. 176.

⁴⁸ “*In Italy the bribery contract (the agreement between the briber and the bribetaker) is void on the grounds both of illegality (infringing mandatory rules) and immorality/violation of public policy (ordine pubblico e buon costume)*”. Ver: Paola Mariani, “The Effects of Corruption on Contracts in Italy: The Long Road Towards a Legal and Fair, Competitive Market”, en: M.J. Bonell y O. Mayer (eds.), *The Impact of Corruption on International Commercial Contracts*, Vol. 11, Serie Ius Comparatum - Global Studies in Comparative Law, Springer, Cham, 2015, pp. 189 ss., especialmente p. 193.

⁴⁹ “*The DCC provides the grounds upon which contracts tainted by corruption may be declared unenforceable. There are two primary categories (1) invalidity as contrary to public order and morality under Art 3:40(1) DCC and (2) invalidity on ground of being contrary to mandatory law under Art 3:40(2) DCC*”. Ver: Abiola O. Makinwa y Xandra E. Kramer, “Contracts Tainted by Corruption: Does Dutch Civil Law Augment the Criminalization of Corruption?”, en M.J. Bonell y O. Mayer (eds.), *The Impact of Corruption on International Commercial Contracts*, Vol. 11, Serie Ius Comparatum - Global Studies in Comparative Law, Springer, Cham, 2015, pp. 189 ss., especialmente p. 213.

⁵⁰ La doctrina portuguesa aclara que la ilicitud del contrato de soborno, excede el objeto del contrato e impacta su contenido. Ver: de Luís Lima Pinheiro, “Corruption in International Commercial Contracts – A Portuguese Substantive and Private International Law Perspective”, en M.J. Bonell y O. Mayer (eds.), *The Impact of Corruption on International Commercial Contracts*, Vol. 11, Serie Ius Comparatum - Global Studies in Comparative Law, Springer, Cham, 2015, pp. 267 ss., especialmente p. 273.

⁵¹ “*...the bribery contract as such is null and void as a consequence of its contents being illegal or (if not illegal) being contra bonos mores...*”. Ver: Christa Kissling, “Impact of Bribery on Contracts Under Swiss Civil Law”, en M.J. Bonell y O. Mayer (eds.), *The Impact of Corruption on International Commercial Contracts*, Vol. 11, Serie Ius Comparatum - Global Studies in Comparative Law, Springer, Cham, 2015, pp. 351 ss., especialmente pp. 360-361.

Offence, de la violación al orden público del *Common Law*⁵². En el Derecho inglés, el concepto de ilegalidad deriva de una prohibición expresa o tácita contenida en una Ley o en el *Common Law*, de manera que, aunque no exista una prohibición expresa, los jueces pueden rechazar su ejecución si el contrato es “*injurious for society*”⁵³.

El orden público aparece en el caso de Dinamarca, en cuyo sistema –que califica al soborno como delito–, dar o recibir un soborno es considerado como contrario al orden público, lo cual, al comprender parámetros morales de la sociedad danesa, hace que el contrato sea considerado inmoral⁵⁴. Lo propio ocurre en Estados Unidos, donde la penalización del soborno en la *Federal Corrupt Practices Act* y en algunas normas estatales hace que un contrato que lo estipule se considere contrario al orden público (*public policy*) y sea, por ello, inejecutable⁵⁵.

No debemos dejar de mencionar que el sistema checo trata al contrato de soborno como un asunto de competencia desleal. En efecto, según señala la doctrina, las disposiciones sobre soborno tienen por objeto sancionar aquellos casos en los que se haya obtenido una prioridad o una ventaja en la competencia,

⁵² Joshua Karton y Jenna-Dawn Shervill, “New Wine in Old Bottles: Corrupt Foreign Contracts in Canadian Private Law”, en M.J. Bonell y O. Mayer (eds.), *The Impact of Corruption on International Commercial Contracts*, Vol. 11, Serie Ius Comparatum - Global Studies in Comparative Law, Springer, Cham, 2015, pp. 37 ss., especialmente p. 65.

⁵³ Esto incluye “*contracts against the public good, contracts constituting the commission of a crime, contracts driven by sexual immorality, contracts presenting risks to public safety or contracts that have arisen ex turpi causa*”. Ver: Yseult Marique, “English Judges: Little Mice in the Big Business of Corruption?”, en M.J. Bonell y O. Mayer (eds.), *The Impact of Corruption on International Commercial Contracts*, Vol. 11, Serie Ius Comparatum - Global Studies in Comparative Law, Springer, Cham, 2015, pp. 141 ss., especialmente pp. 147-148.

⁵⁴ Peter Damsholt Langsted y Lars Bo Langsted, “The Civil Law Consequences of Corruption According to the Laws of the Least Corrupt Country in the World – Denmark”, en M.J. Bonell y O. Mayer (eds.), *The Impact of Corruption on International Commercial Contracts*, Vol. 11, Serie Ius Comparatum - Global Studies in Comparative Law, Springer, Cham, 2015, pp. 119 ss., especialmente p. 128.

⁵⁵ Padideh Ala’i, “The United States’ Multidimensional Approach to Combatting Corruption”, en M.J. Bonell y O. Mayer (eds.), *The Impact of Corruption on International Commercial Contracts*, Vol. 11, Serie Ius Comparatum - Global Studies in Comparative Law, Springer, Cham, 2015, pp. 411 ss., especialmente p. 422.

otorgando un determinado beneficio, en detrimento de otros competidores⁵⁶. De manera similar, en Polonia, este criterio puede resultar determinante para la validez o nulidad del acuerdo, pues si bien la prestación de servicios cuya esencia es ejercer influencia en la empresa privada a cambio de una remuneración es normalmente una actividad lícita, cuando el proveedor de servicios se compromete a realizar acciones que constituyan actos de competencia desleal o que violen las reglas de trato justo, el contrato se verá afectado de nulidad⁵⁷.

En el caso del sistema venezolano la nulidad del contrato de soborno es también un asunto de ilicitud. En efecto, tanto el objeto del contrato -que sería una violación de la Ley (art. 1.155 del Código Civil)- como la causa (art. 1157 Código Civil), se consideran contrarios a la Ley (arts. 67 a 69 de la Ley contra la corrupción), al orden público y a las buenas costumbres⁵⁸.

Bien, recordemos que en Venezuela, la inmoralidad de la causa, además de la nulidad del contrato, conlleva una consecuencia más dura anunciada en el segundo párrafo del artículo 1157 del Código Civil: “[q]uien haya pagado una obligación contraria a las buenas costumbres, no puede ejercer la acción en repetición sino cuando de su parte no haya habido violación de aquellas”, pues nadie debe ser oído cuando alega su propia torpeza.

Así en aplicación de la máxima “*nemo auditur quem propriam turpitudinem allegans*”⁵⁹, el legislador prefiere autorizar un enriquecimiento injusto que

⁵⁶ Jirí Valdhans, “Consequences of Corrupt Practices in Business Transactions (Including International) in Terms of Czech Law”, en M.J. Bonell y O. Mayer (eds.), *The Impact of Corruption on International Commercial Contracts*, Vol. 11, Serie Ius Comparatum - Global Studies in Comparative Law, Springer, Cham, 2015, pp. 99 ss., especialmente pp. 108.

⁵⁷ Maksymilian Pazdan y Maciej Zachariasiewicz, “Civil Law Forfeiture as Means to Restrict the Application of the In Pari Delicto-Principle and Other Private Law Consequences of Corruption Under Polish Law”, en M.J. Bonell y O. Mayer (eds.), *The Impact of Corruption on International Commercial Contracts*, Vol. 11, Serie Ius Comparatum - Global Studies in Comparative Law, Springer, Cham, 2015, pp. 229 ss., especialmente pp. 245-246.

⁵⁸ Eugenio Hernández-Bretón y Claudia Madrid Martínez, “Fighting Corruption from the Civil Side: Echoes from the Silence of Venezuelan Contract Law”, en M.J. Bonell y O. Mayer (eds.), *The Impact of Corruption on International Commercial Contracts*, Vol. 11, Serie Ius Comparatum - Global Studies in Comparative Law, Springer, Cham, 2015, pp. 439 ss., especialmente p. 446. Ver También: Hernández-Bretón, “La corrupción en la contratación internacional...”, *ob. cit.*, pp. 279-280; José Mélich Orsini, *Doctrina general del contrato*, 4ª ed. corregida y ampliada, Serie Estudios 61, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2006, pp. 233-234.

⁵⁹ Hernández-Bretón y Madrid Martínez, “Fighting Corruption from the Civil Side...”, *ob. cit.*, p. 446; Mélich Orsini, *Doctrina general del contrato...*, *ob. cit.*, pp. 296-298; Fabricio Mantilla Espinosa, “El árbitro y la lucha contra la corrupción en el

permitir que estas pretensiones sean planteadas ante los tribunales, pues como afirma Herbert, “*A dirty dog will get no dinner from the Courts*”⁶⁰. En Venezuela, Mélich Orsini ha reconocido que “quien resulte así empobrecido por falta de cumplimiento de su obligación por parte de su cocontratante resulta indigno de la protección del ordenamiento por haber perseguido él mismo la realización de una causa contraria a las buenas costumbres. Es por eso que el adagio también puede ser expresado así: *in pari causa turpitudinis cessat repetitio*”⁶¹. La Corte de Apelaciones de París recurrió a este principio en el caso *Société European Gas Turbines SA vs. Westman International Ltd.*, decidido el 30 de septiembre de 1993⁶².

Bonell y Meyer, sin embargo, ponen de manifiesto un inconveniente de esta solución, de acuerdo con la cual “*the law seems to work to the advantage of the most dishonest of all parties*”. Los autores afirman que, en estos casos, quien ofrece el soborno puede negarse a pagarlo alegando la ilicitud del acuerdo, lo cual es doblemente injusto, pues, por un lado, este traiciona a la otra parte del contrato principal ofreciendo un soborno a su agente y, por otra parte, accede a la adjudicación del contrato principal sin pagar el soborno⁶³. No obstante, los propios autores reconocen que la nulidad del contrato de corrupción busca socavar la confianza entre el pagador del soborno y el intermediario.

B. Contratos por corrupción

Los contratos por corrupción —“*contracts procured by corruption*”— son aquellos cuya celebración ha sido precedida por actos de corrupción que, se han llevado a cabo, precisamente, para que este contrato pueda perfeccionarse. Se trata de un contrato que, en principio, no adolece de vicio alguno, pero que podría verse contaminado por el acto corrupto que ha precedido su celebración. En este caso, a diferencia de lo que ocurre con los contratos de corrupción, la respuesta no tendría por qué ser, necesariamente, la nulidad.

No dejamos de reconocer que la nulidad es tal vez la respuesta natural, debido al atentado contra concepciones morales que comporta la corrupción. De hecho, cuando desde el arbitraje se enuncian los principios que forman parte del corazón de la *Lex mercatoria*, junto a principios como el *pacta sunt servanda* o la

comercio internacional”, en *Revista Internacional de Arbitraje*, No. 7, 2007, pp. 66 ss., especialmente p. 73.

⁶⁰ Herbert citado por Bonell y Meyer, “The impact of corruption on international commercial contracts...”, *ob. cit.*, p. 15.

⁶¹ Mélich Orsini, *Doctrina general del contrato...*, *ob. cit.*, p. 296.

⁶² En *Revue de l'arbitrage*, 1994, pp. 359 ss. También disponible en: <https://www.translex.org/312030>

⁶³ Bonell y Meyer, “The impact of corruption on international commercial contracts...”, *ob. cit.*, pp. 12-13.

ejecución de buena fe; se menciona el principio según el cual un contrato obtenido por corrupción es necesariamente nulo⁶⁴.

En los comentarios al artículo IV.7.2 de los Principios TransLex se afirma con claridad que “[*l*]ike the prohibition of racial discrimination, child labor, money laundering, anti-competitive practices, terrorism or drug trafficking, the prohibition of bribery belongs to those fundamental values of morality and justice which are widely recognized by civilized nations around the globe. The Principle is therefore part of transnational public policy”⁶⁵.

Sin embargo, esta solución, que luce como la más apropiada para los casos de contratos de corrupción, podría compartir su aplicación otras salidas vistas en algunos casos como más eficientes. Dentro de tales salidas podríamos ubicar, en primer lugar, la anulabilidad, de manera de dejar en manos de la parte perjudicada la decisión de solicitar la nulidad o, en segundo lugar, mantener la validez del contrato.

Bonell y Meyer afirman que, si bien estas soluciones pueden verse aplicadas en la práctica, la verdad es que hay relativamente pocas decisiones al respecto. Esto da la impresión, en opinión de los propios autores, de que las partes prefieren evitar la solución judicial y, en cambio, buscan una solución amistosa, pues frecuentemente la nulidad del contrato, sobre todo en el mundo del comercio internacional, no beneficia a ninguna de las partes⁶⁶.

Nell⁶⁷ identifica en estas soluciones tres objetivos diferentes. En primer lugar, la nulidad protege intereses vinculados a una comunidad de valores y a la competencia leal y por ello niega efectividad legal a un contrato calificado como inmoral y anticompetitivo; además, protege el patrimonio de los competidores que fueron excluidos debido al pago de un soborno. La anulabilidad, por su parte, permite que la parte perjudicada decida sobre la validez o nulidad del contrato, y con ello, este sistema favorece los intereses del órgano contratante, como parte generalmente perjudicada por el acto de corrupción.

⁶⁴ Se trata de un principio basado en la protección del interés general. Ver: Fouchard, Gaillard y Goldman, *On International Commercial Arbitration*, Ed. por Gaillard y Savage, The Hague, Kluwer Law International, 1999, pp. 822-823. También lo reconoce como un principio de Lex mercatoria Mustill, para quien “A contract obtained by bribes or other dishonest means is void, or at least unenforceable”. Ver: Michael Mustill, “The New Lex Mercatoria: The First Twenty-five Years”, en *Arbitration International*, 1988, pp. 86 ss., especialmente pp. 111-112. También disponible en: <https://www.trans-lex.org/126900> y citado por Bonell y Meyer, “The impact of corruption on international commercial contracts...”, *ob. cit.*, p. 20, nota 79.

⁶⁵ Disponible en: <https://www.trans-lex.org/938000>

⁶⁶ Bonell y Meyer, “The impact of corruption on international commercial contracts...”, *ob. cit.*, p. 20

⁶⁷ Mathias Nell, “Contracts Induced by Means of Bribery: Should they be Void or Valid?”, en *BGPE Discussion Paper*, No. 42, 2008, pp. 1 ss., especialmente pp. 2-3.

Finalmente, la validez del contrato protege los intereses del contratista, por lo que, en principio, no se la considera una solución adecuada para proteger los intereses colectivos, prevenir la corrupción o proteger los intereses de las partes perjudicadas.

Sin embargo, Nell advierte que las tasas de detección aleatoria de la corrupción son bajas, lo cual hace que la determinación de su existencia dependa, en buena medida, de que personas, con información privilegiada, decidan denunciar el acto corrupto; pero muchas veces el acceso a esa información supone que la persona haya participado en acto de corrupción, lo cual dificulta su denuncia. Este sistema, en todo caso, puede persuadir más fácilmente a las partes para denunciar la corrupción.

Al respecto, el Convenio Civil contra la corrupción se acerca al sistema de la anulabilidad cuando, en su artículo 8.2 dispone que “[c]ada parte establecerá en su Derecho interno la posibilidad de que todas las partes contratantes cuyo consentimiento esté viciado por un acto de corrupción puedan solicitar ante tribunal la declaración de nulidad de dicho contrato, sin perjuicio de su derecho a la reclamación de daños”.

Una solución semejante puede verse en los Principios TransLex, cuyo artículo IV.7.2.b dispone: “*Contracts procured by the payment or transfer of bribes are voidable by the innocent party pursuant to Principle IV.7.3*” (resaltado nuestro). El artículo IV.7.3 se refiere a los casos de nulidad del contrato por error de hecho o de derecho. Según se lee en los comentarios a estos Principios, esta solución es menos clara que la adoptada respecto de los contratos de corrupción, los cuales, se consideran directamente nulos. Esta solución obedece al hecho de que algunos sistemas entienden que los contratos por corrupción deben considerarse nulos, tal como ocurre con los contratos de corrupción, mientras que otros prefieren dejar que la parte inocente decida sobre la validez del contrato⁶⁸. Los propios comentarios afirman que, si ambas partes tuvieron conocimiento del acto de corrupción, estas pierden el derecho de pedir la nulidad y el contrato se considerará válido.

La Convención de las Naciones Unidas parece inclinarse, más bien, hacia la pérdida de validez del contrato al disponer, en su artículo 34, que “[c]on la debida consideración de los derechos adquiridos de buena fe por terceros, cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, adoptará **medidas para eliminar las consecuencias de los actos de corrupción**. En este contexto, los Estados Parte podrán considerar la corrupción un factor pertinente en procedimientos jurídicos encaminados a anular o dejar sin efecto un contrato o a revocar una concesión u otro instrumento semejante, o adoptar cualquier otra medida correctiva”.

⁶⁸ Disponible en: <https://www.trans-lex.org/938000>

Es necesario considerar que el contrato precedido por actos de corrupción, aunque muchos sistemas lo consideran directamente contaminado por esos actos y nulo –como tuvimos oportunidad de ver en el caso Ruta del Sol– no tiene, necesariamente, un contenido ilícito y puede, por ello, conservar su validez⁶⁹.

Este análisis puede observarse en una sentencia dictada el 6 de junio de 1999 por el *Bundesgerichtshof*⁷⁰, en un caso en el cual un directivo de una empresa alemana que había abierto en 1992 un proceso de licitación para la remodelación de varios edificios de su propiedad incurrió en actos de corrupción para la adjudicación del contrato. En efecto, a ese proceso de licitación acudió un arquitecto que prometió al director en cuestión –quien aceptó– un pago mensual de 5.000 marcos alemanes (aprox. 2.500 euros) si le adjudicaban el contrato, lo cual en efecto ocurrió. En él se acordaron pagos anticipados al arquitecto por un valor de 100.000 marcos alemanes (aprox. 50.000 euros) una vez al mes.

En mayo de 1993, la empresa, sin mayores explicaciones, dejó de pagar las cuotas al arquitecto, por lo que este decidió informar a la empresa sobre el pago de sobornos a su director. La empresa despidió al director y canceló el contrato de remodelación con el arquitecto, alegando servicios incompletos y deficientes por parte de aquel. A continuación, el arquitecto demandó a la empresa, reclamando el pago de los honorarios aún debidos, mientras que la empresa reclamó la repetición de los honorarios ya pagados al arquitecto.

El tribunal de distrito accedió al reclamo de la empresa con fundamento en la nulidad del contrato contaminado por el soborno que precedió su celebración. El tribunal de apelaciones confirmó la sentencia del tribunal de distrito, y, en 1999, el *Bundesgerichtshof* anuló la sentencia del tribunal de apelación y aclaró que, si bien el contrato con el arquitecto fue inducido por soborno, ese contrato, en sí mismo, no estaba viciado de la misma ilicitud, pues los servicios del arquitecto se valoraron de conformidad con las tarifas oficiales vigentes para el momento y, además, el soborno no supuso un sobreprecio.

En su decisión, el *Bundesgerichtshof* afirmó –y eso es lo que nos interesa destacar– que, si bien el acuerdo de soborno es nulo, sin que sean necesarias mayores explicaciones⁷¹, esa nulidad no tiene por qué afectar, sin más, al contrato

⁶⁹ Así lo admiten Bonell y Meyer, “The impact of corruption on international commercial contracts...”, *ob. cit.*, p. 21.

⁷⁰ Bundesgerichtshof, Urteil von 06.05.1999, VII ZR 132/97. Disponible en: <https://bit.ly/3vylzgC>

⁷¹ “*Es bedarf keiner weiteren Ausführungen, daß die Vereinbarung des Klägers mit dem früheren Geschäftsführer der Beklagten über die Zahlung von Bestechungsgeld nichtig ist*”.

con el arquitecto, pues para que este sea nulo es necesario que él, en sí mismo, sea considerado ilegal (§134 BGB) o inmoral (§ 138 BGB)⁷².

Actualmente, la doctrina alemana destaca que el *Bundesgerichtshof* se enfoca en la determinación de la influencia negativa que el soborno pueda tener sobre el contrato principal, considerando, en particular, cualquier desventaja en el contrato principal derivada del soborno. El alto tribunal también reconoce, como una alternativa, la consideración de las normas que regulan la agencia, pues si el agente y un tercero actúan en su propio beneficio, en detrimento del principal, el contrato contraído en su nombre por el agente y el tercero es nulo por colusión, pues el agente y el tercero conocían que el agente actuó *ultra vires*, por lo que no habría razón para que el principal continúe vinculado por ese contrato⁷³.

Ahora bien, es claro que el dilema que enfrentan los distintos ordenamientos jurídicos es la determinación de si el contrato por corrupción se vería contaminado por el acto corrupto o, por el contrario, mantendría su validez. No dejamos de reconocer cierta tendencia, no obstante, a decretar la nulidad del contrato. es lo que ocurre en el caso de Venezuela, según veremos *infra*.

En Italia, por ejemplo, la jurisprudencia se ha inclinado por la nulidad sin que haya habido, no obstante, acuerdo respecto del fundamento de tal nulidad. La doctrina ha identificado, al menos, cuatro fundamentos: en primer lugar, la nulidad se debe a que el consentimiento se obtuvo de manera fraudulenta, lo cual produce una nulidad relativa que solo puede ser invocada por el ente contratante; en segundo lugar, la corrupción que precede al contrato afecta de ilicitud su causa y su objeto, lo cual hace que la nulidad sea absoluta y puede, por ello, ser invocada de oficio o por cualquiera que tenga interés. Las otras dos alternativas se deben a la violación de las normas que regulan el proceso de contratación, lo cual, en primer lugar, puede conducir a la nulidad del procedimiento y, consecuentemente, a la nulidad del contrato; y, en segundo lugar, se admite esa misma nulidad, pero la misma deber ser reclamada por el ente contratante o por los competidores excluidos⁷⁴.

⁷² “*Mit dem Berufungsgericht ist ferner davon auszugehen, daß die Nichtigkeit einer Schmiergeldabrede nicht ohne weiteres einen daraufhin abgeschlossenen Folgevertrag erfaßt. Der Folgevertrag muß seinerseits von der Rechtsordnung derart mißbilligt sein, daß auch ihm die Wirksamkeit zu versagen ist. Das gilt gleichermaßen bei Verstößen gegen gesetzliche Verbote (§ 134 BGB) wie bei Verstößen gegen die guten Sitten (§ 138 BGB). Danach erlauben die Feststellungen des Berufungsgerichts es nicht, den Architektenvertrag der Parteien für nichtig zu halten*”.

⁷³ Weller, “Who Gets the Bribe?..”, *ob. cit.*, pp. 180-181. El autor cita, en el caso de la agencia, una decisión del *Bundesgerichtshof* de fecha 17 de mayo de 1988.

⁷⁴ Mariani, “The Effects of Corruption on Contracts in Italy...”, *ob. cit.*, pp. 195-196.

En el sistema portugués⁷⁵ la concepción de la causa como el común propósito de las partes, y el hecho de que hay casos en que una de las partes no conoce el acto de corrupción, han conducido al rechazo de la ilicitud de la causa del contrato principal. Además, las normas de nulidad por ilicitud de la causa impedirían que el principal manifieste su eventual interés en mantener la validez del contrato. Por tal razón, la doctrina prefiere otras salidas cuya aplicación depende de si el pagador del soborno ha participado o no en la celebración del contrato. Si lo ha hecho se aplicarían las normas sobre agencia voluntaria, de manera que la nulidad dependerá de si su conducta puede o no considerarse contraria a su deber de lealtad. Si por el contrario este no ha participado en la celebración del contrato, sino que se ha limitado a influir en la otra parte para la celebración del contrato principal, el contrato solo será nulo si la conducta del “agente” constituye *dolus malus* o, en su defecto, induce a error sobre otros elementos esenciales para la formación de la voluntad de la parte inocente.

En el caso de los sistemas que prefieren conceder a la víctima el derecho a decidir si conserva o no la validez del contrato, Bonell y Meyer admiten que esta tendría en consideración legítimas razones de naturaleza económica, pues es posible que ese contrato aún sea económicamente rentable, a pesar de un posible sobreprecio. Es posible, incluso, que la nulidad del contrato principal conduzca a más pérdidas económicas, derivadas, entre otros eventos, de la circunstancia de tener que emprender un nuevo proceso de contratación⁷⁶.

El error como vicio de la voluntad suele ser la causa de la nulidad en este caso, pues al tratarse de una causal de nulidad relativa, su alegato depende exclusivamente de la parte cuya voluntad fue viciada. Es lo que ocurre, por ejemplo, en los Países Bajos, cuyo sistema permite al principal pedir la nulidad si logra demostrar que el contrato se celebró sin la información completa o con información incorrecta sobre el estado de cosas relacionado con el contrato⁷⁷.

En el caso de Venezuela, la respuesta de la doctrina ha sido la nulidad del contrato, en el entendido de que la ilicitud del acto de corrupción contamina la causa del contrato principal, e incluso el objeto de este. Así, partiendo de la idea según la cual los tratos, negociaciones, acuerdos o pagos anteriores a la celebración de un contrato, que se realicen en violación de la Ley contra la Corrupción, serán ilícitos y, por ello, nulos de pleno derecho, si alguno de esos actos puede ser considerado como causa del contrato principal, debido a que

⁷⁵ De Lima Pinheiro, «Corruption in International Commercial Contracts...», *ob. cit.*, pp. 273-276.

⁷⁶ Bonell y Meyer, “The impact of corruption on international commercial contracts...”, *ob. cit.*, p. 22.

⁷⁷ Makinwa y Kramer, “Contracts Tainted by Corruption...”, *ob. cit.*, pp. 213-214.

constituyó el motivo o razón que llevó a las partes a celebrar el contrato, entonces la causa puede ser tratada como ilícita, y el acuerdo será nulo⁷⁸.

En todo caso, la doctrina ha considerado que las normas contenidas en la Ley contra la Corrupción son de carácter imperativo, y reflejan altos estándares morales –buenas costumbres– por lo que cualquier conducta que las viole hace que el contrato no solo se considere ilegal, sino también ilícito⁷⁹. Puede entonces afirmarse, al menos en los contratos estatales, que cualquier desviación del objetivo de satisfacer el bien común, vulnera la Ley y hace que la causa del contrato se considere ilícita.

Al respecto, una decisión de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, dictada el 1 de julio de 2008 –si bien no se refiere expresamente a un caso de corrupción– considera la vulneración del interés general en un contrato estatal, como motivo de nulidad por ilicitud de la causa y del objeto. En efecto, la sentencia comentada declaró la nulidad de dos contratos celebrados por la Alcaldía del Municipio Chacao del Estado Miranda, mediante los cuales se modificó un contrato de concesión del servicio de aseo. En este caso, la Sala calificó como contrarios a la satisfacción del interés general la omisión de obligaciones establecidas por el contrato original y la prórroga del término de ese contrato, por lo cual consideró viciados estos contratos ”no sólo por causa ilícita, sino también, indirectamente en su objeto, pues si bien en principio, éste se centra en la prestación del servicio de aseo urbano y domiciliario, es intrínseco a la noción de servicio público y por ende, a la de contrato administrativo, la satisfacción del interés público, resultando en consecuencia, contrarias a estos intereses las modificaciones efectuadas”⁸⁰.

Tomando en cuenta que todo parece indicar que en Venezuela el contrato precedido por actos de corrupción se “contagia” de la nulidad del acto corrupto y es por ello también considerado como nulo por tener una causa ilícita, esa ilicitud de la causa es deriva no solo de la contrariedad con la Ley, sino también, de la vulneración de las buenas costumbres, lo cual hace que sea imposible repetir lo pagado antes de declararse la nulidad, en aplicación del artículo 1157 del Código Civil. Tal acción solo podría ser ejercida por la parte que desconocía la existencia de una causa inmoral, es decir, que desconocía el acto corrupto.

Respecto de la restitución, en el caso ICC 11307, el tribunal arbitral empezó por diferenciar la nulidad del efecto restitutorio que esta puede producir, para

⁷⁸ Hernández-Bretón y Madrid Martínez, “Fighting Corruption from the Civil Side...”, *ob. cit.*, pp. 444-445.

⁷⁹ *Ibíd.*, p. 444.

⁸⁰ Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político-Administrativa, sentencia No. 0753, del 1 de julio de 2008 (*Emiro García Rosas en nulidad del Contrato de Concesión para la Prestación del Servicio de Aseo Urbano y Domiciliario en el Municipio Chacao*). Disponible en: <https://bit.ly/3OMnS6x>.

luego distinguir tres posibles situaciones, en la primera, el pagador del soborno demanda por un contrato contaminado precisamente por ese soborno, el tribunal desestimaré la petición por *turpis causa*; en la segunda situación, el pagador del soborno demanda con fundamento en un enriquecimiento injusto, el tribunal en este caso podría, en función de caso concreto, desestimar la petición o conceder alguna compensación. En la tercera situación, la parte inocente es quien demanda la restitución. *“In general, he must restore the benefits he has received under the contract, and if he cannot, he must make a monetary substitution — otherwise the guilty party will be 'robbed'. In other words, the innocent party would be unjustly enriched by receiving back what he had parted with and keeping what he had received”*⁸¹.

Comentando este laudo, Kreindler y Gesualdi reconocen cierta inclinación a negar el reintegro total de lo pagado. Precisamente, en este caso el tribunal arbitral negó la restitución total y ordenó al contratista que reembolsara al principal únicamente el saldo entre la contraprestación total que recibió en virtud de los contratos y la comisión que pagó a un intermediario para asegurar ilícitamente que los contratos le fueran adjudicados⁸².

C. Corrupción e ilicitud en los Principio UNIDROIT

Aunque en los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales (2016)⁸³ no se hace expresa referencia ni a los contratos de corrupción ni a los contratos por corrupción, la corrupción es tratada al regular el tema de la ilicitud. En efecto, el artículo 3.3.1 de los Principios, incluido en la Sección referida la “Ilicitud”, regula los casos de “contratos que violan normas de carácter imperativo”, las cuales, de conformidad con el artículo 1.4, pueden ser “de origen nacional, internacional o supranacional”, y resultar “aplicables conforme a las normas pertinentes de Derecho internacional privado”.

La norma contenida en el artículo 3.3.1 no se pronuncia expresamente respecto de los efectos derivados de la violación de estas normas sino que, más bien, deja su determinación a lo que disponga la norma violada o a lo que se considere razonable, cuando la norma no disponga expresamente tales efectos. Para la determinación de lo que se considera razonable, el párrafo 3 del artículo

⁸¹ *Yearbook Commercial Arbitration*, 2008, pp. 24 ss. Disponible en: [https:// www.trans-lex.org/211307](https://www.trans-lex.org/211307).

⁸² Richard H. Kreindler y Francesca Gesualdi, “The Civil Law Consequences of Corruption Under the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: An Analysis in Light of International Arbitration Practice”, en M.J. Bonell y O. Mayer (eds.), *The Impact of Corruption on International Commercial Contracts*, Vol. 11, Serie Ius Comparatum - Global Studies in Comparative Law, Springer, Cham, 2015, pp. 391 ss., especialmente p. 403.

⁸³ UNIDROIT, *Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales*, UNIDROIT, Roma, 2016. Disponible en: <https://bit.ly/3BzutOI>.

comentado, recomienda tener en cuenta “entre otros, los siguientes criterios: (a) la finalidad de la norma violada; (b) la categoría de personas que la norma busca proteger; (c) cualquier sanción que imponga la norma violada; (d) la gravedad de la violación; (e) si la violación era conocida o debió haber sido conocida por una o ambas partes; (f) si el cumplimiento del contrato conlleva la violación; y (g) las expectativas razonables de las partes”.

Ahora bien, cuando en los comentarios a este artículo se hace referencia a las formas en las que un contrato puede contrariar a las normas imperativas, se menciona, en primer lugar, el caso de un contrato que viola normas imperativas en virtud de sus propias cláusulas. En estos supuestos destacan los casos de corrupción y fraude. Precisamente, los dos primeros ejemplos, referidos a contratos de corrupción, involucran el pago de sobornos. En el primer caso, el pago de comisiones estaría expresamente prohibido por los ordenamientos jurídicos de los dos Estados involucrados; y, en el segundo caso, tal pago, sin estar expresamente prohibido por la Ley, violaría a principios de orden público⁸⁴.

Los demás ejemplos se refieren a contratos por corrupción, haciendo énfasis en la influencia de actos de corrupción en procesos de licitación o contratación pública e, igualmente, se distinguen los casos en que una confabulación para la adjudicación del contrato durante ese proceso es contraria a la Ley de aquellos casos en los que tal conducta es contraria al orden público⁸⁵.

En todo caso, la vulneración de una norma o de un principio protegido por el orden público es, precisamente, la condición valorada para determinar la ilicitud de una conducta y la consecuente nulidad del contrato⁸⁶, y esta manera de proceder es algo común en el Derecho comparado, incluido el Derecho venezolano. En efecto, la ilicitud suele medirse respecto de la conformidad o inconformidad con las normas imperativas, con los principios protegidos por el orden público, o con las buenas costumbres. Aunque cada vez son menos las referencias a estas últimas en las codificaciones modernas, algunas de las cuales las identifican con el orden público, según hemos referido *supra*, las buenas costumbres están pensadas para funcionar –afirma Mélich Orsini– como “un mero complemento de la eticidad implícita en el complejo de las normas del ordenamiento positivo”, con el cual “se busca impedir que allí donde falte todavía un principio de orden público aplicable, pueda utilizarse la autonomía privada para dar fuerza legal a ciertas conductas que están en contraste con la moralidad pública”⁸⁷.

⁸⁴ *Ibíd.*, pp. 137-138.

⁸⁵ *Ibíd.*, p. 138.

⁸⁶ Se trata, de hecho, de una nulidad *ab initio*. Ver: Kreindler y Gesualdi, “The Civil Law Consequences of Corruption Under the UNIDROIT Principles...”, *ob cit.*, p. 401.

⁸⁷ Mélich Orsini, *Doctrina general del contrato...*, *ob. cit.*, pp. 232-233.

Podemos entonces afirmar que, con muy sutiles diferencias entre los ordenamientos jurídicos, los contratos cuya prestación es el pago de un soborno, además de ser contrarios a la Ley –el soborno es un delito– y al orden público –que atenta contra los principios esenciales del sistema– pueden calificarse como contrarios a las buenas costumbres, debido a su inmoralidad. Esta generalidad de la regla permite que la misma sea utilizada tanto frente a contratos de corrupción como frente a contratos por corrupción; además, la flexibilidad respecto de la determinación de los efectos de la ilicitud permitiría al operador jurídico, particularmente en el caso de contratos por corrupción, valorar la respuesta más razonable, o más eficiente, frente al caso concreto.

En todo caso, Kreindler y Gesualdi sostienen que los contratos de corrupción y los contratos por corrupción no solo son nulos por disponerlo así el Derecho que les es aplicable, sino que también pueden serlo por contrariar el llamado “orden público internacional”⁸⁸ –“*international public policy*”– o incluso, de conformidad con ambos. Los autores citan, respecto de esta idea, los laudos ICC 6248 de 1990⁸⁹ y 3913 de 1981⁹⁰. En el primero se declaró nulo el contrato de corrupción por considerarse contrario a las buenas costumbres tanto de acuerdo con el Derecho aplicable al contrato como de conformidad con el orden público internacional. En el segundo, el contrato de soborno se declaró nulo por ser contrario al orden público interno francés y al orden público internacional⁹¹.

⁸⁸ En otras oportunidades nos hemos mostrado en desacuerdo con esa expresión aplicada al rechazo a la aplicación del Derecho extranjero cuando resulte manifiestamente contrario a los principios esenciales del Estado del juez (Claudia Madrid Martínez, “Instituciones generales de Derecho internacional privado: más allá del problema conflictual”, en V.H. Guerra, C. Madrid Martínez y Y. Pérez (coord.), *Estudios de Derecho internacional privado, Homenaje a Tatiana Maekelt*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2012, pp. 155 ss., especialmente p. 209). No obstante, esta cobra especialmente importancia en el mundo del arbitraje en el que ha de entenderse como un mecanismo de protección de principios morales universalmente reconocidos en todas las áreas, especialmente, en materia de negocios internacionales (Lambert Matray, “Arbitrage et ordre public transnational”, en J. Schultsz and A. van Den Berg (dirs.), *The art of arbitration. Liber Amicorum Pieter Sanders*, Kluwer, La Haya, 1982, pp. 241 ss., especialmente p. 244). Dentro de estos principios, Bucher se refiere a la prohibición de los acuerdos que consagren prácticas de corrupción (Andreas Bucher, *Droit international privé suisse*, Tome I/2, Partie générale, Droit applicable, Helbing & Lichtenhahn, Bâle, 1995, p. 232).

⁸⁹ *Yearbook Commercial Arbitration*, Vol. XIX, 1994, pp. 124 ss. Disponible en: <https://www.trans-lex.org/206248>.

⁹⁰ Yves Derains, “note to ICC Award No. 2730”, en *Clunet*, 1984, pp. 918 ss.

⁹¹ Kreindler y Gesualdi, “The Civil Law Consequences of Corruption Under the UNIDROIT Principles...”, *ob. cit.*, pp. 402-403.

IV. Una breve mirada al arbitraje desde la corrupción

Mirar la corrupción desde el arbitraje nos obliga a hacer referencia al icónico laudo ICC 1110 de 1963⁹², en el cual, el árbitro Gunar Lagergren se negó a conocer de una demanda arbitral que versaba sobre un acuerdo concluido entre un ingeniero argentino y una empresa inglesa. Mediante este acuerdo, el ingeniero, reconocido por su cercanía con las autoridades gubernamentales, se había comprometido a facilitar la adjudicación de contratos estatales a la empresa inglesa. A cambio de ello, recibiría el 10% del valor de los contratos efectivamente celebrados. Según se afirma en el laudo, el ingeniero usaría parte de esa “comisión” para pagar el favor de los funcionarios involucrados en las contrataciones.

Frente a este panorama, el árbitro Lagergren afirmó que un caso como este, en el que se evidencian grandes violaciones de las buenas costumbres y el orden público internacional, no puede tener respaldo en ningún tribunal, ya sea en Argentina, en Francia, o en cualquier otro país civilizado, ni siquiera en un tribunal arbitral. Con este argumento, el árbitro declinó su competencia recurriendo a un principio internacional: “[p]arties who ally themselves in an enterprise of the present nature must realise that they have forfeited any right to ask for assistance of the machinery of justice (national courts or arbitral tribunals) in settling their disputes”.

Comentado esta sentencia, Fernández-Armesto ha estimado que, aunque moralmente es una decisión acertada –“Hoy en día admiramos la integridad del juez Lagergren”–, el principio de separabilidad del acuerdo arbitral ha debido servirle de fundamento para mantener la validez de la cláusula arbitral que, de conformidad con el citado principio, no se vería afectada por la suerte del contrato en el cual está contenida. Según concluye el autor, “la corrupción afectará al objeto del contrato y no a la cláusula arbitral”⁹³.

En Venezuela, Sanquírigo, comentando la decisión de Lagergren, ha afirmado que, en el curso de un arbitraje, debe ser la relación jurídica debatida la que determine la arbitrabilidad del litigio. El acto corrupto, por su parte, puede ser valorado por el árbitro respecto de los efectos que este produzca sobre la relación debatida, pues la calificación del hecho como corrupción y la determinación de sus correspondientes efectos penales, es un asunto reservado al poder judicial de

⁹² ICC Award No. 1110 of 1963 by Gunnar Lagergren, en: *Yearbook Commercial Arbitration*, 1996, pp. 47 ss. También disponible en: <https://www.trans-lex.org/201110>

⁹³ Juan Fernández-Armesto, *La lucha contra la corrupción desde el arbitraje*, Fundación Universitaria San Pablo CEU, Madrid, 2018, p. 15.

cada Estado⁹⁴. Distingue así el autor, precisamente, entre los contratos de corrupción y los contratos por corrupción. Con los segundos no debería haber problema para acudir a arbitraje.

Sin embargo, bajo la argumentación de Lagergren subyace un principio acogido por la mayoría de los sistemas en los que se admite que un pacto inmoral no puede ser llevado ante los órganos de administración de justicia, que no merece protección pues nadie puede alegar su propia torpeza, lo que haría que una acción semejante sea inadmisibile. A pesar de ello, la doctrina ha visto en este caso un tema de inarbitrabilidad más que de lo que realmente se trata, un caso de inadmisibilidad⁹⁵.

Al respecto, Fouchard, Gaillard y Goldman reportan como en casos posteriores, los tribunales arbitrales no han declarado inarbitrales este tipo de disputas ni han recurrido a la regla *nemo auditur*, sino que han declarado la nulidad de los contratos⁹⁶. Así, refieren los autores citados, en el caso ICC No. 2730 de 1982⁹⁷, respecto de un contrato simulado para otorgar a una parte un préstamo al que no tenía derecho, se consideró que el contrato no solo era contrario al Derecho yugoslavo –que era el Derecho aplicable al contrato– sino también a la moral y a las buenas costumbres (*bonae mores*). Así –se afirmó en el laudo– “...*De manière générale, tout contrat ayant un objet contraire à des lois impératives ou d'ordre public, à la morale et aux bonnes mœurs est nul d'une nullité absolue ... Ce principe est admis dans tous les pays et par toutes les législations. Il constitue une règle internationale, un élément du droit commun des contrats dans le domaine international*”.

Aunque Fouchard, Gaillard y Goldmann admiten que este análisis es generalmente aceptado por la doctrina, reconocen la poca claridad respecto de los casos en los que ninguna de las partes solicita al tribunal arbitral que se pronuncie sobre la nulidad del contrato debido a la corrupción. Esto dejaría a los árbitros –afirman los autores– sin otra opción que ignorar la cuestión de la nulidad o

⁹⁴ Fernando Sanquírigo Pittevil, “Corrupción: un problema más allá de la arbitrabilidad”, en *Principia*, No. 4, 2021, pp. 106 ss., especialmente pp. 110-111.

⁹⁵ “*It has been noted that this decision was in fact based not so much on a finding of non-arbitrability, but rather on the inadmissibility of the claim founded on a rule similar to that reflected by the adage nemo auditur propriam turpitudinem allegans. In any event, this award has long been construed as holding disputes involving allegations of corruption to be non-arbitrable*”. Ver: Fouchard, Gaillard y Goldman *On International Commercial Arbitration...*, *ob. cit.*, pp. 353-354.

⁹⁶ *Ibid.*, p. 823.

⁹⁷ ICC Award No. 2730, en *Clunet*, 1984, pp. 914 ss. También disponible en: <https://www.trans-lex.org/202730>

renunciar si creen que no deben verse involucrados en una violación del orden público internacional⁹⁸.

Cuestión distinta, tal como lo destaca Mantilla Espinosa, es que “móviles inmorales” hayan movido a las partes a celebrar el acuerdo arbitral, con el objetivo de evitar que la jurisdicción ordinaria conozca de sus “actividades censurables”. En tal caso, en virtud del principio *Kompetenz-Kompetenz*, el árbitro habrá de declarar nulo el acuerdo arbitral y el asunto volvería a manos del juez ordinario, quien sería competente para pronunciarse sobre el contrato⁹⁹.

Ahora bien, para evitar la imposibilidad de hacer valer tales acuerdos ante los tribunales, en la práctica suele recurrirse a la simulación de negocios jurídicos, de manera de disfrazar u ocultar la ilegalidad que los caracteriza. Es común, tal como hemos advertido antes, la celebración de contratos de consultoría con intermediarios en los cuales se establecen prestaciones tan ambiguas que admiten cualquier tipo de actividades de consultoría y cabildeo.

Por ejemplo, en el caso ICC 5622¹⁰⁰, el tribunal arbitral consideró nulo un contrato de intermediación para la adjudicación de un contrato de obra pública en Argelia, porque consideró que este tipo de contrato estaba prohibido por el Derecho argelino y era considerado inmoral, contrario a las buenas costumbres, por el Derecho suizo, que era competente para regir el contrato.

El pago de comisiones también suele incluirse en esta categoría. Pero también –según afirma Sayed– los casos en que se produce un aumento en el precio finalmente adjudicado, respecto del precio originalmente ofrecido, pues este aumento podría conducir a pensar que algunos de los involucrados en la toma de decisiones para la celebración del contrato, esperan recibir algún beneficio¹⁰¹.

En el caso ICC 4145¹⁰² el soborno fue alegado en relación con la asistencia de consultores para obtener aumentos en el proyecto inicial. En opinión del tribunal arbitral, tales aumentos no obedecieron en absoluto a meros incrementos del precio sin contrapartida, lo cual habría sido sospechoso, sino que se debió a un considerable incremento en la cantidad y calidad de la obra ofrecida por el demandado en su primera licitación.

El propio Sayed estima que el incremento en el precio objetivo puede aumentar debido a variaciones inesperadas del mercado, tales como el incremento

⁹⁸ Fouchard, Gaillard y Goldman, *On International Commercial Arbitration...*, *ob. cit.*, p. 824.

⁹⁹ Mantilla Espinosa, “El árbitro y la lucha contra la corrupción...”, *ob. cit.*, pp. 70-71.

¹⁰⁰ ICC Award No. 5622, en *Revue de l'arbitrage*, 1992, pp. 773 ss.

¹⁰¹ Abdulhay Sayed, *Corruption in International Trade and Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, La Haya, 2004, p. 151.

¹⁰² ICC Award No. 4145 (Second Interim Award), en *Clunet* 1985, pp. 985 ss. Disponible en: <https://www.trans-lex.org/204145>

en el precio de materias primas, desde el momento en que la oferta fue presentada hasta que el contrato fue adjudicado, o debido a las fluctuaciones en la tasa de cambio producida entre las fechas señaladas. En tales circunstancias, la presencia de una comisión prometida, y la discusión entre el licitador y el intermediario sobre si tal comisión obedece a la necesidad de hacer frente a las citadas variaciones o si está referida a actos de corrupción es determinante¹⁰³.

En el caso ICC 8113¹⁰⁴, la fluctuación en la tasa de cambio produjo una sobrecarga de costos en cabeza del contratista, pero no causó un incremento en el precio adjudicado por el gobierno. Sin embargo, esto condujo a que el consultor y el contratista discutiesen sobre cómo responder a esta situación sin modificar el precio. El tribunal arbitral puso de manifiesto que el consultor estuvo de acuerdo en reducir el monto de la comisión acordado originalmente, lo cual permitió al licitador responder de mejor manera a las presiones del ente de compras públicas de bajar el precio.

En esta materia también puede citarse el caso ICC 9333¹⁰⁵. En este caso, la demandante se comprometió, mediante un acuerdo, a proporcionar ciertos servicios para ayudar a la demandada para que le adjudicasen un contrato de construcción, a cambio de una comisión cuyo monto se fijó en el acuerdo. El 40% de ese monto fue pagado en una cuenta bancaria en un banco suizo y luego no se hizo ningún otro pago. Según la demandada, la política del grupo estadounidense del que había pasado a formar parte le prohibía realizar pagos en un país que no fuera aquel donde se encontraba el agente o donde se prestaban los servicios. Se alegó que esta política se introdujo para cumplir con la *Foreign Corrupt Practices Act* de Estados Unidos. La demandada cree que los motivos por los que la demandante deseaba recibir el pago en Suiza estaban relacionados con el soborno, considerado como un acuerdo con causa ilícita, y por ello nulo, de conformidad con el Código suizo de las Obligaciones.

Ante el incumplimiento, el demandante solicitó al tribunal arbitral el pago de la comisión más los intereses correspondientes y los daños derivados del incumplimiento. La demandada alegó la nulidad del contrato y el tribunal, conformado por un árbitro único, consideró el acuerdo como válido de conformidad con el Derecho aplicable, y desestimó la acusación de corrupción debido a la falta de pruebas.

El tema probatorio suele ser un serio obstáculo en estos casos. Al respecto, Scherer se pregunta si sería conveniente exigir estándares de prueba más altos, sobre todo considerando que, usualmente, la parte que acusa a la otra de

¹⁰³ Sayed, *Corruption in International Trade and Commercial Arbitration...*, *ob. cit.*, p. 151.

¹⁰⁴ ICC Award No. 8113, en *Collection of ICC Arbitral Awards*, 2000, Vol. IV, pp. 385 ss.

¹⁰⁵ ICC Award No. 9333, en *Collection of ICC Arbitral Awards*, 2009, Vol. V, pp. 575 ss.

corrupción es ella misma parte del contrato de corrupción. Al respecto, el autor cita el caso ICC 6401¹⁰⁶, en el cual el tribunal arbitral sostuvo que, de conformidad con el Derecho de Filipinas, así como con el Derecho de Estados Unidos, debería aplicarse el principio de “*preponderance of evidence*”.

Sin embargo, con respecto a la acusación de corrupción, se aplicaría un estándar más alto: “*clear and convincing evidence... fraud in civil cases must be proven to exist by clear and convincing evidence amounting to more than a mere preponderance and cannot be justified by a mere speculation. This is because fraud is never to be taken lightly*”. En el ya citado caso ICC 5622, recuerda el propio autor que tribunal arbitral exigió pruebas “*beyond doubt*”¹⁰⁷.

Por ejemplo, en el caso ICC 6497¹⁰⁸ se consideró que la negativa del funcionario público de entregar los registros bancarios que acreditaban el pago ocasional a terceros, se consideró como prueba circunstancial determinante de la irregularidad de los pagos. La negativa del agente a revelar información sobre sus actividades, sobre la estructura de su grupo también –al lado de la velocidad con la que fue adjudicado el contrato– fue considerada como evidencia circunstancial decisiva para probar el soborno en el caso ICC 3916¹⁰⁹.

La razón para reforzar los estándares de prueba, tiene que ver con el hecho de que –tal como lo destaca Fernández Armesto– generalmente no se tiene acceso a pruebas directas de la corrupción, como documentos o testimonio de los directamente involucrados. Esto, aunado al hecho de que el árbitro carece de facultades para forzar el testimonio de un tercero, hace que este deba conformarse con pruebas sustanciales, tales como la naturaleza de la obligación a cargo de quien reclama el pago de dinero; el monto de la tarifa que a cuenta de “comisiones” fijan las partes, en relación con el monto de la obligación principal; la forma de cálculo de esa tarifa y su forma de pago, sobre todo cuando es hecha en efectivo o a través de terceros; incluso la negativa a revelar ciertas informaciones, entre otras.

Sin embargo, concluye el autor, “Los estándares de convencimiento reforzados exigidos en el ámbito penal no deberían ser los exigibles en un procedimiento arbitral”, pues un celo excesivo en materia probatoria puede convertir al arbitraje en “un puerto refugio para conductas indeseables”¹¹⁰.

¹⁰⁶ ICC Award 6401, en *Mealey's International Arbitration Report*, January 1992, Cov B-1.

¹⁰⁷ Matthias Scherer, “Circumstantial Evidence in Corruption Cases Before International Arbitral Tribunals”, en *International Arbitration Law Review*, Vol. 5, 2002, pp. 29 ss., especialmente p. 30.

¹⁰⁸ ICC Award No. 6497, en *Yearbook Commercial Arbitration*, 1999, pp. 71 ss.

¹⁰⁹ ICC Award. No. 3916, en *Collection of ICC Arbitral Awards*, 1982, pp. 507 ss.

¹¹⁰ Fernández Armesto, *La lucha contra la corrupción desde el arbitraje...*, *ob. cit.*, pp. 17-18.

V. Una idea final

La corrupción, definitivamente, sigue siendo un cáncer en nuestras sociedades. Las medidas tomadas por los Estados lucen siempre insuficientes, tanto para prevenir –estableciendo controles y deberes de transparencia– como para sancionar este mal. La impunidad parece campear y junto a la normalización social de las conductas corruptas, este mal no ha hecho más que agravarse.

El mundo de los contratos, tanto estatales como entre privados, ha sido terreno fértil para la corrupción y, sin embargo, desde el Derecho de los contratos poco se ha hecho al respecto. Tal como hemos podido constatar en este breve recorrido la nulidad parece ser el arma por excelencia, pero no se reflexiona mucho sobre las consecuencias de este remedio, sobre todo respecto del patrimonio de los Estados.

La reacción del Derecho de los contratos debe considerar con atención las diversas relaciones que se tejen frente al acto corrupto, pues si bien la nulidad absoluta está más que justificada frente a los contratos de corrupción, cuya patente ilegalidad e inmoralidad hace innecesaria cualquier otra justificación para tal reacción, el caso de los contratos por corrupción, en cambio, algo más de análisis. El caso Odebrecht es un triste ejemplo de esto: contratos anulados, obras inconclusas, pérdidas millonarias para los Estados y gastos nada despreciables para iniciar nuevos procesos de contratación y adjudicación de contratos.

La idea que queremos dejar clara es que, frente a los contratos por corrupción, antes de decidir su nulidad, el operador jurídico debe adelantar un análisis del caso concreto y evaluar los pros y contras de tal decisión. Anular un contrato e impedir la repetición de lo pagado puede terminar beneficiando al corrupto.

Tengamos presente que mantener la validez del contrato puede, en algunos casos, tener un efecto persuasivo sobre la parte corrupta. Esto nos invita a pensar que la tarea pasa por encontrar un balance en el cual se siga rechazando la conducta corrupta a la vez que se protejan los intereses de la parte inocente y, en el caso de contratos estatales, el patrimonio de todos los ciudadanos. Así puede verse al Derecho de los contratos como un arma efectiva en la lucha contra la corrupción.

No queremos terminar estas líneas sin recordar las palabras de Delia Ferreira Rubio, presidente de Transparency International, que nos recuerda que combatir la corrupción es una tarea en la que todos debemos estar comprometidos: *“People’s indifference is the best breeding ground for corruption to grow. Only by working together can we hope to end impunity for corruption and the corrupt”*.

CRÍTICA AL CONCEPTO DE CAUSA EN EL DERECHO VENEZOLANO, UN ANÁLISIS COMPARATIVO CON LA DOCTRINA ANGLOSAJONA DE LA CONSIDERACIÓN

*Andrés Gzásó**

SUMARIO

Dedicatoria. I. Introducción. II. Problema. III. Definición de Causa. IV. Definición de Consideración. V. Causa en el Derecho Venezolano. VI. Un Ejemplo de *Causa vs. Consideration*. VII. Consideraciones Finales. VIII. Conclusiones

Dedicatoria

Es un gran honor para quien suscribe estas líneas haber sido invitado entre tan ilustrados juristas y académicos para presentar un trabajo para el Libro Homenaje al Dr. Humberto Romero-Muci. Presumiendo de una gran amistad fundada en el respeto y la admiración que le profeso por ser el abogado, intelectual, académico y hasta atleta quien es; por el ejemplo para todos que implica su disciplina, compromiso con el logro, la perfección y el éxito, y por tanto genuino representante de los valores que como juristas e intelectuales buscamos proyectar en la Academia de Ciencias Políticas y Sociales al país, y si se quiere, al mundo, es que tengo a bien presentar aquí mis ideas en su homenaje.

I. Introducción

Este trabajo pretende presentar un paralelo entre el concepto de la causa como elemento constitutivo en lo que originalmente se reconocía en la mayoría de los sistemas de derecho continental¹ como un elemento existencial de las obligaciones en el contrato, con especial referencia al derecho venezolano, y

* Abogado, Juris Doctor.

¹ Cada vez más legislaciones europeas han abandonado el concepto de causa, tales como Alemania, Bélgica, Países Bajos, Suiza, para citar algunas de las legislaciones de derecho más influyentes.

el concepto de *consideración*² de los sistemas anglosajones, así como demostrar si dichos conceptos son análogos, y en el evento que no lo fueran, si son reconciliables entre sí.

Todo análisis requiere de un problema, por lo que el presente artículo plantea el determinar si el concepto de causa en los contratos tiene, o no, alguna utilidad práctica en el derecho venezolano más allá del enunciado que hace la ley y la doctrina.

La causa como elemento existencial del contrato se presume en el derecho venezolano y debe ser veraz y lícita.³ La doctrina venezolana ha entendido la causa como la razón o el propósito por el cual las partes realizan un negocio que crea una obligación civil, entendida ésta en los términos mejor aportados por el Código Civil chileno como “aquellas [obligaciones] que dan al acreedor acción contra el deudor, derecho a exigir su cumplimiento.”⁴

A título de ejemplo, en un contrato de arrendamiento de un inmueble el elemento motivante del arrendador es el derecho de recibir el canon, a cambio de la obligación de ceder el uso y el goce del inmueble arrendado al arrendatario; y a su vez, el interés del arrendatario es el de recibir del arrendador el derecho al uso y goce del inmueble, a cambio de la obligación de pagar el canon. Este intercambio de obligaciones y derechos es lo que la doctrina anglosajona conoce como el principio de la mutualidad de las obligaciones.⁵

Ahora bien, el derecho anglosajón no concibe la exigibilidad de una promesa⁶ sin consideración porque no constituye una obligación civil⁷, mientras que la causa de los sistemas de derecho continental admite la exigibilidad de contratos carentes de mutualidad siempre que las partes hayan tenido la voluntad de obligarse.⁸

Cualquier estudioso del derecho continental podrá decir sin titubeos, que los elementos existenciales mínimos del contrato serán consentimiento y objeto, y

² En lo sucesivo, la “consideración”.

³ Congreso de la República de Venezuela Código Civil, Art. 1.158.

⁴ Andrés Bello y et al. “Código Civil de la República de Chile. II”. En: (1981), Art. 1470.

⁵ *Meurer Steel Barrel Co. v. Martin* 1 F.2d 687, 688 3rd Cir. 1924.

⁶ Para los anglosajones promise o promesa son obligaciones en el sentido del derecho continental.

⁷ Los anglosajones prefieren el término ilusorio, o carentes de mutualidad, lo que el derecho continental denomina como obligación natural.

⁸ E.g. los contratos de comodato, y de mutuo, contratos de tradición continental y por naturaleza gratuitos, carentes de equivalente en la tradición anglosajona.

algunas legislaciones exigen capacidad⁹ y *causa*. En los países de tradición anglosajona en cambio, se dice que los elementos de todo contrato son oferta, aceptación y *consideración*.¹⁰ No se hace referencia a la necesidad de capacidad¹¹ ni a necesidad de *causa* alguna, y la moralidad del contrato es irrelevante importando sólo la legalidad de la transacción.

De lo anterior se podría decir que lo único inequívocamente común a ambos sistemas es el consentimiento, que en ambos sistemas implica un sistema de oferta y aceptación hasta lograrse lo que los anglosajones denominan el “encuentro de las mentes”¹² que es el resultado del negocio jurídico y que confirma el consentimiento de las partes a las obligaciones mutuamente contraídas. Acto seguido el lector se vería tentado a inferir que objeto y causa –para el caso del derecho continental– y la *consideración* –para el caso derecho anglosajón– son elementos equivalentes, ¿Cierto?

En definitiva, los elementos de una obligación válida deberían ser los mismos con independencia del sistema. Como dirían los anglosajones, “una obligación, es una obligación”, pero tal vez con diferentes nombres. Pues lamentablemente dicha inferencia no procede del todo: la tradición continental y la anglosajona explican la existencia de las obligaciones a través de puntos de partida y suposiciones diferentes, y por tanto el binomio objeto-causa, y *consideración*, por más insólito que parezca, constituyen institutos diferentes. En definitiva, los sistemas continental y anglosajón explican la formación de obligaciones civiles mediante elementos diferentes.

El contenido de lo que debe constituir el objeto de los contratos puede inferirse fácilmente y no requiere mayor explicación, es la suerte del complemento directo de la oración contractual: aquello sobre lo cual recae la acción de la obligación contraída, pero en definitiva y más allá de las definiciones académicas, subyace la eterna duda de qué es la causa, y cuál es su utilidad real en el derecho de las obligaciones.

⁹ El tema de la *capacidad* en las obligaciones requiere un estudio separado que escapa el alcance de este artículo. A título de ejemplo, la ley admite las obligaciones contraídas entre capaces con incapaces, pero estrictamente por razones de orden público y de protección de los incapaces, permiten que sólo el incapaz pueda desconocer la obligación, situación que no le es dada al capaz que contrató con el incapaz y quien la obligación será válida e ineludible.

¹⁰ *Requirements of a Bargain. (1) ... the formation of a contract requires a bargain in which there is a manifestation of mutual assent to the exchange and a consideration. American Law Institute. Restatement (Second) of Contracts, § 17.*

¹¹ El contrato celebrado por el incapaz es válido, y su anulabilidad viene dada por el interés del orden público de proteger al incapaz, lo cual lo hace sólo anulable, más no nulo.

¹² “*The meeting of the minds.*”

El presente trabajo intentará hacer una aproximación al análisis comparativo entre los institutos de la *causa* y la *consideración*, que como se apreciará no ha sido cosa fácil para los tratadistas.

El objetivo aquí no es hacer una disertación del contenido definitivo de la definición de *causa* toda vez que dicho trabajo está hartamente realizado, sino más bien de ofrecer una visión alternativa sobre su utilidad y definición en el Código Civil comparándolo instituto anglosajón de la *consideración*.

Igual como los tratadistas y jueces anglosajones han tenido dificultad en la definición de *consideración*, toda vez que ésta ha variado a través del tiempo, la definición de *causa* tampoco está exenta de sus propias dificultades, al punto que el Código Civil venezolano, copiando la definición francesa del Código Civil francés de 1.804 igualmente optó por estatuir la presunción de la existencia de la causa para obviar el difícil tema de su prueba.

II. Problema

“*Front-load the Argument!*” dicen los críticos anglosajones cosa que contrasta con la tradición académica latinoamericana de presentar ensayos jurídicos como novelas de misterio, revelándose la trama al final.

¿Qué es entonces *causa*? La respuesta más común será que son “las razones que motivan a las partes a contratar,” ¿Y para qué sirve? momento en el cual se complica la conversación; “es un elemento de la formación de los contratos, como el *consideration* anglosajón” responderán otros, pero la respuesta a la pregunta de cuál es la función de la causa queda por lo general abierta.

La Corte Suprema del Cabo de Buena Esperanza en Suráfrica, regida simultáneamente el derecho continental de los Países Bajos y la anglosajona, ha señalado que, exceptuando los contratos gratuitos, las doctrinas de causa y consideración son iguales.¹³

La Corte Suprema de Transvaal¹⁴ y las cortes de Ceylon¹⁵ y posteriormente la Corte Suprema de Ceylon¹⁶ en cambio, con la misma tradición simultánea de derecho continental de los Países Bajos y anglosajona han concluido en forma contraria: la doctrina del derecho continental de causa es diferente de la

¹³ *Vid. Alexander v. Perry* (1874) 4 Buch; *Malan and Van der Merve v. Boon and Co.* (1880) Foord, 94; *Tradesmen Benefit Society v. Du Press* (1887) 5 Sup. Ct. 269; *Mitembu v. Webster* (1904) 23 Sup. Ct. 323.

¹⁴ *Rood v. Wallach* (1904) T.S. 187.

¹⁵ *Lipton v. Buchanan* (1904) 8 New L.R. 49.

¹⁶ *Jayawickreme v. Amarasuriya* (1918, P.C.) 119 L.T. 499.

anglosajona de *consideración*.¹⁷ Curiosamente el derecho de los Países Bajos moderno ha abandonado la teoría de la causa en su Código Civil de 1.992.

El artículo 1.552(4) del Código Civil del Estado de California de los EE.UU.¹⁸ y la Sección 28-2-102(4) del Código Civil del Estado de Montana de los EE.UU.,¹⁹ dos jurisdicciones de plena tradición anglosajona usan en la redacción las palabras *causa* y *consideración* como sinónimos: el contrato deberá tener suficiente *causa o consideración*.

Volviendo al ámbito de lo jurídico, el Código Civil define al contrato como aquella “convención entre dos o más personas para constituir, reglar, transmitir, modificar o extinguir entre ellas un vínculo jurídico,”²⁰ y sus elementos existenciales, como se dijera son: consentimiento, objeto y causa.²¹ Como se dijera también, para el derecho la mayoría de las legislaciones con tradición anglosajona,²² los elementos mínimos existenciales del contrato son: oferta, aceptación, y consideración²³

En tal sentido, si al menos dos jurisdicciones aplicando el mismo derecho opinan en forma diferente, y otra jurisdicción de la misma tradición legal, usando

¹⁷ Ernest G Lorenzen. “Causa and Consideration in the Law of Contracts”, en *The Yale Law Journal*, 28.7, 1919, pp. 621-646, p. 622

¹⁸ *Essential Elements of Contract. It is essential to the existence of a contract that there should be: (4) A sufficient causa or consideration California State Legislature. The Civil Code of the State of California*, Art. 1.552(4).

¹⁹ Redacción idéntica al Art. 1.552(4) del Código Civil de California. *ob. cit.* M. S. Legislature, *Montana Code Annotated, Title 28. Contracts and Other Obligations*, Sec. 28-2-102(4).

²⁰ República de Venezuela, Código Civil, Art. 1.133

²¹ *Ibid.*, Art. 1.141

²² De derecho común, common law, o case law, tal y como es usado en American Samoa, Antigua y Barbuda, Australia, Bahamas, Bangladesh (excepto en materia de derecho de familia, donde impera las, leyes Shariah), Barbados, Belize, Bhutan, Canadá (excepto Quebec), Chipre (excepto en materia de derecho penal), Dominica, Estados Unidos (excepto Louisiana y Puerto Rico), Fiji, Gibraltar, Grenada, Hong Kong, India (excepto en en Goa, Daman y Diu, Dadra y Nagar Haveli), Inglaterra y Gales, Islas Caymán, Islas Marshall, Islas Vírgenes Británicas, Irlanda, Irlanda del Norte, Israel (que tiene un sistema híbrido que incluye derecho civil, leyes Halakha y leyes Shariah para casos de familia), Jamaica, Kiribati, Liberia, Myanmar, Nauru, Nepal, Nueva Zelanda, Palau, Pakistan (con provisiones de leyes Shariah), Saint Kitts y Nevis, Saint Vincent y las Grenadinas, Singapore (salvo las musulmanes, quienes están sujetos a cortes y leyes Sharia), Tonga, Trinidad y Tobago, Tuvalu, y Uganda.

²³ *Consideration*. Jurisdicciones con legislación mixta como Suráfrica, la Provincia de Quebec, los Estados de Louisiana y California de los EE.UU., usan causa y consideración en forma sinónima.

el mismo derecho opina que son lo mismo, se debe concluir que las doctrinas son, al menos desde el punto de vista lógico, diferentes.²⁴

Todos los sistemas de derecho exigen como requisitos mínimos de validez para los contratos que exista al menos consentimiento, y objeto.²⁵ Hay jurisdicciones que no exigen otros requisitos que los anteriores²⁶ y otras, exigen como requisito adicional, que las partes tengan capacidad para contratar, y las obligaciones tengan causa suficiente.²⁷

Visto desde la óptica de un académico educado en la tradición anglosajona, en relación a las obligaciones en los contratos bilaterales Stern opina que hay dos tipos de causa: la del elemento *objetivo*, que versa sobre el objeto mismo de la transacción; y la del elemento *subjetivo*, o *negotioum contractum* como transacción entendida más allá del elemento consensual de los contratos.

Según Stein, en las jurisdicciones de tradición continental cualquier tipo de *causa* es suficiente. La tradición anglosajona es, sin embargo, diferente: aparte de las obligaciones revestidas por ciertas formalidades²⁸ el derecho anglosajón sólo reconoce un subtipo de causa específico, a saber, la *consideración* o la contraprestación acordada.²⁹

La *consideración* es un elemento esencial de las obligaciones. De no ser expresa, puede inferirse su existencia de la mutualidad en el contrato, y por más imperfecta e incompleta que pueda ser el contenido y la definición de la *consideración*, sigue siendo un elemento existencial del contrato bilateral para la exigibilidad de las obligaciones, sin la cual las obligaciones se tienen como no formadas.

En tal sentido quien suscribe propone que debe replantearse la definición de causa del Código Civil que sigue el criterio de *causa subjetiva*; ya sea por sustitución por el criterio de *causa objetiva* que busca el beneficio de las partes al contratar con prescindencia de consideraciones subjetivas de los motivos de las partes; por sustitución por la doctrina de la *consideración*, que si bien es culturalmente ajena a la tradición venezolana, y para algunos parecerá un sacrilegio legal, queda claro se asemeja más a la definición de *causa objetiva*, y

²⁴ Más aún si se considera el hecho que Bélgica derogó la *causa* como elemento de los contratos en la reforma del Código Civil de 1992

²⁵ Lorenzen, *ob. cit.*, p. 622

²⁶ E.g. Alemania, Austria, Bélgica, Brasil, Francia, Japón, México, Suiza. Curiosamente, Bélgica derogó la causa como elemento de los contratos en la reforma del Código Civil de 1992

²⁷ E.g. Argentina, Bolivia, Chile, Colombia, España, Francia, Guatemala, Italia, y por supuesto, Venezuela

²⁸ Contratos escritos y “sellados,” autenticados, etc.

²⁹ Walter Stern, “Consideration and Gift”, en *ICLQ*, 14, 1965, 675-at, p. 678.

como beneficio adicional, goza de una larga tradición, literatura y jurisprudencia a la cual se podría recurrir para informar su contenido en caso de dudas;³⁰ o en su defecto, el abandono por completo de la doctrina de la causa como elemento de las obligaciones.³¹

Quedará entonces definir cuál será la utilidad de causa. Según la antigua doctrina francesa del siglo XX, Morandière señaló su doble propósito: en primer lugar la causa permite establecer la independencia de las obligaciones de las partes contratantes devenidas de contratos bilaterales;³² en segundo término restringe el poder ilimitado de control de los tribunales sobre la libertad de partes de asumir obligaciones en los contratos,³³ en el entendido que el control judicial debería estar circunscrito a la revisión de la validez de las obligaciones intercambiadas.³⁴

III. Definición de Causa

El problema de definir qué es la *causa* y cuál es su contenido, situación que no tiene respuesta ni sencilla, ni exacta.

Intentando hacer una aproximación a través de una referencia histórica, los romanos tenían como base de los contratos la consensualidad, y para su exigibilidad se requería un tipo especial de *causa* denominada *causa contractus* o *causa civilis*,³⁵ y distinguían entre los acuerdos sencillos³⁶ que no eran exigibles,³⁷ pero sí podían dar lugar a una defensa por la acción de excepción.³⁸ Por otra parte estaban los contratos con obligaciones adquiridas³⁹ que eran acuerdos unguídos de *causa civilis* y por tanto sí eran exigibles dado que estaban basados en la entrega

³⁰ No será la primera vez que la doctrina y jurisprudencia estadounidenses e inglesas habrían influenciado la legislación venezolana. A título de ejemplo la Constitución está inspirada en la constitución estadounidense de 1787, y en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789

³¹ *E.g.* como lo han hecho Alemania, Bélgica, Países Bajos, y Francia, para citar algunos.

³² Ambroise Colin y Léon Francis Julliot de la Morandière, *Précis de droit civil: Les grands arrêts de la jurisprudence civile/par Henri Capitant. Suppl.*, Dalloz, 1957, p. 270.

³³ *Ibid.*, p. 271.

³⁴ Dimitar Stoyanov, “Causa and Consideration-A Comparative Overview”, en *Lex ET Scientia Int’l J.*, 23, 2016, pp. 254-266, p. 258.

³⁵ Digesto 2.14.7.14, citado por Duard Kleyn, “The Reality of Real Contracts”, en, *THRHR*, 58, 1995, p. 16-17.

³⁶ *Nudum pactum.*

³⁷ *Ex nudo pacto non oritur actio.* Digesto 2.14.1.13.

³⁸ *Exceptio.*

³⁹ *Pacta vestita.*

de un *factum* que era algo de valor, o un servicio prestado, y como tal le servía al pagador o prestador del servicio para exigir la contraprestación.⁴⁰

El derecho romano distinguía entre cuatro tipos de contrato, todo ello dependiendo de los requisitos de su causa: el contrato real,⁴¹ cuya causa⁴² era la entrega de una cosa; el contrato verbal,⁴³ cuya causa eran ciertas palabras formales; el contrato escrito,⁴⁴ cuya causa era un escrito formal; y por vía de excepción, el contrato consensual,⁴⁵ cuya causa era el *consensus* sobre las partes esenciales del contrato.⁴⁶

Para Lorenzen la teoría de la causa no es romana porque no puede deducirse de los textos romanos, pero si bien no la conocían, tenían una concepción de causa derivada del contrato de *stipulatio*⁴⁷ considerándola un elemento esencial del derecho de los contratos. Según, para que una obligación pudiera ser exigible, debía existir una razón económica en respaldo de la obligación como requisito esencial para la validez y exigibilidad de dicha obligación.⁴⁸

Zimmermann, en cambio, también es de la teoría que la causa no es romana y afirma igual que Lorenzen que éstos no la conocían.⁴⁹ Por su parte Stoyanov es de la opinión que la teoría de la causa es una interpretación de Santo Tomás de Aquino desarrollada en base a la premisa de que, si todo efecto requiere de una causa, no hay razón para pensar que dicho concepto no pueda ser igualmente aplicado a las obligaciones.⁵⁰

⁴⁰ *Conventio non nuda sive vestita est, quae puri placiti fines agreditur: quod ex duabus notis cognoscitur, si proprium nomen sortita est, vel si praetor conventionem alia obligandi causa subsit, id est, si negotium civile gestum sit . . . Haec conventionis species uno verbo appellatur contractus. Et igitur contractum sic definitio: Contractus est conventio habens nomen speciale, aut eo deficiente civilem obligandi causam Vinnius, In quatuor libros institutionum imperialium commentarius academicus et forensis, Lib. III, tit. 14, parr. 9.*

⁴¹ *Contractus re.*

⁴² *Causae.*

⁴³ *Contractus verbis.*

⁴⁴ *Contractus litteris.*

⁴⁵ *Contractus consensus.*

⁴⁶ *Essentialia.* Max Kaser, *Das römische Privatrecht*, Vol. 3, Ch Beck, 1971, p. 198

⁴⁷ El *stipulatio* era un contrato verbal formado en base a las preguntas del acreedor y respuestas del deudor, donde ambas partes tenían que estar presentes en el acto para su formación, y se debía presentar pruebas de haber cumplido con las formalidades del acto para poder darle validez y exigibilidad a las obligaciones creadas.

⁴⁸ Lorenzen, *ob. cit.*, p. 630

⁴⁹ Reinhard Zimmermann, *The law of obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Cape Town, Wetton, Juta y Company Ltd, Johannesburg, 1992, p. 549.

⁵⁰ Stoyanov, *ob. cit.*, p. 255.

Seuffert en cambio, señala que la causa es una doctrina producto de iusnaturalistas quienes afirmaban que la cualidad exigible de las obligaciones emana del derecho natural, y que la no-exigibilidad de las *pacta romana* era una política específica de los romanos contraria al derecho natural.⁵¹ El punto relevante aquí es que para los romanos, las obligaciones no eran exigibles hasta tanto se presentare prueba suficiente de haber sido formada la obligación de conformidad con las formalidades necesarias.

Bry afirma que “los romanos no tenían una teoría de la *causa*, ni tampoco lo consideraban un elemento esencial para la validez de los contratos, pero aplicaban los principios de la causa.”⁵²

Para Stern, la *causa* es una evolución de la doctrina de *daño a la fe*⁵³ derivado del derecho canónico⁵⁴ en la cual una promesa es una obligación, y el incumplimiento de dicha promesa es una violación a la fe,⁵⁵ por lo que la obligación del juzgador para poder conocer el caso era ante todo determinar si las formalidades terrenales se habían cumplido para poder tener la autoridad de poder juzgar.⁵⁶

Stoyanov disiente de dichas interpretaciones, y señala que la causa sí tiene origen romano, entre otras porque hay suficiente evidencia de su definición en el Digesto “Si hay un motivo [causa] . . . nace una obligación cuando yo te doy una cosa, a cambio que tú me des otra, o que tu hagas algo: ello es un contrato [*synalagma*] y de ello nace una obligación civil.”⁵⁷

Sigue Stoyanov y señala que las partes podían darle un especial significado a las razones del contrato de *stipulatio* (e.g. una razón económica externa), pero que a falta de dicho motivo y fundamentándose en el Digesto cuando señala que “instituida una acción en base a un *stipulatio* sin una causa, admite una defensa

⁵¹ Lothar von Seuffert, *Zur Geschichte der Obligatorischen Verträge: Dogmengeschichtliche untersuchungen*, CH Beck, 1881, p. 137.

⁵² Georges Bry, *Principes du Droit Romain*, L. Larose, 1907, p. 502.

⁵³ *Laesio fidei*.

⁵⁴ Stern, *ob. cit.*, p. 676.

⁵⁵ Y por tanto un pecado, convirtiéndola en un problema de origen moral divino.

⁵⁶ Stern, *ob. cit.*, p. 676.

⁵⁷ *Quae conventiones pariunt actions, in sou nomine non stant, sed tran seunt in proprium nomen contractus: ut emptio venditio, locatio conductio, societas, commodatum, depositum et ceteri similes contractus. Sed et si in lium contractum res non transeat, subsit tamen causa, eleganter Aristo Celso respondit esse obligationem, ut puta dedi tibi rem ut mihi aliam dares, dedi ut aliquid facias: hoc synallagma esse et hinc nasci civilem obligationem.* Digesto 2.14.7.1-2.

contra su exigibilidad por fraude,”⁵⁸ y agrega que cualquiera de las partes podía paralizar la exigibilidad de la obligación mediante una acción de *exceptio doli* argumentando que el contrato adolecía de causa, o que ésta era ilícita.⁵⁹

Según la doctrina alemana antigua, causa era el elemento necesario para que un contrato fuera ejecutable siempre que no haya sido producto de “la intención seria de estar legalmente obligado produciéndose así la propia fuerza y efecto obligatorio, sin consideraciones de forma.”⁶⁰

Si bien ya en el siglo XVII Huber había señalado que “toda promesa⁶¹ debe tener *oorzaak* [causa], y sin ella [la promesa] no tiene validez,”⁶² la posición histórica aceptada es que fue Domat quien elaboró la teoría de la causa en su esfuerzo por fusionar el derecho romano, y el derecho y razón naturales.⁶³ Para Domat la definición de *causa* en los contratos bilaterales consiste en “aquella razón que justifica la contraprestación, y que da nacimiento al contrato.”⁶⁴ Lorenzen es de la misma posición y ofrece de ejemplo cuanto señala que “la entrega de una cosa, o el cumplimiento de un acto, constituye la causa de la obligación de la otra parte . . . pero es manifiesto el hecho que la llamada causa . . . es en realidad un nombre adicional para la fuente de la obligación. Entonces, causa se convierte en sinónimo de *res, cose, chose*.”⁶⁵

Planiol critica la definición planteada por Domat porque estima que es lógicamente imposible, toda vez que constituye un círculo vicioso y por tanto es una petición de principio. Para Planiol “es imposible que causa y efecto sean

⁵⁸ *Si quis sine causa ab aliquot fuerit stipulates, deinde ex ea stipulation experia-tur, exceptio utique doli mali ei nocebit* Digesto 44.4.2.3.

⁵⁹ Stoyanov, *ob. cit.*, p. 255. Esta redacción es muy similar, primigeniamente al otrora Art. 1.119 del Código Civil italiano de 1865, y el Art. 1.131 del Código Civil Francés de 1804 que reza: “una obligación sin causa, o fundada en una causa falsa o ilícita no produce efecto alguno” y que a su vez sirvió de inspiración del al Art. 1.1.57 del Código Civil venezolano.

⁶⁰ Albrecht Erxleben, *Die Conditiones sine causa*, Vol. 2, Dieterich, 1853, p. 463

⁶¹ Léase “obligación”.

⁶² Ulricus Huber, *Heedensdaegse rechtsgeleertheyt, soo elders, als in Frieslandt gebruikelyk*, Vol. 3, By Gerrit de Groot en zoon en Petrus Schouten, 1768, cap. 21, Libro III, Part I. Sección 52, citado por Lorenzen *ob. cit.*, p. 631.

⁶³ Jean Domat, *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, Vol. 1., 1767, citado por Zimmerman, *ob. cit.*, p. 551.

⁶⁴ *Ibid.*, citado por Stoyanov, *ob. cit.*, p. 256, y argumenta que la definición de la concepción de Domat de la causa, guarda gran similitud con lo señalado por el Digesto.

⁶⁵ Lorenzen, *ob. cit.*, p. 627.

contemporáneos y por tanto cada uno ser la causa del otro, por lo que el planteamiento de la definición es falso.”⁶⁶

Una de las definiciones canónicas de causa es “la [razón] inmediata, y por ello esencial, por la cual se contrata.”⁶⁷ Sin entrar en la disquisición sobre la diferencia sobre si la causa versa sobre el contrato, o sobre las obligaciones,⁶⁸ la definición podría parafrasearse como “aquellos motivos que inducen a las partes a obligarse legalmente, de modo que dichas obligaciones puedan ser exigibles judicialmente.” En efecto, la teoría francesa anterior a 2.016 seguía dicha línea y definía la causa como “el propósito legal, la razón que justifica el cumplimiento de la obligación, firmado por ambas partes en el contrato.”⁶⁹

En tal sentido, la jurisprudencia del siglo XIX, había señalado dos aproximaciones distintas sobre la doctrina de causa: la teoría causal de la causa basada en el elemento subjetivo de las obligaciones⁷⁰ de origen francés y seguida aún por la legislación venezolana; y la teoría objetiva de la causa de las obligaciones.⁷¹

Como era de esperarse, la definición de causa ha venido sufriendo cambios a través de la historia, y actualmente se estima que hay dos acepciones más comúnmente aceptadas. Por una parte, está la acepción de la causa subjetiva, o concreta, que es la más cónsona con la tradición legal venezolana porque responde a la definición tradicional de causa, toda vez que la informan los motivos, las intenciones subjetivas, y las razones específicas que conducen a las partes a convenir en obligarse.⁷²

⁶⁶ Marcel Planiol, *Traité élémentaire de droit civil: conforme au programme officiel des facultés de droit*, Vol. 1, Librairie générale de droit & de jurisprudence, 1911, p. 1038.

⁶⁷ Gabriel Baudry-Lacantinerie, *Traité Théorique et Pratique de Droit Civil*, Vol. 3, L. Larose et L. Tenin, 1926, p. 235.

⁶⁸ Vid. José Mélich-Orsini., *Doctrina general del contrato*, 4ta Edición Corregida y Ampliada, Serie de estudios 61, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Centro de Investigaciones Jurídicas, Caracas, 2006, p. 243.

⁶⁹ Christian von Bar, Eric Clive y Hans Schulte-Nölke, *Principles, Definitions and Model Rules of European private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Walter de Gruyter, 2009, p. 292.

⁷⁰ La razón por la cual se obligan las partes.

⁷¹ La razón de contratar se basa en el objeto y fines perseguidos por las partes al momento de contraer la obligación Cvetkova, “The Abolition of the Concept of Causa in French Civil Law”, p. 92.

⁷² Agne Tikniūtė y Asta Dambrauskaitė., “Understanding contract under the law of Lithuania and other European countries”, en: *Jurisprudencija*, 18.4, 2011, pp. 1389-1415, p. 1.397, citado por Stoyanov, *ob. cit.*, p. 258.

Por otra parte, está la acepción de la causa objetiva, o abstracta. Es una suerte de evolución lógica de la teoría de Domat donde en los contratos sinalagmáticos, el beneficio ofrecido por cada una de las partes, que sirve a su vez de motivo para inducir a las partes a obligarse recíprocamente.⁷³ Ilustrando con un ejemplo, en un contrato bilateral el objetivo del comprador será el de obtener título sobre la cosa comprada, todo esto a cambio del pago del precio; y el objetivo del vendedor será el de recibir el precio, a cambio de la transferencia del título.

A todo evento el código civil español define la causa en los términos de Domat cuando señala en su artículo 1.274 que “[e]n los contratos onerosos se entiende por causa, para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte; en los remuneratorios, el servicio o beneficio que se remunera, y en los de pura beneficencia, la mera liberalidad del bienhechor.”⁷⁴

Quien suscribe es de la opinión, que de las definiciones clásicas, la aportada por el Código Civil español es una de las mejores y más completas aportadas por una ley, y que además, se aleja de la definición clásica de *causa subjetiva* para aproximarse más a la definición de causa objetiva o incluso a la de la definición de consideración, toda vez que en la definición de *causa objetiva*, los motivos de las partes para obligarse son completamente irrelevantes, la importancia radica en el contenido fáctico de las promesas intercambiadas.⁷⁵

Sin embargo, por mejor que sea la definición española presentada, ésta sigue impregnada de la misma ambigüedad inicial: no es verdaderamente posible distinguir con claridad, cuál parte es el objeto, y cuál la causa, sea esta subjetiva u objetiva.

IV. Definición de Consideración

Aquino señalaba que “una simple promesa no es exigible de conformidad con la ley del hombre.”⁷⁶ Dicho concepto emana del principio romano según el cual un contrato informal⁷⁷ no era exigible en derecho.

⁷³ Como se verá *infra* esta posición es la que más se aproxima a la definición de consideración.

⁷⁴ Reino de España. Código Civil (de España), Art. 1.274.

⁷⁵ Stoyanov, *ob. cit.*, p. 257.

⁷⁶ Santo Tomás de Aquino, *Summa theologica*, part II-II (secunda secundae), Phoemixx Classics Ebooks, 2021, Art.3.

⁷⁷ *Nuda pacta*.

Es así que Blackstone señalaba que un acuerdo sin consideración es un *nudum pactum*⁷⁸ y por tanto, carente de toda obligatoriedad en derecho.⁷⁹

Para Blackstone, consideración es todo aquello implícito o expreso en toda obligación según la cual “todo dar implicará recibir algo a cambio . . . que constituye el precio o el motivo del contrato y que llamamos consideración: y debe ser algo legal en sí mismo, o de lo contrario el contrato será nulo.”⁸⁰ En este contexto, contrato y consideración pueden entenderse como sinónimos, y se deduce que consideración debe ser algo objetivo, algo que pueda ser susceptible de intercambio legal.

La ley anglosajona sólo obliga al cumplimiento de una obligación de un promitente cuando su promesa es dada a cambio de un contra-valor que viene del prometido, todo ello producto del negocio jurídico entre las partes.⁸¹ Lo anterior guarda relación con la teoría romana que dice que una promesa nuda no es exigible.

La doctrina de la *consideración* es una de las doctrinas más establecidas dentro del derecho anglosajón de los contratos.⁸² Si bien podría decirse que comparte elementos con la definición de causa devenida del derecho romano y canónico del *daño a la fe*⁸³, su desarrollo proviene de fuente jurisprudencial del *common law* inglés, y sin influencia del *ius comune* romano, y es un elemento esencial para la existencia del contrato bilateral.

Para Stern, la doctrina de la *consideración* es un accidente histórico producto de la necesidad de poder hacer exigibles las transacciones comerciales. Para el derecho anglosajón en general, las obligaciones en el contrato no eran exigibles per se a menos de estar bajo el manto de una determinada forma,⁸⁴ o de estar acompañadas de *consideración*.⁸⁵

Boardman considera que la *consideración*, más que una regla, es una doctrina, y señala igual que Stern, que su desarrollo es autónomo y resultado de muchas decisiones por los tribunales a través de la historia, cada decisión

⁷⁸ William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England: 1765-1769*, Dawson, 1966, p. 54.

⁷⁹ Stern, *ob. cit.*, p. 680.

⁸⁰ Énfasis añadido. Blackstone, *ob. cit.*, p. 444

⁸¹ Frederick Pollock, “Contracts in Early English Law”, en *Harv. L. Rev.*, 6, 1892, p. 389, pp. 211-212.

⁸² Charlotte Mary Boardman, *Considering Consideration: a Critical and Comparative Analysis of the Doctrine of Consideration in the Anglo-Canadian Common Law*, 2013, p. 1.

⁸³ *Laesio fidei*.

⁸⁴ *Agreements under seal*.

⁸⁵ Stern, *ob. cit.*, p. 677.

agregando elementos y factores y nuevas facetas, lo que la ha convertido en una doctrina flexible, pero inmensamente compleja.⁸⁶

Williston define *consideración* en un contrato bilateral como aquellas “mutuas promesas que aseguran algún acto o no hacer, que será, o aparentemente puede ser, perjudicial para el promitente, o beneficioso para el beneficiario de una promesa, y ninguna de las cuales sea nula por una norma de derecho distinta a alguna norma relativa a la consideración, y que a su vez constituyen consideración suficiente la una para la otra.”⁸⁷ La anterior promesa, si bien es más ambiciosa, fue superada y simplificada en el caso *Dunlop v. Selfridge* a siguientes términos: “un acto, o un no hacer de una parte, o la promesa del mismo, es el precio por el cual se compra una promesa de la otra parte, y la promesa dada así por valor es exigible.”⁸⁸

En tal sentido, la definición más básica puede exponerse como “alguna ganancia para el promitente, o alguna pérdida para el prometido”⁸⁹ entendiéndose como aquello que el prometido está dispuesto a darle al promitente a cambio de su promesa⁹⁰ y sin a cambio de lo cual la promesa del promitente no es exigible en derecho. En los contratos bilaterales, la promesa es la fuente y principal elemento constitutivo de las obligaciones, y como tal, opera también como garantía de cumplimiento de la obligación.⁹¹

Así las cosas, la doctrina de *consideración* anglosajona guarda un gran parecido con la afirmación de Aquino, la cual mejor definida en términos negativos, funge de base de la resistencia de los tribunales anglosajones para exigir el cumplimiento

⁸⁶ Boardman, *ob. cit.*, p. 2.

⁸⁷ *Mutual promises of which assures some act or forbearance that will be, or apparently may be, detrimental to the promisor or beneficial to the promisee, and neither of which is rendered void by any rule of law other than that relating to consideration, are sufficient consideration for one another.* Samuel Williston, “Consideration in Bilateral Contracts”, en *Harv. L. Rev.*, 27, 1914, p. 503.

⁸⁸ *An act of forbearance of one party, or the promise thereof, is the price for which a promise of the other is bought, and the promise thus given for value is enforceable, Dunlop Pneumatic Tyre Co Ltd v Selfridge & Co Ltd. [1915] UKHL 1, [1915] AC 847.*

⁸⁹ Edmund H Bennett, “Is Mere Gain to a Promisor a Good Consideration for His Promise?”, en *Harvard Law Review*, 1896, pp. 257-264, p. 257.

⁹⁰ *Ibid.*, p. 258.

⁹¹ Rosa Ma. Montoro Rueda, “Significación y funciones de la promesa en el derecho”, en *FORO, Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales Nueva Época*, 15.1, 2012, pp. 231-248, p. 238.

de obligaciones gratuitas, es decir, los tribunales son renuentes en hacer cumplir una obligación en favor de quien no han aportado nada.⁹²

Blackstone distingue entre dos tipos de consideración, la consideración buena,⁹³ y la consideración valiosa.⁹⁴

La *consideración buena* es la devenida de la “sangre, el afecto natural, la satisfacción devenida de aquello que la ley estima equivalente a cualquier beneficio de una relación a otra relación. Pero esta consideración puede ser desestimada [por los tribunales] haciendo nulo el contrato, cuando son la base para defraudar a acreedores y terceras personas en sus justos derechos,”⁹⁵ y la *consideración valiosa*⁹⁶ es aquella devenida del “matrimonio, dinero, por trabajo hecho, u otro contrato recíproco que nunca puede ser denunciado o desestimado en *equidad*,⁹⁷ porque la persona que ha dado algo en recompensa se convierte en propietario, en acreedor [de un derecho].”⁹⁸

A tal efecto, la definición canónica de contrato bilateral en el derecho anglosajón es la de Blackstone quien la define como “un acuerdo, con consideración suficiente, para hacer o dejar de hacer determinada cosa.”⁹⁹ De la definición de Blackstone se deducen tres elementos a saber: consentimiento (acuerdo); consideración, la cual debe ser suficiente, y un objeto (hacer o no hacer alguna cosa).

⁹² Henry Winthrop Ballantine, “Mutuality and Consideration”, en *Harv. L. Rev.*, 28, 1914, p. 121.

⁹³ *Good consideration*.

⁹⁴ *Valuable consideration*. Blackstone, *ob. cit.*, p. 444.

⁹⁵ *A good confideration, we have before seen, is that of blood or natural affection between near relations; the satisfaction accruing from which the law esteems an equivalent for whatever benefit may move from one relation to another. This consideration may sometimes however be set aside, and the contract become void, when it tends in it's consequences to defraud creditors or other third persons of their just rights. Ibid.*, p. 444.

⁹⁶ *Valuable consideration*.

⁹⁷ En la tradición anglosajona, cuando se dice in *law and equity*, *law* implica las obligaciones de pagar sumas de dinero (dar) y *equity* las obligaciones de hacer o de no hacer.

⁹⁸ *Any valuable confideration, as for marriage, for money, for work done, or for other reciprocal contracts, can never be impeached at law; and, if it be of a sufficient adequate value, is never set aside in equity: for the person contracted with has then given an equivalent in recompense, and is therefore as much an owner, or a creditor, as any other person.* Blackstone, *ob. cit.*, p. 444.

⁹⁹ *An agreement, upon sufficient consideration, to do or not to do a particular thing. Ibid.*, p. 442.

Melich-Orsini señala que para que una promesa sea vinculante y por tanto exigible, “los jueces deben distinguir entre una promesa vinculatoria y una que no lo es... y rechazar aquellas... [donde] el beneficiario de una promesa pretenda hacerla efectiva en casos que no aparezca claramente una *razón justificadora*... de tal promesa.”¹⁰⁰ Basta con cambiar la frase “razón justificadora” por “valor” y las palabras de Melich-Orsini, originalmente destinadas para distinguir las simples promesas de las obligaciones civiles, coinciden con la definición de *consideración*.

Ahora bien, como se ha dicho, la consideración deberá ser buena o valiosa, pero como elemento adicional para su validez, deberá ser *suficiente*.

En tal sentido, Holt ha señalado que “donde hacer una cosa, es considerada como *consideración suficiente*, una promesa de hacer dicha cosa, será también considerada *consideración suficiente*.”¹⁰¹

Sigue Melich-Orsini cuando señala que “la *causa suficiente* debe ser algo que desde el punto de vista objetivo justifique la transferencia patrimonial y excluya la idea de que ha ‘dado’ algo sin recibir un ‘equivalente’ susceptible de restablecer el equilibrio patrimonial.”¹⁰² De lo anterior se puede inferir, que la definición objetiva de causa suficiente, salvo por la parte del “equilibrio patrimonial” coincide en gran medida con la definición de *consideración suficiente*. No hay obligación en la doctrina de la *consideración* que haya equilibrio, o proporcionalidad alguna entre el valor de las promesas recíprocas.

Queda entonces la duda en determinar lo que implica tal suficiencia. A tal efecto, en *Thomas v. Thomas* el tribunal sentenció que no era labor de las cortes examinar lo adecuado de la *consideración* o del intercambio en los contratos bilaterales, sino el exigir prueba de la existencia de un valor legalmente superior a un valor nominal, y que la regla general en un acuerdo pendiente de cumplimiento¹⁰³ por el cual el [promitente] se compromete a hacer algo bajo la condición de que el [prometido] se comprometa a hacer alguna otra cosa, puede ser exigible si lo que el demandante ha acordado hacer sea “un beneficio del demandado, o un perjuicio del demandante.”¹⁰⁴ La sentencia de *Thomas v. Thomas* es la clásica cita para determinar lo que constituye el requisito de suficiencia legal de la *consideración* para la exigibilidad de las obligaciones en los contratos bilaterales.

¹⁰⁰ Énfasis añadido. José Mélich-Orsini, *ob. cit.*, p. 255.

¹⁰¹ *Thorp v. Thorp*, 13 Mod. 455 (1701).

¹⁰² Énfasis añadido. Mélich-Orsini, *ob. cit.*, p. 256, Nota 16.

¹⁰³ *Executory agreement*.

¹⁰⁴ [T]he general rule is, that an executory agreement by which the plaintiff agrees to do something on the terms that the defendant agrees to do something else, may be enforced, if what the plaintiff has agreed to do is either for the benefit of the defendant, or to the trouble or prejudice of the plaintiff. *Thomas v. Thomas*, 2 Q. B. 851 (1842).

La tradición anglosajona exige que los contratos bilaterales onerosos estén soportados por una *consideración* que debe ser *suficiente*, y ésta según la tradición, requiere de una promesa de entregar algo considerado como legalmente valioso.¹⁰⁵ Bajo dicho argumento, la entrega de algo tan insignificante como una semilla de pimienta¹⁰⁶ constituye valor legal, y por tanto hace las veces de *consideración* suficiente.

Adicionalmente, para que la *consideración sea suficiente*, es requisito que no sea ilegal, contraria al orden público, y según Langdell, que “sea capaz de crear una obligación en detrimento del obligado.”¹⁰⁷ Willigston sigue a Pollock, y señala que la definición de Langdell es insuficiente, y parafraseando señala sólo el detrimento legal que representa para el promitente de hacer, o de no hacer capaz de generar un beneficio legal para el acreedor de dicha promesa puede considerarse *consideración suficiente*.¹⁰⁸

En *Currie v. Misa* se aportó una definición de la suficiencia legal de la consideración señalando que el valor legal, y por tanto la característica de suficiencia puede consistir en “algún derecho, interés, ganancia o beneficio para una de las partes, o bien un no hacer, renuncia, detrimento, pérdida o responsabilidad que la otra parte haya asumido o sufrido.”¹⁰⁹

Para ser válida y suficiente, la *consideración* requiere de un negocio, de un intercambio de valor de cosas susceptibles de ser prometidas o intercambiadas. Por argumento en contrario, queda claro entonces que una consideración que sea ilegal, o contraria al orden público carece de *consideración suficiente*¹¹⁰ y por tanto de suficiencia legal independientemente del valor económico que pueda presentar, y una obligación sin *consideración* es un pacto desnudo, una obligación natural, y por tanto es legalmente inejecutable.

Del mismo modo, un contrato bilateral en el cual la obligación, o promesa de una parte carece de una obligación recíproca, o contra-promesa que sirva de

¹⁰⁵ Una promesa de dar, hacer, o de no hacer, tiene valor legal para el acreedor de dicha promesa, y por tanto, goza de suficiencia legal.

¹⁰⁶ *Peppercorn consideration*.

¹⁰⁷ En el contexto de los contratos bilaterales, una *obligación detrimental o legal detriment* como se dice en inglés, no es más que una obligación de hacer, o de no hacer por parte del obligado o promitente. Christopher Columbus Langdell, *A Summary of the Law of Contracts*. 16211-16214, Little, Brown, 1880, §81.

¹⁰⁸ “[A]ny act or forbearance . . . but only on which is a legal detriment to the promisee or legal benefit to the promisor is sufficient [consideration].” Williston, “Consideration in Bilateral Contracts”, p. 511.

¹⁰⁹ *Some right, interest, profit, or benefit accruing to one party, or some forbearance, detriment, loss or responsibility given, suffered, or undertaken by the other. Currie v Misa* (1875) LR 10 Ex 153; (1875–76) LR 1 App Cas 554.

¹¹⁰ Ballantine, *ob. cit.*, p. 423.

consideración, carece de valor y suficiencia legales, y por tanto el cumplimiento de dicha promesa no soportada por una contraprestación no podrá ser legalmente exigible.¹¹¹

Parafraseando la sentencia en *Thomas v. Thomas*, modernamente la exigencia de la ley permite el valor nominal siempre que éste tenga valor legal. La ley en ningún momento exige que la *consideración* sea proporcional al valor de la cosa intercambiada, sólo que ésta sea válida, que no sea contraria al orden público, y que sea legalmente *suficiente* en los términos aquí explicados.¹¹²

En esencia, la doctrina de la *consideración* en los contratos bilaterales requiere para que una obligación sea exigible, que el prometido debe dar a cambio algo de valor jurídico y con suficiencia legal a cambio de la promesa del promitente, por lo que en su nivel más básico, la promesa del prometido debe ser producto del negocio jurídico entre el promitente y el prometido, por lo que debe existir cierta reciprocidad, o mutualidad, entre las partes para que el contrato puede tener validez y eficacia jurídicas.¹¹³

Para Atiyah, la única función de la doctrina de la *consideración*, es la de servir para diferenciar entre las obligaciones exigibles y gratuitas, entendidas desde la perspectiva utilitaria: siendo obligaciones gratuitas aquellas que sólo tienen utilidad para una de las partes.¹¹⁴ Donde hay *consideración* hay razones para exigir la obligación, y donde no la hay, viene la duda.

Ahora bien, en el derecho anglosajón moderno, la consideración requiere que la misma sea producto de una negociación de ofertas y aceptaciones recíprocas, cuyo producto define el consentimiento, o el *encuentro de las mentes*¹¹⁵ de las partes al contratar. Así las cosas, para el autor la definición de propia cosecha de *consideración* es “la mutua inducción al intercambio recíproco de promesas negociadas”¹¹⁶

A título de ejemplo, la condonación de una deuda, sin que esté acompañada de alguna *consideración* carece de todo valor, porque la intención y liberalidad que haya podido tener el acreedor al convenir en la condonación es, a los ojos del derecho, irrelevante. Para el caso particular, en el derecho anglosajón una

¹¹¹ Williston, *ob. cit.*, p. 525.

¹¹² En la tradición del derecho continental, los contratos donde el valor de la cosa entregada a cambio de la recibida es nominal, insignificante, o no guarda relación con su valor, so catalogados como unilaterales gratuitos, o simulaciones de una donación.

¹¹³ Boardman, *ob. cit.*, p. 1.

¹¹⁴ Patrick Selim Atiyah y col. *Consideration in contracts: a fundamental restatement*. Australian National University Press, 1971, citado por Boardman *ob. cit.*, p. 91

¹¹⁵ *The meeting of the minds*

¹¹⁶ *The mutual inducement of bargained for exchange of promises.*

liberalidad unilateral, gratuita, en ausencia de una *consideración*, requiere de la formalidad de un título, so pena de nulidad.¹¹⁷

Sin embargo, todo lo anterior, la doctrina de la *consideración* no está del todo resuelta¹¹⁸ y se ha hecho extremadamente compleja en su ánimo de lograr ser una única regla de aplicación universal. Tal es el nivel de complejidad al cual se ha llegado en la doctrina de la *consideración*, que Chloros es de la opinión que la doctrina ha llegado al punto donde se explica mejor a través de los casos especiales y las excepciones, que de la regla en sí, lo cual hace que haya dejado de ser una regla general y por tanto recomienda su completa abolición de la doctrina de los contratos.¹¹⁹ De la misma opinión es Wessman, quien señala que la cantidad de excepciones producto de los jueces quienes tratando de evitar decisiones que aplicándose de manera canónica habrían llevado a decisiones injustas, inmorales o en contrarias al orden público, o que se ha abusado de ella para enmascarar las verdaderas razones de una decisión judicial, situaciones que han hecho que la doctrina de la *consideración* esté mejor definida por la excepción que por la regla, lo cual prueba su ineficacia en el derecho moderno.¹²⁰

La *consideración* consiste es entonces, en el valor y calidad jurídicos intrínseco de las promesas intercambiadas entre las partes, como prueba y garantía de la seriedad de las partes en querer obligarse recíprocamente.

V. Causa en el Derecho Venezolano

La *causa* en el derecho venezolano, ya ha sido abordada con gran precisión por Domínguez,¹²¹ quien además ha sido exhaustiva en las fuentes, por lo que el tratamiento del tema será aquí limitado.

El artículo Art. 1.141 del Código Civil señala que los elementos existenciales del contrato son consentimiento, objeto, y causa lícita,¹²² pero dicha causa se

¹¹⁷ E.g. un documento escrito, un documento auténtico, un documento escrito otorgado frente a testigos, etc.

¹¹⁸ E.g. Es insuficiente para explicar las donaciones, los contratos unilaterales, y los gratuitos, entre otros.

¹¹⁹ Alexander G. Chloros, “The Doctrine of Consideration and the Reform of the Law of Contract: A Comparative Analysis”, en *International & Comparative Law Quarterly*, 17.1, 1968, pp. 137-166, p. 165.

¹²⁰ Mark B Wessman, “Should We Fire the Gatekeeper-An Examination of the Doctrine of Consideration”, en *U. Miami L. Rev.*, 48, 1993, p. 45, pp. 96-93.

¹²¹ Vid. María Candelaria Domínguez Guillén. *Curso de Derecho Civil III. Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, Caracas, 2017.

¹²² República de Venezuela, Código Civil, Art. 1.141.

presume aunque no se exprese,¹²³ y las obligaciones sin causa, o fundadas en una causa falsa o ilícita, no surten efecto.¹²⁴

La causa como elemento existencial del contrato se presume en el derecho venezolano, y no puede ser falsa ni ilícita.¹²⁵ De lo anterior se aprecia que el Código Civil define causa en base a sus atributos, y a su vez, en términos negativos (falsa, ilícita) lo cual demuestra una vez más la dificultad que ha tenido el legislador francés de 1804 en definir el término y que el Código Civil transcribió.¹²⁶

De lo anterior se deduce que, si se tiene consentimiento y objeto, la obligación será civil y por tanto exigible. En tal sentido, el Artículo 1,470 del Código Civil chileno ofrece una excelente definición de lo constituyen obligaciones civiles, como “aquellas [] que dan al acreedor acción contra el deudor, derecho a exigir su cumplimiento.”¹²⁷

Del mismo modo, el artículo 1.142 del Código Civil señala que el contrato puede ser anulado “por incapacidad legal de las partes o de una de ellas; y . . . [p]or vicios del consentimiento.”¹²⁸ De lo anterior se desprende que la ausencia de capacidad no hace nulo el contrato, sólo lo hace anulable.¹²⁹

Finalmente, el artículo 1.157 del Código Civil señala que “la obligación sin causa, o fundada en causa falsa o ilícita, no tiene efecto” y prosigue proporcionando una definición negativa de causa al señalar que “la causa es ilícita cuando es contraria a la Ley, a las buenas costumbres, o al orden público,” pero luego agrega que “[q]uien haya pagado una obligación contraria a las buenas costumbres, no puede ejercer la acción en repetición sino cuando de su parte no haya habido violación de aquéllas.”¹³⁰

Parafraseando a Domínguez, señala que en el derecho venezolano de las obligaciones “es difícil distinguir causa de objeto.”¹³¹ Comentario por lo demás

¹²³ *Ibíd.*, Art. 1.158.

¹²⁴ *Ibíd.*, Art. 1.157.

¹²⁵ *Ibíd.*, Art. 1.158.

¹²⁶ Una regla para establecer una definición es que ésta preferiblemente no sea negativa por lo que “debe indicar lo que el definido es, y no lo que no es; en otras palabras, decir lo que contiene un concepto y no aquellas notas o caracteres que no entran en él” Bartolo Pablo Rodríguez Cepeda. Introducción al Pensamiento Científico. Universidad Autónoma de Tamaulipas, 2003, p. 72

¹²⁷ República de Chile, Código Civil, Art. 1.470.

¹²⁸ República de Venezuela, Código Civil, Art. 1.142.

¹²⁹ E.g. El contrato hecho entre una persona capaz y otra incapaz es válido, y sólo el incapaz puede pedir su anulación.

¹³⁰ República de Venezuela, Código Civil, Art. 1.157.

¹³¹ Énfasis añadido. Domínguez Guillén, *ob. cit.*, p. 524.

acertado. Para quien suscribe estas líneas la definición aportada por el Artículo 1.157 es poco feliz, toda vez que queda claro que todo lo contrario al orden público y a la ley, es ilegal, o incluso un delito, y denota una clara confusión entre causa y el objeto de la obligación y de la misma opinión es Gorrín.¹³²

Todo aquello que es contrario al ordenamiento jurídico es por ende ilegal, y por tanto no puede ser objeto de un contrato. La moral y las buenas costumbres tienen cabida en el sistema legal en la medida que sus valores sean reconocidos por el derecho positivo. No queda entonces claro cómo el artículo 1.157 del Código Civil pretenda traer elementos fuera de la ley que puedan imponérsele a las partes. Sin un catálogo de normas morales y de buenas costumbres reconocidos por la norma positiva, implicará que su determinación quedaría al arbitrio, subjetividad, y discrecionalidad del juzgador, y tampoco queda claro si es verdaderamente el juez el representante, y último intérprete de la conciencia social, y por ende de lo moral y de lo inmoral.

Es así, que la interpretación de quien suscribe estas líneas sobre el componente de buenas costumbres y por ende de la moral de la causa señalada en el artículo 1.157 del Código Civil, tiene su motivación en querer darle a los tribunales autoridad para decidir sobre elementos metajurídicos carentes de reconocimiento en el derecho positivo, lo cual denota la influencia del derecho canónico como una suerte de vestigio en el sistema legal. Admitir dicho control podría interpretarse como contrario al principio de libertad contractual, y no debería tener cabida en el mundo del derecho moderno de las obligaciones.

VI. Un Ejemplo de Causa vs. *Consideration*

La semejanza entre causa entendida como la conoce el derecho venezolano y consideración parece inicialmente atractiva, pero dicho parecido es superficial. Sin duda comparten elementos desde el punto de vista funcional, pero hay suficientes diferencias en cuanto a su noción, alcance y consecuencias jurídicas en cada uno, como para que sean institutos son lo suficientemente diferentes como para poder decir que no son definiciones equivalentes. Entonces, si los elementos de un contrato son distintos en ambos sistemas, ¿Podría pensarse que un contrato en un sistema, no lo es en el otro? la respuesta es afirmativa y he ahí el problema.¹³³

A título de ejemplo, un promotor inmobiliario es propietario de cierto terreno, pero carece de los medios para desarrollarlo. Un corredor de inversiones ofrece

¹³² Guillermo Gorrín Falcón, “La Causa del Contrato en Venezuela: ausencia de su adecuado análisis a la luz de la moderna doctrina general de los contratos”, en *I Jornadas Franco-Venezolanas de Derecho civil. Nuevas Tendencias en el Derecho Privado y Reforma del Código Civil francés*, 2014, citado por Domínguez, *ob. cit.*, p. 524.

¹³³ Stoyanov, *ob. cit.*, p. 258.

conseguirle al promotor un inversionista para el desarrollo del proyecto a cambio de que se le dé una comisión sobre el monto invertido, y el promotor accede al pago de la comisión.

Bajo la óptica continental, el contrato tiene objeto (la inversión y la comisión), y tendría *causa* porque ambas partes tienen interés en obligarse en el contrato.

Desde el punto de vista anglosajón, hubo una oferta válida, hubo *consideración* (el promotor ofreció una comisión, a cambio de que el corredor consiguiera un inversionista) y hubo aceptación.

En este ejemplo pareciera que objeto y consideración serían lo mismo.

Ahora bien, acordado el contrato, el corredor le pide un porcentaje adicional al promotor sobre la ganancia que va a traer el proyecto, y el promotor acepta pagar dicha comisión. Acto seguido, el corredor se arrepiente sobre el pago de la segunda comisión, porque considera que, con la promesa de pago de la primera comisión, el corredor estaba pagado.

Asumiendo que todas las formalidades están cumplidas y no hay duda de la existencia de ambos contratos, bajo la óptica continental de las obligaciones el promotor está obligado a pagar la segunda comisión sobre la ganancia de la venta del proyecto, por haberse obligado válidamente según la teoría de la causa. No así, en cambio, bajo la óptica anglosajona de la *consideración*.

Bajo la óptica anglosajona, el promotor se puede negar bajo el argumento que la nueva propuesta “carece de *consideración*”; la obligación, y por ende el contrato, nunca nació por ausencia de mutuality y *consideración*, y por tanto es inexigible (i.e. no generó una obligación civil). El promotor muy correctamente podrá argüir que el pago del porcentaje es un nuevo contrato y que “*consideración* pasada, no constituye *consideración* presente suficiente” para el nuevo contrato, faltando así un elemento esencial para la obligación, y por tanto, la misma nunca se formó.¹³⁴ En efecto cabe la pregunta: ¿Qué cosa distinta prometió el corredor al promotor cuando le pidió la segunda comisión? La respuesta es que no prometió nada: el promotor pretende obtener un beneficio nuevo, con una promesa pasada.

Bajo la teoría de la *causa subjetiva* de la doctrina de la causa el promotor se habría obligado porque las partes satisficieron las formalidades legales, y por tanto se obligaron. La defensa de la falta de causa sería sumamente difícil de probar.

Bajo la teoría de causa objetiva, el contrato tiene objeto: las partes modificaron el contrato y suscribieron uno nuevo ampliándolo.

¹³⁴ Visto que el valor de la consideración es irrelevante, y al existir consideración no es necesaria que exista mutuality, la solución empleada en la tradición anglosajona habría sido acordar en el segundo contrato una consideración nominal e.g. “por la valiosa consideración de un dólar . . .”.

La defensa del promotor tendría mejores probabilidades bajo la doctrina de la *consideración*, toda vez que “consideración pasada no es consideración suficiente,” el promotor no ofreció una *consideración* nueva para la modificación del contrato, y por tanto los tribunales anglosajones tradicionalmente rechazan exigir el cumplimiento de una obligación a favor de quien no ha dado nada.

Lo anterior prueba que objeto y consideración, al menos desde el punto de vista de las obligaciones, representan institutos diferentes.

VII. Consideraciones Finales

Para Hogg, “un negocio jurídico es una declaración privada de intención que tiene por fin crear consecuencias jurídicas.”¹³⁵

La posición romana en torno a las obligaciones y su *causa* era que el contrato no era exigible hasta tanto no se probara la existencia de una contraprestación ya materializada por una parte que justificara la intervención judicial, por tal razón, primigeniamente las meras promesas no eran exigibles judicialmente.

En la siguiente etapa histórica de la *causa* –donde se encuentra el concepto venezolano de la causa– es la subjetiva, donde la causa se presume y es menester de las partes probar la falta de *causa* como defensa para pedir la protección contra la exigibilidad de la obligación bajo el argumento de la excepción de contrato incumplido.

La defensa clásica contra la exigibilidad de las obligaciones en el contrato por falta de *causa* es la acción de nulidad basada en la cláusula de contrato incumplido, o *Exemptio non adimpleti contractus*, siempre que se considere la tesis *objetiva* de la *causa* que versa sobre el objeto del negocio jurídico.

A título de ejemplo, el análisis que antiguamente hacían los tribunales franceses para determinar la falta de *causa*, era verificar la existencia de una contra-prestación en el contrato tanto unilateral como en el bilateral –si ésta no era inmediatamente aparente– e intentaban determinar la causa en el contrato mediante un proceso de dos etapas: una primera de *concretización* mediante la cual los tribunales, sobreponiéndose a la estructuras contractuales, analizaban la causa objetiva abstracta del contrato en búsqueda del beneficio económico devenido de las obligaciones asumidas por las partes, o de cualquier cosa o servicio previamente entregado que pueda justificar la existencia o supervivencia misma del contrato. En tal sentido, la misión de los tribunales franceses era de hacer todo lo posible por declarar válidos los contratos, siempre que el beneficio económico pudiera ser apreciado; y el caso de seguir habiendo duda sobre el beneficio, el tribunal pasaba a la segunda etapa de *subjetivización* en búsqueda de la *causa subjetiva*, concreta de la obligación determinando el interés de ambas

¹³⁵ Martin Hogg, *Promises and Contract Law: Comparative Perspectives*, Cambridge University Press, 2011, p. 120.

partes en continuar con la exigencia de la obligación, toda vez que el beneficio perseguido podría obtenerse a través de otro contrato, o de un tercero.¹³⁶ Sólo después de dicha búsqueda de la contraprestación o valor en el contrato, procedían a anular el contrato por falta de *causa*.¹³⁷

A título también de ejemplo, la tradición anglosajona en cambio, los tribunales van en búsqueda de la *consideración* de la validez y suficiencia legal de la promesa del prometido dada a cambio de la promesa del promitente.¹³⁸

Tan es así, que Venezuela, igual que en Alemania, el elemento rector de las obligaciones es el principio general del derecho de *pacta sunt servanda*,¹³⁹ y la misión de los tribunales venezolanos se limita al análisis del contenido de la voluntad de las partes al momento de haber sido contraída la obligación ahora infringida, aplicando los recursos y sanciones para restablecer el equilibrio la relación intersubjetiva afectada dadas por el derecho positivo. En principio, a los tribunales venezolanos no le es dado legislar ni crear derecho:¹⁴⁰ su deber se limita a aplicar la norma estatuida, o la devenida del contrato, para lo cual están en el deber de interpretar en base a la intención del legislador, la voluntad de las partes al contratar, y supliendo los vacíos empleando la analogía y los principios generales del derecho.

Los tribunales venezolanos sólo tienen el deber de verificar que las partes hayan demostrado su intención, y la calidad de las promesas intercambiadas con el fin de obligarse válidamente, cosa para lo cual el análisis de la observancia de las formas¹⁴¹ suple la necesidad del análisis del contenido de las obligaciones adquiridas, siempre que éstas no sean contrarias al derecho, la moral, o el orden público.

¹³⁶ Cass civ (3), marzo 2006; Bull civ I No. 88, JCP F 2006 Cartwright, Vogenauer y Whittaker, *Reforming the French Law of Obligations: Comparative Reflections on the Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription ('the Avant-projet Catala')*, p. 88.

¹³⁷ *Ibid.*, p. 77, citado por Stoyanov, *ob. cit.*, p. 258.

¹³⁸ *Ídem.*

¹³⁹ “Los acuerdos se hacen para ser cumplidos,” principio establecido por von Puffendorf en respuesta al principio restrictivo romano de *ex nudo pacto non oritur actio Boardman*, *Considering Consideration: a Critical and Comparative Analysis of the Doctrine of Consideration in the Anglo-Canadian Common Law*, citado por Boardman *ob. cit.*, p. 94.

¹⁴⁰ Como advertencia, esto no es cierto del todo, toda vez que hay institutos del derecho venezolano producto de la legislación judicial. Sobran ejemplos en el derecho laboral y administrativo, donde a falta de precisión legislativa, los tribunales se han visto en la necesidad de suplir la norma para poder resolver el caso o la controversia planteada en el mejor estilo anglosajón a través del proceso inductivo.

¹⁴¹ *E.g.* El medio escrito en el contrato, el documento escrito y auténtico en la donación, etc.

A los tribunales anglosajones, en cambio, tienen un poder mayor: ante todo sí les es dado el poder de crear derecho –y por ende legislar– tal y como vean necesario y conveniente para impartir su decisión con arreglo términos justos; no están sujetos al principio de *pacta sunt servanda*, y sólo deben verificar la mutualidad de las obligaciones a través del análisis de la existencia de la consideración dada por el prometido al promitente cuya carga, además, corresponde a las partes y no al tribunal.¹⁴²

Por otra lado ya los tratadistas alemanes de los siglos XVII y XVIII habían determinado que el concepto de *causa* de las obligaciones era obsoleto e innecesario, al punto de obviarlo en el proyecto del código civil alemán¹⁴³ de 1881 y sus subsiguientes versiones; el código civil de los Países Bajos abolió el elemento de la *causa* en su versión de 1992, y el la jurisprudencia francesas, luego de más de 200 años de desarrollo del concepto de la *causa*, terminaron por abolirla que el código civil francés de 2016,¹⁴⁴ dejando así huérfanos a los códigos civiles inspirados en el francés como el venezolano.

VIII. Conclusiones

1. La doctrina de la causa en el derecho venezolano es un vestigio histórico del derecho romano y canónico¹⁴⁵ mediante la cual se le pretende dar al juez poder para revisar la validez de los contratos en base a razones morales y de buenas costumbres, más allá de las razones legales que lo informarían.
2. La doctrina de la *causa* en el derecho venezolano difiere en la teoría y su aplicación práctica.

En teoría y según la ley, la doctrina venezolana de la causa –de pro genie francesa– sigue el criterio subjetivo de la causa según el cual las obligaciones en el contrato bilateral nacen de la intención de las partes al contratar.

La realidad legal es que los tribunales rara vez analizan la intención de las partes al obligarse: más bien, la práctica es que mientras que las partes hayan cumplido con las formalidades necesarias para la constitución de las obligaciones, éstas se considerarán válidamente adquiridas y por ende serán exigibles. Esta forma es análoga a la forma seguida por la tradición

¹⁴² Boardman, *ob. cit.*, p. 95.

¹⁴³ Bürgerliches Gesetzbuch o BGB.

¹⁴⁴ Decisión No. 2015-710 DC du 12 fevrier 2015.

¹⁴⁵ Lothar von Seuffert, *Zur Geschichte der Obligatorischen Verträge: Dogmengeschichtliche untersuchungen*, CH Beck, 1881, Liber Extra, I. 35, 143, p. 4, citado por Lorenzen, *ob. cit.*, p. 631. El derecho canónico consideraba el incumplimiento de una promesa, una mentira, y como tal un pecado sujeto a excomunión.

alemana devenida del BGB alemán¹⁴⁶ desde su primera versión de 1.881, y que ha tenido gran influencia en los códigos civiles de las jurisdicciones de tradición continental. Como tal, la tradición judicial no contempla a la causa como un elemento constitutivo de las obligaciones.

3. Considerando que la causa se presume, la validez de la obligación válidamente contraída también se presume y no es necesario aportar datos para verificar su validez y existencia, por lo que en la práctica no es un elemento que haya que verificar a la hora de constituir una obligación. Según Ulpiano “si no hay un motivo [causa], queda claro que no se puede crear una obligación en el mero contrato; es así que un nudo pacto no genera una obligación, sólo una defensa.”¹⁴⁷

En tal sentido se puede inferir, que el único valor práctico de la causa es de servir de una eventual defensa contra la exigibilidad de las obligaciones,¹⁴⁸ contra la exigibilidad de las obligaciones en los contratos, cosa que además, reviste de una gran complejidad probatoria por aquello de lo abstracto del tema, lo cual en la realidad lo convierte en un recurso impracticable.

4. Contrariamente a la tradición continental, donde las delaciones basadas en falta de causa son poco comunes, ello no es el caso en la tradición anglosajona, donde las demandas de nulidad de obligaciones por falta de consideración y por ende la inexistencia o inejecutabilidad de los contratos, es una delación común.
5. De replantearse legislativa, o jurisprudencialmente la causa de las obligaciones en los contratos bajo la óptica de la causa objetiva o abstracta, o su defecto, de la consideración, se estaría dando nuevas herramientas al operador jurídico para analizar la exigibilidad de las promesas y de las obligaciones en los contratos.
6. Tal vez la oportunidad es ya propicia para el legislador revisar la definición venezolana de causa, su utilidad y necesidades reales en el derecho de las obligaciones en base a los mismos criterios alemanes y franceses, con la consecuencia de muy posiblemente arribe a la misma conclusión: que el concepto tradicional de *causa* carece de contenido y utilidad en el derecho moderno.

¹⁴⁶ Bürgerliches Gesetzbuch.

¹⁴⁷ Digesto 2.14.7.4.

¹⁴⁸ Lorenzen, *ob. cit.* p. 624.

LA DOLARIZACIÓN DE LA ECONOMÍA Y LOS MECANISMOS DE AJUSTE DEL VALOR DE LAS OBLIGACIONES A LA LUZ DE LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA EN VENEZUELA

*Fred Aarons P.**

SUMARIO

I. Introducción. II. Marco de referencia. 1. Economía y Derecho. 2. Las leyes y las decisiones jurisdiccionales. 3. Criterios jurisprudenciales vinculantes en la materia aplicable y sus efectos. III. Los mecanismos de ajuste del valor de las obligaciones. 1. Las obligaciones en moneda extranjera. La moneda de curso legal como moneda de cuenta o de pago. Moneda de pago en obligaciones laborales. 2. Los intereses legales como mecanismo resarcitorio. 3. Los intereses derivados de las prestaciones sociales como deudas de valor. 4. La indexación o corrección monetaria. La integralidad del daño en materia de responsabilidad civil. Las obligaciones mercantiles. Actualización del valor de la moneda. La indexación como mecanismo de ajuste. Corrección monetaria en caso de daño moral. La indexación por daños y perjuicios. La Indexación en controversias de índole laboral. IV. Consecuencias legales-económicas y efectos. 1. Consecuencias legales y económicas de las sentencias del TSJ en relación con los mecanismos de ajuste de valor de las obligaciones. 2. Conclusiones. Referencias bibliográficas.

* Doctor en Ciencias, Mención Derecho, por la Universidad Central de Venezuela; Magister en Banca de Desarrollo, Concentración en Finanzas, por *American University*; Magister en Estudios Legales Internacionales, Concentración en Comercio Internacional y Banca, por *American University Washington College of Law*; y Abogado por la Universidad Católica Andrés Bello. Profesor del curso de Derecho, Economía y Regulación Financiera a nivel de Doctorado en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela y profesor de las cátedras de Mercados de Capitales Internacionales y Legislación Financiera venezolana a nivel de postgrado en la Maestría de Monedas e Instituciones Financieras de la Facultad de Ciencias Económicas y Sociales de la Universidad Central de Venezuela. Consultor Internacional en asuntos regulatorios, transacciones internacionales y desarrollo institucional. Árbitro y Mediador del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA) y del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas y acreditado ante otras instituciones internacionales de mediación y arbitraje.

I. Introducción

La moneda tiene una función económico-jurídica de trascendental importancia en el momento del vencimiento de las obligaciones que tienen por objeto una cantidad de dinero, puesto que ésta pierde el carácter abstracto que pudiera tener en el momento del nacimiento de la obligación como medida de valor de la prestación eventual para convertirse en un objeto físico con una configuración material apreciable. Es entonces cuando la moneda representa un medio de liberación del compromiso asumido, por cuanto la obligación en dinero tiene por finalidad lograr que el deudor entregue al acreedor una determinada o determinable cantidad del signo monetario estipulado según la validez que tenga el día en que se efectúa el pago. En consecuencia, la moneda específica que el deudor entrega en esa oportunidad al acreedor representa la satisfacción del compromiso asumido, la actualización de la prestación prometida.¹

La relevancia de un control cambiario viene determinada por sus características y por los requerimientos de divisas que pueden tener los particulares para uso de éstas como medio de pago. En el caso del control cambiario que estuvo vigente en Venezuela a partir del 5 de febrero de 2003 hasta el 7 de septiembre de 2018, éste se caracterizó principalmente por la venta de divisas por intermedio del Banco Central de Venezuela (“BCV”), lo cual generó que todo aquel que requiera disponer de divisas para utilizarlas como medio de pago, tuviera que acreditarlas mediante los mecanismos jurídicos establecidos según el ordenamiento cambiario aplicable en su momento.

De no haber necesidad de acceder a divisas como medio de pago, salvo por una circunstancia meramente especulativa de manipulación monetaria, en tal medida el costo social de no acceder a divisas habría sido menor, puesto que la actividad económica no dependería de la disponibilidad de divisas para promover desarrollo. Sin embargo, semejante ausencia de necesidad para acceder a divisas solo sería viable en una economía aisladamente considerada, lo cual es cada día menos posible ante la creciente globalización de las sociedades y la interrelación económica de estas entre sí.

Una vez establecida la necesidad de divisas, el hito siguiente en caso de control cambiario contemplaba que los particulares establecieran mecanismos de negociación que les permitiera acceder a tales divisas. La negociación de términos entre las partes implicaba determinar previamente la elegibilidad para obtener divisas de la negociación objetivo, en función de las normas aplicables. En la medida que la negociación fuera elegible para obtener divisas, en esa proporción pudo haberse alcanzado acuerdos dirigidos a utilizar divisas como medio de pago.

¹ Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Mercantil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y del Estado Miranda, Sentencia de fecha 15 de mayo de 1962, *Caso: Adriática Venezolana de Seguros, C.A.* Juez: Gonzalo Parra Aranguren, p. 4.

Si asumimos que se hizo efectivo el acceso a divisas, según los términos establecidos por la autoridad monetaria, se habría cumplido el hito de exigibilidad de las divisas objeto de autorización.

Asumiendo que el otorgamiento de divisas hubiera sido autorizado por la autoridad monetaria, era responsabilidad del Estado proporcionarlas efectivamente. Recaía en el Estado la responsabilidad ante el incumplimiento verificado. Por otra parte, si se hacía nugatorio el derecho de exigir jurídicamente las divisas autorizadas, los particulares tendrían que procurar las divisas legalmente por medios propios, o podrían tener nuevamente incentivos para acudir al mercado negro de divisas.

Todas las circunstancias descritas en relación con los hitos precedentes llegaron a verificarse con mayor o menor certeza. Además, se adicionaron las restricciones a la priorización de los sectores elegibles para acceder a las divisas otorgadas por el Estado y el establecimiento de tipos de cambio diferenciados en función de la actividad económica de que se tratara. Ello evidenció las limitaciones impuestas para acceder a divisas otorgadas por el Estado, lo cual contribuyó a socavar la eficiencia del sistema jurídico de otorgamiento de divisas al tipo de cambio oficial aplicable y promover el establecimiento simultáneo de mecanismos alternativos, independientemente de la legalidad de los mismos. La situación anterior alcanzó a agravarse por prevalecer un régimen sancionatorio desproporcionado, que provocó la pérdida de incentivos para cumplir las sanciones. (Aarons, 2017, p. 248 y ss.).

Los costos asociados con la limitada disposición de establecer un control cambiario como un medio fluido, eficiente y racional, pudo haber afectado adversamente el crecimiento económico de una nación. Como alternativa surgió la posibilidad de que una persona tuviera disposición a pagar más de lo requerido por tener mayor grado de libertad y la concretaría si tuviera más riqueza (Sola, 2013, p. 578).

Todos los hitos y las circunstancias antes descritas alcanzaron a cumplirse con un efecto adverso para una economía postrada por un control cambiario ineficiente y disfuncional que atentaba contra cualquier principio de institucionalidad y de constitucionalidad previsible. Tales ineficiencias contribuyeron al desmantelamiento por parte del Estado del control cambiario vigente hasta el 7 septiembre de 2018 y la proclamación por éste de la apertura cambiaria que ha devenido en una dolarización *de facto* de la economía venezolana.

A pesar de haber mantenido el control cambiario por más de quince años, el ritmo de inflación y los niveles de los ajustes cambiarios evidenciaron un comportamiento contrario al propósito inicial por el que fue implantado. Como consecuencia, el Ejecutivo nacional y el BCV estipularon el Convenio Cambiario número 1 de fecha 7 de septiembre de 2018, mediante el cual se dejó sin efecto el control cambiario prevaleciente a partir del 5 de febrero del 2003. Dicha medida ha contribuido a establecer una apertura cambiaria que ha inducido a una

progresiva dolarización de la economía venezolana, lo cual ha conllevado la adopción de medidas institucionales, de carácter legal, administrativo y jurisdiccional dirigidas a reconocer tal circunstancia. Desde la perspectiva institucional al Tribunal Supremo de Justicia le ha correspondido el establecimiento de criterios interpretativos de diferentes aspectos relacionados con la economía y el cumplimiento de obligaciones en moneda extranjera, razón por la cual hemos dedicado nuestra atención en esta oportunidad a recopilar y analizar, según corresponda, los planteamientos formulados por el Tribunal Supremo de Justicia en lo que concierne a los mecanismos de ajuste del valor de las obligaciones, con particular énfasis en las obligaciones en moneda extranjera, las deudas de valor y la corrección monetaria e indexación. Los planteamientos formulados por el Tribunal Supremo de Justicia sobre estos asuntos en particular han evidenciado la intención de uniformar criterios sobre dichos temas y así establecer pautas de políticas públicas ante los vacíos normativos existentes a partir de la terminación del control cambiario vigente a partir del año 2003 hasta el año 2018.

II. Marco de referencia

1. Economía y Derecho

La economía tiene una relevancia determinante en el estudio del Derecho y éste en la ejecución de las políticas públicas. La economía aportó una teoría científica para pronosticar los efectos de las sanciones de carácter legal sobre el comportamiento. Para los economistas las sanciones son equivalentes a los precios, razón por la cual, ante los aumentos de precios, los consumidores responden consumiendo menos del bien más caro. De forma equivalente, los individuos responden a las sanciones legales más severas realizando menos la actividad sancionada. Entonces, la economía ofrece una teoría del comportamiento para pronosticar cómo responderán los individuos ante las leyes (Cooter y Ulen, 2016, p. 16). Ello reviste importancia porque la repuesta de los individuos es determinante para promulgar, revisar, derogar e interpretar las leyes, y la misma estará en buena medida determinada por la eficiencia del precio o sanción establecida, es decir, en la medida que el costo de aplicar el precio o sanción sea mayor que el beneficio obtenido, en tal medida habrá menos incentivos por pagar el precio o cumplir la sanción. De allí radica la importancia de que las políticas públicas sean eficientes, dependiendo dicha eficiencia según el método aplicado para evaluar los efectos de las leyes en los valores sociales importantes (Cooter y Ulen, *Ibíd*, p. 17). Por otra parte, la economía pronostica los efectos de las leyes sobre la distribución del ingreso, la riqueza entre los grupos sociales. De allí que la meta sea identificar los beneficios, lo cual los abogados contribuyen al aumentar las ganancias de las empresas al dar su aporte en la ejecución de transacciones, atendiendo litigios y verificando el cumplimiento de las regulaciones existentes.

La necesidad de distribuir el ingreso eficientemente conlleva que se emplee el derecho privado como mecanismo de redistribución, mediante el derecho de propiedad, los contratos y los ilícitos culposos. Por ello, los tribunales tendrían la misión de redistribuir la riqueza en favor de aquellos que lo merezcan. Sin embargo, esa función redistributiva debe ser aplicada de forma racional, objetiva y transparente, y no necesariamente a través del derecho privado, con el fin de evitar la ausencia de certeza jurídica y arbitrariedades que resulten en la aplicación de políticas públicas sesgadas en favor de un grupo en particular de la sociedad y en detrimento de otros. Entonces, con base en la combinación de eficiencia y maximización de beneficios para las empresas, de manera agregada o integral se obtienen beneficios públicos. Bajo tales premisas podemos asegurar que un sistema legal adecuado permite la alineación o el balance entre el beneficio de las empresas que viene acompañado por el beneficio de los individuos, lo cual contribuye a beneficiar al público en general. Subsidiariamente, la eficiencia podría estar determinada por la asignación de riesgos no atendidos en una relación contractual, a quien pueda asumirlos al menor costo. En algunos casos, la eficiencia se alcanzará como consecuencia de la negociación y cooperación entre las partes vinculadas.

La interrelación entre el Derecho y la economía es tan profunda que el Derecho necesita a la economía para comprender sus consecuencias en el comportamiento, mientras que la economía necesita al Derecho para entender los fundamentos de los mercados (Cooter y Ulen, *Ibíd*, p. 25).

2. Las leyes y las decisiones jurisdiccionales

Toda ley, incluyendo las decisiones jurisdiccionales, tiene, si así se permite el símil; primero, un costo de producción; segundo, un costo administrativo de aplicación; tercero, un costo agregado de aplicación, ya sea vía creación de órganos, instrumentos, programas, introducción o ampliación de servicios públicos de justicia o de cualquier índole; cuarto, un precio que paga el ciudadano y la sociedad sobre cuyos patrimonios opera la norma, ya sea otorgando derechos, concediendo prerrogativas o potestades, imponiendo obligaciones o sanciones por infracción, violación o incumplimiento. Es decir, tiene costos y precios directos que siempre, y en forma ineludible, los debe pagar el ciudadano, ya sea por la vía de los impuestos o por la carga económica que debe egresar directamente de su patrimonio. De allí que los controles legislativo y jurisdiccional sean determinantes para asegurar su adecuada implementación en los ámbitos jurídicos y económicos. Tales controles institucionales son fundamentales en un sistema jurídico-institucional basado en el principio de separación de los poderes públicos.

El Derecho tiene una función social relevante, no solo para analizar incidencias de índole constitucional, histórica, contractual, administrativa, jurisdiccional, regulatoria y sancionatoria, entre otras, sino también para ponderar adecuadamente variables que contemplen criterios institucionales, de políticas públicas, económicos, sociales y éticos. De allí radica la importancia de los

aspectos tratados en este trabajo, que si bien no abarca la totalidad de aspectos afectados por la aplicación de un control cambiario vigente por más de 3 lustros, sí refleja una aproximación sistematizadora por parte del Tribunal Supremo de Justicia para ordenar el cumplimiento de las obligaciones en moneda extranjera, las deudas de valor y la aplicación de criterios relativos a la corrección monetaria y la indexación.²

3. Criterios jurisprudenciales vinculantes en la materia aplicable y sus efectos

Se está en presencia de un criterio jurisprudencial cuando existen dos o más sentencias con idéntica o análoga *ratio decidendi*. La reiteración y la uniformidad constituyen exigencias cardinales para la que algunas veces la jurisprudencia es vacilante y no se consolida. Por otra parte, en algunos supuestos excepcionales podría ser suficiente una sola sentencia, como, por ejemplo, cuando se produce un cambio de criterio mediante un razonamiento expreso y categórico o cuando se dirime por primera vez un asunto o cuando la falta de frecuencia de casos análogos no permiten la reiteración de la doctrina legal.

En todo caso, el nuevo criterio no debe ser aplicado a situaciones que se originaron o que produjeron sus efectos en el pasado sino a las situaciones que se

² En nuestro libro publicado en el año 2017, titulado *Contribuciones del Derecho para el Crecimiento Económico: Experiencias del Control Cambiario en Venezuela*, p. 216, señalábamos en dicha oportunidad que se podía anticipar que el éxito en la implementación de futuros convenios cambiarios, independientemente del esquema de asignación de divisas propuesto, estará determinado fundamentalmente por (i) la existencia de contrapesos institucionales que promuevan su aplicación de manera objetiva y transparente, (ii) la disponibilidad de certidumbre en los resultados económicos racionales que arroje el esquema de divisas que se promueva, (iii) la existencia de políticas públicas integrales idóneas que acompañen la implementación del esquema de divisas que se promueva, (iv) la disponibilidad de mecanismos de control que aseguren que el esquema propuesto tenga incidencia a favor de los diferentes estratos sociales, permitiendo la pertinente evaluación de sus eventuales beneficios, y (v) la aplicación de medidas que contrarresten los eventuales niveles de corrupción administrativa que pudieran alterar los resultados esperados. Por último, se debe evitar condiciones y requisitos cambiantes, mientras se debe asegurar la disponibilidad anticipada de una metodología adecuada para la adjudicación de divisas, así como la determinación previa de mecanismos para el seguimiento y evaluación de las operaciones efectuadas. El reto pendiente ahora en relación con la liberación cambiaria y la dolarización fáctica de la economía venezolana es adoptar políticas económicas que integren los aspectos relativos al control del gasto público, la adopción de una política cambiaria sustentable y la ejecución de una política monetaria racional que promueva crecimiento económico, de manera que se pueda configurar el entramado institucional y jurídico que otorgue certeza a los mecanismos cambiarios empleados para la celebración de múltiples negocios jurídicos al amparo de la libertad cambiaria planteada.

originen tras su establecimiento, con la finalidad de preservar la seguridad jurídica y evitar una grave alteración del conjunto de situaciones, derechos y expectativas nacidas del régimen en vigor para los momentos en que se produjeron los hechos.

Conforme lo expuesto, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha reiterado en múltiples fallos (ver sentencia número 3702 del 19 de diciembre 2003, caso Salvador de Jesús González Hernández entre otros) que la aplicación retroactiva de un criterio jurisprudencial iría en contra de la seguridad jurídica que debe procurarse en todo Estado de derecho. Por otra parte, debe deducirse que los cambios de los criterios jurisprudenciales se producen cuando el tribunal altera o modifica explícita o implícitamente la doctrina que había sentado con anterioridad. Sin embargo, es preciso señalar de que no todo abandono de un criterio anterior supone indefectiblemente un cambio de criterio jurisprudencial, ya que puede que el mismo tiene su origen en la inherencia de entresacar frases generales de las sentencias sin preocuparse del caso debatido o de limitarse al fallo sin conocer las verdaderas circunstancias del caso.

III. Los mecanismos de ajuste del valor de las obligaciones

1. Las obligaciones en moneda extranjera

El control cambiario que estuvo vigente a partir del año 2003 colocó en entredicho la posibilidad de ejecutar obligaciones en moneda extranjera, en medio de disposiciones legales y administrativas que imponían restricciones al respecto. En medio de todas esas restricciones, la Ley del BCV se mantuvo incólume al diferenciar circunstancias en las cuales la moneda de curso legal podía ser una moneda de cuenta o de pago, según las estipulaciones celebradas el efecto por las partes.

Ahora bajo un esquema de apertura cambiaria, le corresponde al Estado establecer pautas que promuevan certeza jurídica en la celebración de transacciones en moneda extranjera con el fin de asegurar la viabilidad en el tiempo de los esquemas transaccionales ejecutados al amparo de la libertad cambiaria planteada, inclusive en tiempos de dolarización *de facto*.

La moneda de curso legal como moneda de cuenta o de pago

El artículo 318 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela dispone que la unidad monetaria de la República Bolivariana de Venezuela es el bolívar.

El artículo 128 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley del BCV establece que los pagos “*estipulados en monedas extranjeras se cancelan, salvo convención especial, con la entrega de lo equivalente en moneda de curso legal, al tipo de cambio corriente en el lugar de la fecha de pago*”.

Las divisas son medios de pago en moneda extranjera, aunque discrepen en los distintos instrumentos específicos que pueden ser calificados como medios de pago a estos efectos, por tanto, divisas es la moneda extranjera referida a la unidad del país de que se trata, de manera que divisas y moneda extranjera se consideran sinónimos.

La facultad del deudor de pagar en forma alternativa, ya sea en moneda extranjera o ya sea en moneda local del lugar del pago, se encuentra validada en todas las legislaciones cuando la moneda extranjera haya sido empleada únicamente como moneda de cuenta. Esta alternativa encuentra su fundamentación, según lo preceptúa el Derecho comparado, en el interés del Estado de preferir su sistema monetario, de manera que la ciudadanía logre vincularse con su funcionamiento. El tratadista José Melich Orsini (Melich Orsini, 1993, p. 503) y el jurista James Otis Rodner (Otis Rodner, 1995, p. 561) contemplaron la posibilidad en la cláusula de valor moneda extranjera que el deudor se libere de su obligación entregando el equivalente en moneda de curso legal, que corresponde al cambio de la moneda extranjera para la fecha de pago, de modo que cuando se determine mediante experticia complementaria del fallo el monto exacto en bolívares que representa la divisa condenada a pagar, esta procurándose mantener el necesario equilibrio patrimonial que supone el cumplimiento de las obligaciones tal cual han sido pactadas, por lo que es incierto que por el hecho de que se actualice el monto en bolívares que representa la suma condenada en moneda extranjera se le esté dando al acreedor más de lo que le hubiere correspondido³. Por otra parte, se dice que un signo monetario tiene curso forzoso, desde la perspectiva jurídica, cuando la ley ordena que un signo monetario que tiene curso legal debe ser aceptado por las partes en los pagos, a pesar de toda convención en contrario.

En caso de obligaciones pecuniarias estipuladas en moneda extranjera, en forma simple, es decir sin ninguna previsión especial que obligue a utilizar tal moneda como único medio de pago, el deudor se libera pagando su equivalente en moneda de curso legal al tipo corriente en el lugar de la fecha de pago.

En cuanto a la moneda de curso legal, cabe aclarar que ésta se refiere a aquella que en un determinado país, al ser emitida por el órgano oficial, **tiene en principio poder liberatorio** de obligaciones válidamente contraídas, es decir, esa moneda dispuesta como de “curso legal” tendría que ser aceptada por el acreedor de toda obligación pecuniaria, pues precisamente una de sus funciones es poder liberar al deudor de sus obligaciones.

En este sentido, es preciso examinar los mecanismos de cumplimiento de las obligaciones cifradas en moneda extranjera. En efecto, debe distinguirse cuando

³ Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, Sentencia de fecha 13 de julio de 2000. Caso: Cerir, Centre D'Etudes Et de Realisations Industrielles Et Commerciales contra Alfarería Mecánica Charallave, C.A.

la obligación en divisa está expresada en moneda de cuenta (moneda alternativa) o como moneda de pago *strictu sensu*. En el primer caso, la moneda extranjera funciona como una moneda de cuenta, es decir, de modo referencial del valor de las obligaciones asumidas en un momento determinado; en el segundo caso, la moneda extranjera se fija como moneda efectiva y exclusiva de pago.

Cuando la moneda extranjera funciona como moneda de cuenta, implica que las partes la emplean como una fórmula de reajuste o estabilización de la obligación pecuniaria frente a eventuales variaciones del valor interno de la moneda de curso legal, que en nuestro caso es el bolívar. Así, el deudor de una obligación estipulada en moneda extranjera, en principio, se liberará entregando su equivalente en bolívares a la tasa corriente a la fecha de pago, precisamente tanto la moneda de cuenta como la moneda de curso legal están *in obligationem*, pero una sola de ellas está *in solutionem*, en consecuencia salvo que exista pacto especial o cláusula de pago efectivo en moneda extranjera, conforme lo dispone el *supra* artículo 128 de la mencionada Ley del BCV, el deudor se liberará de la obligación nominada en moneda extranjera mediante la entrega de su equivalente en bolívares a la tasa corriente en el lugar de la fecha de pago.

En todo caso, cabe agregar que en nuestro derecho interno existen algunas restricciones expresas de utilizar la moneda extranjera como moneda exclusiva de pago, como sucede con la Ley de Protección al Deudor Hipotecario, la Ley de Arrendamientos Inmobiliarios, la Ley de Arrendamiento Comercial -cuya disposición de prohibición de cobro de arrendamiento en divisas habría sido recientemente desaplicada por el Tribunal Supremo de Justicia-, el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Instituciones del Sector Bancario, entre otras.⁴

El control cambiario vigente en Venezuela a partir del año 2003 hasta el 2018 se circunscribió a la inconvertibilidad e intransferibilidad de la moneda, según los términos que determinó el BCV, de conformidad con el ordenamiento jurídico venezolano. Independientemente del alcance que las restricciones de inconvertibilidad e intransferibilidad de la moneda hubieran alcanzado según los términos del régimen de control cambiario, el artículo 128 de la Ley del BCV ha permanecido vigente, por lo se confirma que el bolívar no ha sido una moneda de curso forzoso, permitiendo de suyo que los particulares pacten contractualmente el pago de obligaciones en monedas extranjeras o “divisas”.⁵

⁴ Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, Sentencia No. 547, del 6 de agosto de 2012, caso: Empresa Smith Internacional de Venezuela, C.A. contra Empresa Pesca Barinas, C.A.

⁵ En el contexto del control cambiario vigente a partir del año 2003 hasta el año 2018, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia dictaminó con ocasión de la sentencia No. 1641 de fecha 2 de noviembre de 2011, relativa al caso: Oferta real Motorvenca vs. Banco de Venezuela, que había que tomar en consideración el *hecho del príncipe* evidenciado por las circunstancias y situaciones suscitadas como

Con base en lo anterior, se puede concluir que en caso de estipularse pago en moneda extranjera, el deudor, salvo convenio en contrario, debe entregar el equivalente en moneda de curso legal al cambio para la fecha del pago.

En la oportunidad que se promulgó el **Convenio Cambiario N° 1**, publicado en la Gaceta Oficial Extraordinaria N 6.405 de fecha 7 de septiembre de 2018, el BCV estipuló con el Ejecutivo Nacional un nuevo marco cambiario estableciendo la “**libre convertibilidad de la moneda en todo el territorio nacional**” por lo que a partir de esa fecha “*cesan las restricciones sobre las operaciones cambiarias*”. Sobre este particular, el artículo 8 del mencionado Convenio Cambiario N° 1 (2018), señala lo siguiente:

Artículo 8. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 128 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Banco Central de Venezuela, el pago de las obligaciones pactadas en moneda extranjera será efectuado en atención a lo siguiente:

a) Cuando la obligación haya sido pactada en moneda extranjera por las partes contratantes como moneda de cuenta, el pago podrá efectuarse en dicha moneda o en bolívares, al tipo de cambio vigente para la fecha del pago.

consecuencia de la implementación del control cambiario, todo ello con el fin de transformar la obligación con “*cláusula de pago efectivo en moneda extranjera*” en una obligación con “*cláusula de valor moneda extranjera*”, provocando dicha transformación que la moneda extranjera solo sea apreciada como moneda de cuenta, y por lo tanto, pagadera en su equivalente en moneda de curso legal. Como resultado de esta interpretación jurisprudencial de reiterada aplicación por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, el deudor no queda atado a pagar únicamente con la moneda extranjera, sino que tiene también la posibilidad de hacerlo con el equivalente en bolívares (moneda de curso legal) del monto indicado en moneda extranjera, calculado dicho equivalente a la tasa existente para el momento del pago. Esto en realidad, a decir de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sería la “*cláusula de valor moneda extranjera*”.

b) Cuando de la voluntad de las partes contratantes se evidencie que el pago de la obligación ha de realizarse en moneda extranjera, así se efectuará, aun cuando se haya pactado en vigencia de restricciones cambiarias.

c) El pacto de una obligación en moneda extranjera como moneda de pago únicamente se entenderá modificado cuando haya sido efectuado previo al establecimiento de restricciones cambiarias y siempre que estas impidan al deudor efectuar el pago en la forma convenida, caso en el cual el deudor se liberará procediendo como se indica en el literal a) del presente artículo.

Moneda de pago en obligaciones laborales

En materia de Derecho del trabajo, el artículo 123 de la Ley Orgánica del Trabajo, de los Trabajadores y de las Trabajadoras (“LOTTT”) prevé que el salario sea pagado con moneda de curso legal.

Al respecto, observamos que la intención del legislador es que el salario sea pagado en dinero -sea mediante la entrega de bolívares o en divisas- especialmente cuando se dispone de forma expresa que no se podrá pagar el salario en mercancías, vales, fichas o cualquier otro signo representativo con que quiera sustituirse la moneda.

Siendo el bolívar la moneda de curso legal (dinero), como lo refiere el artículo 123 de la LOTTT, no se permite el pago del salario en mercancías, vales, fichas o cualquier otro signo representativo con que quiera sustituirse la moneda; debiendo ser pagado en dinero efectivo, o mediante cheque bancario o por depósito en entidad de ahorro y préstamo u otra institución bancaria; **más el bolívar no es de curso forzoso entre particulares**, lo que permite que el salario, como remuneración, provecho o ventaja por los servicios prestados, pueda acordarse por las partes en todo o en parte en moneda extranjera como compensación por el servicio efectuado y forma de mantener el poder adquisitivo del salario, reflejándolo en el recibo de pago del trabajador (artículo 106 LOTTT), en el entendido, que el salario debe ser suficiente para satisfacer las necesidades materiales, morales e intelectuales del trabajador y de su familia, en relación con la actividad cumplida (artículo 111 LOTTT).¹

Se acepta el pago del salario en moneda extranjera por convención especial y a la luz del nuevo marco cambiario, conforme a lo previsto en el artículo 128 mencionado concatenado con el Decreto Constituyente (2 de agosto de 2018) y el Convenio Cambiario N° 1, en su literal b), del artículo 8 mencionado y; en caso de pactarse lo devengado en salario en moneda extranjera como moneda de

¹ Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, Sentencia No. 36, del 15 de marzo de 2022, caso: Diógenes Castro y otros contra Baker Hughes de Venezuela, S.C.P.A. (antes BJ Services de Venezuela, C.C.P.A.).

cuenta, se permite que el patrono pueda liberarse de su obligación efectuando el pago en dicha moneda o en bolívares, atendiendo al literal a) del artículo 8 del vigente Convenio Cambiario N° 1 (7 de septiembre de 2018).

Puede ocurrir *a)* que al pactarse el salario total o en parte en divisas en forma inequívoca como moneda de pago, puedan también las partes pactar o convenir - artículo 128 de la LBCV- que la liquidación de los beneficios laborales sea pagada en esa moneda extranjera (prestaciones sociales acreditada en la contabilidad - artículo 129 del DLBCV- o fideicomiso en un banco que permita esa modalidad, bono vacacional y utilidades), permitido así el pago en esa moneda bajo el nuevo esquema cambiario -literal b) del artículo 8 del Convenio Cambiario N° 1 (7 de septiembre de 2018)- o; *b)* en el caso que se pacte el salario total o parcial en moneda extranjera como moneda de pago pero sin darse por las partes el convenio o pacto del pago en esa moneda por los referidos beneficios laborales sino como moneda de cuenta -como ocurrió en los casos de la Sala citados *supra*-, se ordene su cálculo y pago en bolívares, pudiendo el patrono seleccionar realizar el pago del monto total en esos bolívares o en moneda extranjera -literal a) del artículo 8 del Convenio Cambiario N° 1 (7 de septiembre de 2018)-; asimismo, *c)* en el caso que el salario en divisas sea pagado como moneda de cambio, impactando de esta forma los conceptos laborales (prestaciones sociales -depositadas en fideicomiso en bolívares-, bono vacacional y utilidades), estos se calculen y ordenen a pagar con ese salario como moneda de cuenta en bolívares, pudiendo el deudor liberarse de la obligación con el pago en el equivalente oficial en moneda extranjera al momento que deba efectuar el pago efectivo -literal a) del artículo 8 del Convenio Cambiario N° 1 (7 de septiembre de 2018)-.²

2. Los intereses legales como mecanismo resarcitorio

Los intereses moratorios tienen por causa el retardo culposo en el cumplimiento de una obligación de pago, cuando se habla de mora del deudor se refiere al retardo culposo de una obligación pecuniaria que constituye *per se* un daño, en los términos del artículo 1.264 del Código Civil.

Así, el artículo 1.264 debe ser cuidadosamente examinado con el artículo 1.277 *eiusdem*, contenido en el capítulo de los efectos de las obligaciones en general, el cual dispone: “...*A falta de convenio en las obligaciones que tienen por objeto una cantidad de dinero, los daños y perjuicios resultantes del retardo en el cumplimiento consisten siempre en el pago del interés legal, salvo disposiciones especiales*”.

Como puede observarse de lo anterior, la finalidad de la norma es procurar la liquidación legal del daño que sufre el acreedor de una suma de dinero, a causa del incumplimiento moroso de su deudor.

² Sentencia caso: Diógenes Castro y otros contra Baker Hughes de Venezuela, S.C.P.A. (antes BJ Services de Venezuela, C.C.P.A.), cit.

Cabe destacar, que tal disposición constituye el sustento o fundamento de los intereses moratorios en nuestra legislación, pues tales intereses no detentan otra naturaleza que no sea resarcitoria.³

3. Los intereses derivados de las prestaciones sociales como deudas de valor

En seguimiento de lo preceptuado en el artículo 92 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela:

Todos los trabajadores y trabajadoras tienen derecho a prestaciones sociales que les recompensen la antigüedad del servicio y los amparen en caso de cesantía. El salario y las prestaciones sociales son créditos laborales de exigibilidad inmediata. Toda mora en su pago genera intereses, los cuales constituyen deudas de valor y gozarán de los mismos privilegios y garantías de la deuda principal.

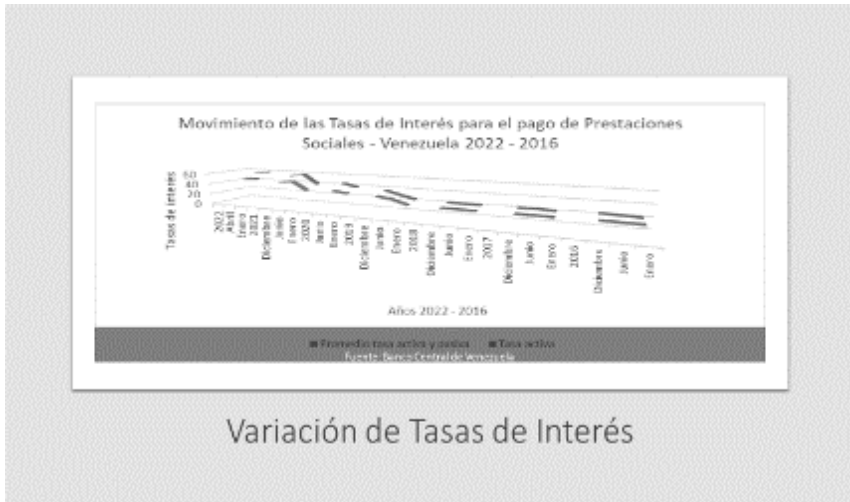
El riesgo de las fluctuaciones del valor monetario corre por cuenta del deudor, lo que también condiciona la necesaria inmediatez en el pago de las obligaciones laborales.

Los intereses moratorios no son más que la consecuencia de la falta de pago oportuno, del retardo o la mora en la cual incurre el patrono en pagar al trabajador sus prestaciones sociales, al finalizar la relación laboral, dado el uso por el empleador de un capital perteneciente al trabajador, el cual generará intereses a favor de éste, los que se calcularán a la tasa fijada por el BCV.⁴

Estos intereses no deben ser confundidos con los intereses devengados por las cantidades acumuladas por la prestación de antigüedad, que establece que de forma mensual y definitiva deben ser liquidados y depositados al trabajador en un fideicomiso individual o en la contabilidad de la empresa y que le deberán ser entregados anualmente y al término de la relación de trabajo lo que por ello se adeudare.

³ Sentencia No. 547, caso: Empresa Smith Internacional de Venezuela, C.A. contra Empresa Pesca Barinas, C.A., cit.

⁴ Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, Sentencia No. 1.841, de fecha 11 de noviembre de 2008, caso Maldifassi & Cia, C.A.



Según se dispone en el artículo 143 de la LOTTT, los depósitos trimestrales y anuales de las prestaciones sociales, se pueden efectuar en un fideicomiso individual o en un Fondo de Prestaciones Sociales a nombre del trabajador o pueden ser acreditados en la contabilidad de la empresa donde trabaja, siempre que el trabajador o empleado lo haya autorizado por escrito. Los depósitos por garantía de prestaciones sociales devengarán intereses al rendimiento del fideicomiso o el Fondo de Prestaciones Sociales a la tasa que den estos instrumentos financieros, pero si queda en la contabilidad de la empresa por autorización del trabajador, devengarán intereses a la tasa promedio entre la tasa pasiva y la tasa activa determinada por el BCV. Si el patrono no cumple con los depósitos establecidos, estos devengarán intereses a la tasa activa establecida por el BCV.

Siendo que la obligación principal se encuentra en moneda extranjera; sin embargo, las tasas de interés publicadas por el BCV están establecidas solo en bolívares, se procederá a efectuar el cálculo de los intereses de mora convirtiendo la deuda a bolívares a la tasa oficial para el momento que tenga lugar el pago, monto al cual le aplicará las tasas de interés, desde la fecha mencionada *supra*, a fin de obtener el monto total a pagar en bolívares. En aplicación del artículo 8 literal a) del vigente Convenio Cambiario N° 1 (2018) emanado del BCV citado *supra*, del monto total arrojado por los intereses de mora, la parte demandada en la oportunidad de la ejecución podrá efectuar el pago en moneda extranjera, al cambio oficial fijado por el BCV al momento del pago efectivo, monto equivalente a reflejar también en la experticia.⁵

⁵ Sentencia caso: Diógenes Castro y otros contra Baker Hughes de Venezuela, S.C.P.A. (antes BJ Services de Venezuela, C.C.P.A.), cit.

En virtud de lo anterior, nada impide al patrono calcular en bolívares y efectuar el pago en divisas de los intereses sobre la cantidad acumulada por la prestación de antigüedad, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 128 de la ley del BCV y el artículo 8 del convenio cambiario número 1 de fecha 7 de septiembre de 2018. Desaplicar el pago de los intereses calculados según la determinación del BCV sobre la prestación de antigüedad implicaría una violación al principio de confianza legítima y de seguridad jurídica toda vez que se habría negado la procedencia de las prestaciones sociales y demás beneficios de rango constitucional.

En consecuencia, el patrono mal podría pretender –bajo la excusa de supuesto error como causal de vicio de su consentimiento- desentenderse de los acuerdos o estipulaciones que pudiera haber alcanzado con los trabajadores en relación con la aplicación del pago de intereses sobre la prestación de antigüedad, aun siendo éstos calculados en divisas.

4. La indexación o corrección monetaria

En relación con la indexación o corrección monetaria es necesario precisar que indexar es la acción encaminada a actualizar el valor del daño sufrido al momento de ordenar su liquidación, corrigiendo así, la pérdida del poder adquisitivo de la moneda por su envilecimiento como efecto de los fenómenos inflacionarios, es decir, adecuar el monto reclamado al costo de la vida al tiempo en que efectivamente es liquidado, por ello, algunos lo denominan corrección monetaria, pues implica actualizar el monto requerido según determinados índices, básicamente índices inflacionarios.

El reajuste al nuevo valor del dólar y la indexación, ambos son mecanismos **de ajuste** del valor de la obligación para la oportunidad de pago, a diferencia de los intereses legales cuya naturaleza es resarcitoria, por lo que al tener la misma causa y fin –reajuste del valor de la moneda e indexación-, esto es: el **ajuste** de las cantidades reclamadas para el momento en que se dicta la sentencia y se condena al pago, uno por la variación del dólar y el otro por el retardo procesal, la aplicación de uno excluye al otro. Por tanto, si se ajusta la cantidad al nuevo valor del dólar para el momento de la condena de pago, se restablece -a decir del Tribunal Supremo de Justicia- el equilibrio económico para esa oportunidad y, por ende, no podría proceder la indexación. Lo mismo, al contrario, si el juez acuerda la corrección monetaria del monto en bolívares estimado en la demanda, no procedería el ajuste al nuevo valor del dólar, por cuanto como -se explicó- uno excluye al otro.⁶

⁶ Sentencia No. 547, caso: Empresa Smith Internacional de Venezuela, C.A. contra Empresa Pesca Barinas, cit.

Sobre el particular, resulta fundamental citar el criterio asentado por la Sala Constitucional, mediante la sentencia de fecha 28 de abril de 2009, caso: recurso de revisión de Giancarlo Virtoli Billi, en cuya oportunidad estableció lo siguiente:

“...El poder adquisitivo de la moneda es algo inherente o intrínseco a ella, representa su real valor y como tal no tiene que ver ni con daños y perjuicios, ni con intereses devengados o por vencerse, ya que la indemnización de daños y perjuicios se calcula para la fecha de su liquidación judicial, con el valor que tenga para esa fecha, y la tasa de interés -con sus posibles fluctuaciones- nada tiene que ver con el valor real de la moneda.

...Omissis...

A juicio de esta Sala, la inflación per se como fenómeno económico, no es un hecho notorio, ni una máxima de experiencia; ella a su vez difiere de los estados especulativos, o de los vaivenes transitorios de los precios, y, repite la Sala, **su existencia debe ser reconocida por los organismos económicos oficiales competentes para ello, y cuando ello sucede es que la inflación se considera un hecho notorio.**

Una vez determinada la existencia del estado inflacionario, conocer su índice es también un problema técnico que debe ser señalado por los organismos que manejan las variables económicas y que por tanto puedan precisarlo. No se trata de un problema empírico que puede ser reconocido aduciendo que se trata de un hecho notorio, lo que no es cierto, ya que atiende a un concepto económico; ni que se conoce como máxima de experiencia común, ya que su reconocimiento y alcance es una cuestión técnica.

...Omissis...

El efecto inflacionario radica en que la moneda pierde su poder adquisitivo, lo que como ya lo apuntó la Sala, es un valor intrínseco de ella... y por tanto surge la pregunta sí quien pretende el pago de una acreencia debe invocar o no expresamente se le indexe judicialmente la suma reclamada...dando por sentado que en un Estado social de derecho y de justicia (artículo 2 Constitucional) resulta lesivo que durante la época inflacionaria impere el artículo 1.737 del Código Civil, el cual establece la entrega de valor monetario numéricamente expresado para la acreencia, antes que el pago en dinero del valor ajustado (justo) que resulte de la inflación existente para el momento del pago.

...Omissis...

...cuando las prestaciones demandadas no están interrelacionadas con nociones de orden público o de interés social, sino que la pretensión versa sobre derechos subjetivos de los accionantes, a quienes la ley (el Código de Procedimiento Civil), les exige señale los límites de la *litis* tanto en lo fáctico

como en el objeto de la pretensión, considera la Sala que la indexación debe ser solicitada por quien incoa el cobro, ya que como disposición de un derecho subjetivo, podría el accionante contentarse en recibir la misma cantidad a que tenía derecho para la fecha del vencimiento de la obligación insoluta o para antes de la demanda.

...**Omissis**...

A juicio de esta Sala, quien pretende que su contraparte sea condenada, tomando en cuenta la indexación, debe pedirlo en autos expresamente, ya que a pesar de que puede en ciertas materias operar de pleno derecho (asuntos de orden público o interés social), tal ajuste responde a un derecho subjetivo de quien lo pretende, el cual no puede ser suplido por el juez, máxime cuando la ley (como luego se apunta en este fallo) trae un régimen de condenas que no es uniforme, y que por tanto exige peticiones para su aplicación.

Resulta injusto, que el acreedor reciba años después del vencimiento, el monto exigible de la acreencia en dinero devaluado, lo que lo empobrece y enriquece al deudor; a menos que exista por parte del acreedor una renuncia a tal ajuste indexado, la cual puede ser tácita o expresa, cuando la convención no contiene una cláusula escalatoria de valor.”

Del criterio jurisprudencial parcialmente transcrito se observa lo siguiente: 1) **el poder adquisitivo de la moneda** es algo inherente a ella, **no tiene que ver ni con daños y perjuicios, ni con intereses devengados o por vencerse**, ya que la indemnización de daños y perjuicios se calcula para la fecha de su liquidación judicial, con el valor que tenga para esa fecha, y la tasa de interés -con sus posibles fluctuaciones; asimismo, 2) **la inflación *per se* no es un hecho notorio ni una máxima de experiencia, por cuanto el mismo se erige como hecho notorio cuando es reconocido por los organismos económicos oficiales competentes**, pues se trata de un asunto eminentemente técnico; 3) en el caso de que las prestaciones demandadas no están interrelacionadas con nociones de orden público o de interés social, pueden las partes solicitar dentro de los límites de la *litis* tanto en lo fáctico como en el objeto de la pretensión, la indexación, y no acordarla si ha sido válidamente invocada implicaría seria lesión a los valores y principios que propugna el artículo 2 de nuestra Carta Fundamental, como lo son la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad y en general, la preeminencia de los derechos humanos.

La integralidad del daño en materia de responsabilidad civil

Por otra parte, vale destacar que, en materia de responsabilidad civil en general, rige el principio de la integralidad del daño respecto al agente, esto quiere decir que, la suma pecuniaria que debe pagar el deudor al acreedor para restablecer el equilibrio patrimonial alterado por el acto dañoso, debe ser exactamente proporcional a la medida del correspondiente daño.

Las obligaciones mercantiles

El principio de integralidad del daño respecto al agente es de particular observancia en el ámbito de las obligaciones mercantiles, en donde las exigencias del crédito comercial, la firmeza de los negocios de esta índole, la repercusión inevitable que el incumplimiento por parte de un contratante tiene sobre la cadena de los mismos, demandan que las obligaciones se cumplan conforme a lo pactado. Por lo tanto, la depreciación de la moneda constituye un hecho previsible y que ante un incumplimiento culposo por parte del deudor agrava aún más la situación del acreedor.

También, cabe añadir que la doctrina advierte que, en el Código de Comercio, no existe una regla como la establecida en el artículo 1.277 del Código Civil, que consagra una presunción absoluta, pues como señala, a falta de convención, en las obligaciones que tiene por objeto cantidades de dinero, los daños y perjuicios resultantes del retardo en el cumplimiento **consisten siempre** en el pago del interés legal. Por lo tanto, cuando se habla de resarcir significa reponer al acreedor en la situación patrimonial en la cual se habría encontrado si el cumplimiento de la obligación se hubiere producido en tiempo oportuno. En consecuencia, si el deudor retuvo cantidades de dinero legítimamente debidas, obteniendo un provecho injustificado y destruyendo con su conducta el debido equilibrio económico, debe reparar tal situación.

Actualización del valor de la moneda

Cuando se hace referencia a la indexación judicial, el elemento a considerar no es la mora sino la actualización del valor de la moneda, que se ha depreciado por el transcurso del tiempo, por tanto resulta innegable que la obligación de pago de sumas de dinero por contraprestación de servicios que esté diferida en el tiempo, puede quedar afectada en cuanto a su valor por efecto de la inflación. La inflación requiere que haya transcurrido el factor objetivo “tiempo”. Además, debe tomarse en consideración que existen obligaciones en riesgo evidente a sufrir tales efectos, como ocurre con las obligaciones mercantiles de ejecución diferida o de tracto sucesivo –verbigracia el arrendamiento–.

Al respecto del tema del ajuste por inflación mediante la indexación judicial, específicamente por retardo procesal como presupuesto para concederlo, representa un tema que no resulta extraño para esta Sala, pues mediante sentencia de fecha 17 de marzo de 1993, caso: Camillius Lomerell contra Machinery Care y otros se consideró que *“...La justificación del método de la indexación judicial está en el deber que tiene el Juez de la acción indemnizatoria, que la víctima obtenga la reparación real y objetiva del daño sufrido...Como puede observarse, la doctrina de la Sala de Casación Civil ha establecido que la indexación judicial permite el reajuste del valor monetario y evita el mayor perjuicio al acreedor, por efecto del retardo procesal... el correctivo que la indexación concede, es por el retardo en el proceso, y por ello, no puede amparar situaciones previas a este último”*.

Posteriormente, la Sala mediante sentencia de fecha 19 de junio de 1996, caso: Maghlebe Landaeta Bermúdez contra Compañía Anónima de Seguros La Previsora insistió en el fenómeno de la inflación como asunto de orden fáctico y no de derecho, respecto de lo cual los sentenciadores no podían permanecer al margen de sus efectos.

Así, más recientemente los criterios antes mencionados han sido recogidos por la Sala, mediante sentencias de fechas: 2 de noviembre de 2001, caso: Antonio Ortíz Landaeta y otros; 27 de abril de 2004, caso: Michel Christian Gaslonde Willemin contra Bernardo Antonio Cubillán; 4 de febrero de 2009 caso Julio César Trujillo Sanoja contra María Elena Salas; 8 de mayo de 2009, caso: Antonio Diprizio Saliano contra Victoriano Santos, entre otras, lo cual evidencia que el criterio reiterado de la Sala -independientemente de las disímiles opiniones en torno a la oportunidad en la cual deba ser solicitada la indexación cuando se refiera a derechos disponibles-, ha sido que la indexación es “...*el correctivo inflacionario que el juez concede a los efectos de evitar el perjuicio por la desvalorización del signo monetario durante el transcurso del proceso...*”.

La Sala en sentencia de fecha 1 de marzo de 2010, caso Fabio Valerio Qualizza Bisi contra Asiscla Hernández viuda de Lorenzo, expresó que la indexación representaba un asunto vinculado al retardo procesal o retardo en el cumplimiento, que no sólo puede ser inducido por el deudor sino por el acreedor “...*cuando abusando de su derecho –de crédito- no demanda en tiempo prudencial, sino que persigue ‘engordar’ su acreencia... Debe quedar a criterio del juez, ponderar si el acreedor está o no abusando de sus derechos, y si no lo está, ordenar el ajuste monetario de las cantidades ya pagadas, en vista de que en materia de daños y perjuicios, éstos se liquidan para el momento del pago, por el valor real que en esa época tiene, y que es lo que verdaderamente indemniza...*”.

Por consiguiente, de ninguna manera puede permitir –previa solicitud de la indexación-, que una vez que se active el aparato jurisdiccional y se soliciten pagos de sumas de dinero, la pretensión del actor en este sentido quede restringida a los intereses de mora, obviando el efecto del paso de tiempo sobre sumas de capital debidas, pues esto sería tanto como tolerar que se emplee al sistema de justicia para retardar aún más el pago de obligaciones adeudadas, retener cantidades legítimas que suponen ser reinvertidas en virtud de la dinámica comercial de las partes, y consentir luego de verificarse la mora, la devolución de dinero devaluado.

Por estas razones, si la indexación es solicitada con ocasión de pretensiones de derechos disponibles de las partes que haga necesario restablecer el equilibrio económico roto acordando el ajuste válidamente solicitado, a los efectos de que el deudor pague las cantidades debidas en su equivalente valor para el momento del pago definitivo, la misma debe ser acordada tal como lo dispone la regla general de las obligaciones según la cual, éstas “...*deben cumplirse exactamente*

como han sido contraídas...”. Sobre el particular, cabe referirse a la sentencia de fecha 5 de abril de 2011, dictada por esta Sala en el caso Carlos Luis Hernández Parra contra Monagas Plaza C.A., en cuya oportunidad estableció lo siguiente: “...la inflación o pérdida del valor adquisitivo de la moneda como presupuesto de la indexación judicial, constituye un asunto técnico que debe verificarse por los órganos competentes, y que resulta inherente a la obligación principal y sólo a ella; de ninguna manera comporta una obligación accesoria susceptible de confundirse con los daños y perjuicios, los cuales como se expresó anteriormente detentan una naturaleza fundamentalmente resarcitoria. Por tanto, la referida Sala de cara a la realidad social, estableció que resultaba “...injusto, que el acreedor reciba años después del vencimiento, el monto exigible de la acreencia en dinero devaluado, lo que lo empobrece y enriquece al deudor...”, a menos que exista convención en contrario.

La indexación como mecanismo de ajuste

Cabe analizar la indexación cuando es solicitada para restablecer el equilibrio económico alterado por el aumento o disminución en el poder adquisitivo de la moneda durante el transcurso del proceso. Esta es una situación bien particular en la cual el **AJUSTE** tiene por única causa y justificación el retardo por el transcurso del proceso, pues frente a la negativa del deudor de cumplir la obligación del pago, el acreedor acude al proceso para obtener una sentencia condenatoria y, por ende, la satisfacción de su acreencia, siendo la indexación el correctivo del que dispone el demandante para obtener el AJUSTE de la cantidad reclamada, la cual puede verse disminuida con motivo de fenómenos inflacionarios ocurridos durante el transcurso del tiempo que implique obtener la sentencia condenatoria, lo cual evidencia que la indexación en ese supuesto no persigue **INDEMNIZAR SINO AJUSTAR** los montos para restablecer el equilibrio económico entre las partes en el proceso...”. (Negrillas y subrayado de la sentencia).

Del criterio parcialmente transcrito y que en esta oportunidad se reitera, la indexación solicitada persigue restablecer el equilibrio económico alterado por el aumento o disminución en el poder adquisitivo de la moneda durante el transcurso del proceso. Así, el ajuste o corrección monetaria tiene por única causa y justificación el retardo por el transcurso de este último, pues frente a la negativa del deudor de cumplir la obligación del pago, el acreedor acude al proceso para obtener una sentencia condenatoria y, por ende, la satisfacción de su acreencia, siendo la indexación el correctivo del que dispone el demandante para obtener el ajuste de la cantidad reclamada.⁷

El reajuste al nuevo valor del dólar y la indexación, ambos son mecanismos de ajuste del valor de la obligación para la oportunidad de pago, a diferencia de los intereses legales cuya naturaleza es resarcitoria, por lo que al tener la misma causa y fin –reajuste del valor de la moneda e indexación-, esto es: el ajuste de

⁷ Sentencia No. 547 caso: Empresa Smith Internacional de Venezuela, C.A, cit.

las cantidades reclamadas para el momento en que se dicta la sentencia y se condena al pago, uno por la variación del dólar y el otro por el retardo procesal, la aplicación de uno excluye al otro. Por tanto, si se ajusta la cantidad al nuevo valor del dólar para el momento de la condena de pago, se restablece el equilibrio económico para esa oportunidad y, por ende, no podría proceder la indexación. Lo mismo al contrario, si el juez acuerda la corrección monetaria del monto en bolívares estimado en la demanda, no procedería el ajuste al nuevo valor del dólar, por cuanto como -se explicó- uno excluye al otro. (*Vid.* Sentencia N° RC-000547, de fecha 6 de agosto de 2012, expediente N° 12-134, caso: Empresa Smith Internacional de Venezuela, C.A., contra Empresa Pesca Barina, C.A.).⁸

Corrección monetaria en caso de daño moral

Por otra parte, cabe igualmente destacar que la doctrina y la jurisprudencia niegan la corrección monetaria en toda **pretensión de daño moral**. Así en Sentencia N° 6, del 12 de noviembre de 2002, expediente N° 00-985, caso Víctor José Colina Arenas contra Raúl Aldemar Salas Rodríguez, se estableció lo siguiente:

“(…) En relación con ello, la Sala establece que el método indexatorio permite ajustar el monto de la indemnización en consideración a la desvalorización monetaria ocurrida desde la fecha en que se presenta la demanda, hasta que se dicta la sentencia o se materializa su ejecución. La indemnización por daño moral es fijada por el juez en el momento de dictar sentencia y, por tanto, ese es el valor actual de dicho daño y no procede reajuste alguno con motivo de la pérdida del valor sufrido por la moneda desde la fecha en que se propuso la demanda hasta aquella en que es dictada la sentencia que calcula el daño moral.

Aunado a ello, resta precisar que el ajuste monetario por devaluación de la moneda se calcula mediante experticia complementaria del fallo, y en relación con ello el artículo 250 del Código de Procedimiento Civil, prevé que dicha experticia no es aplicable para determinar el monto de la reparación del daño moral, cuya indemnización puede acordar el juez de conformidad con el artículo 1.196 del Código Civil...”. (Negrillas de la Sala).⁹

Asimismo, ha sido criterio reiterado de este Alto Tribunal que el valor del dólar y la indexación, ambos comportan mecanismos de ajuste del valor de la obligación para la oportunidad del pago, por tanto, si se ajusta la cantidad al nuevo valor del dólar para el momento de la condena de pago, se restablece el equilibrio

⁸ Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, Sentencia No. 491 del 5 de agosto de 2016, caso: Grazia Tornatore de Morreale y otro contra Zurich Seguros, S.A.

⁹ Sentencia caso: Grazia Tornatore de Morreale y otro, cit.

económico para esa oportunidad y, por ende, no podría proceder la indexación (ver en ese sentido sentencias 547/2012 y 491/2016, ambas de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia).¹⁰

La indexación por daños y perjuicios

Adicionalmente, se tiene que en cuanto a la indexación en materia de daños y perjuicios contractuales y extracontractuales, por ejemplo, el daño emergente y el lucro cesante se liquidan efectivamente para el momento del pago y por tanto sobre los mismos no es admisible la indexación. (Ver en ese sentido sentencias de la Sala Constitucional números 576/2006 y 58/2014).

A mayor abundamiento la indexación tampoco puede tener lugar con relación a los daños morales, ya que ellos los determina el juez también para el momento del fallo, situación que resulta doctrina vinculante de esta Sala reflejada entre otras, en las decisiones *supra* indicadas.

La Indexación en controversias de índole laboral

La Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia ha asumido como suyo el criterio sostenido por la Sala Constitucional en decisión N° 2.191 de fecha 06 de diciembre de 2006 cuando dejó establecido en sentencia propia¹¹ que la indexación -o ajuste inflacionario- opera en virtud del incumplimiento o retardo en el que incurre una de las partes que se ha comprometido en una obligación, de modo que la indexación comporta una justa indemnización capaz de reparar la pérdida material sufrida y compensar el daño soportado, con la finalidad de que la tardanza en el cumplimiento no comporte una disminución en el patrimonio del acreedor. Dispone también este máximo órgano jurisdiccional que, en consecuencia, y salvo que la ley diga lo contrario, quien pretenda cobrar una acreencia y no reciba el pago al momento del vencimiento de la obligación, **tiene derecho a recibir el pago en proporción al poder adquisitivo que tiene la moneda para la fecha efectiva del mismo**, y que sólo así, recupera lo que le correspondía recibir cuando se venció la obligación y ella se hizo exigible. (S/C 20-03-06 N° 576).

Por otra parte, ratifica la Sala de Casación Social, el discurrir histórico de esta institución dentro de la jurisprudencia patria, y a tal efecto reproduce, las consideraciones formuladas en tal sentido, en decisión N° 595 de fecha 22 de marzo de 2007, que a su vez, ratifica la sentencia N° 111 de fecha 11 de marzo de 2005, en la cual se dispuso que la corrección monetaria en los juicios laborales que tengan por objeto la cancelación de las prestaciones sociales de los trabajadores, es declarada materia de orden público social, esto, según lo estimado por la Sala de Casación Civil de la extinta Corte Suprema de Justicia, en sentencia

¹⁰ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, Sentencia No. 628 del 11 de noviembre de 2021.

¹¹ Sentencia caso: Maldifassi & Cia. C.A, cit.

de fecha 17 de marzo de 1993 (Camillius Lamorell contra Machinery Care y otro), en la cual se apuntó que el ajuste monetario podía ser acordado de oficio por el Juez, aun sin haber sido solicitado por el interesado, con fundamento en la noción de irrenunciabilidad de las disposiciones y normas que favorezcan a los trabajadores, y basado en que la restitución del valor de las obligaciones de dinero al que poseía para la fecha de la demanda, no es conceder más de lo pedido, sino conceder exactamente lo solicitado, teniendo en cuenta que **el trabajador tiene el derecho irrenunciable a la prestación no disminuida por la depreciación cambiaria**. Cabe destacar que esta depreciación cambiaria pudiera ser en relación con la moneda de curso legal o con la divisa que haya sido estipulada como medio de pago de la obligación laboral.

Debe agregarse aquí otro razonamiento jurisprudencial de la Sala de Casación Social, y es que cuando el trabajador demanda asume por hecho que, de tener la razón, recibirá nominal y materialmente el monto que se le adeuda, por lo que cuando no se respeta el verdadero valor monetario de la controversia se transgrede el principio de protección de la confianza legítima, arraigado en otro principio cardinal para el Estado de Derecho: el de seguridad jurídica, y se favorece el enriquecimiento sin causa del patrono.

El artículo 185 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo establece que cuando el demandado no cumpliera voluntariamente con la sentencia, procederá el pago de intereses de mora sobre las BCV para los intereses sobre prestaciones sociales y correrán desde la fecha del decreto de ejecución, hasta la materialización de ésta, entendiéndose por esto último, la oportunidad del pago efectivo, en el lapso establecido en la presente Ley. **Igualmente**, procederá la indexación o corrección monetaria sobre las cantidades condenadas, la cual debe ser calculada desde el decreto de ejecución hasta su materialización, entendiéndose por esto último la oportunidad de pago efectivo.



Fuente: Fondo Monetario Internacional. Banco Central de Venezuela

Como se indicó previamente, indexar es la acción encaminada a actualizar el valor del daño sufrido al momento de ordenar su liquidación, corrigiendo así, la pérdida del poder adquisitivo de la moneda por su envilecimiento como efecto de los fenómenos inflacionarios, por lo que este concepto se calcula con base al Índice Nacional de Precios al Consumidor INPC indicado en los respectivos boletines emitidos por el BCV, de conformidad con la Resolución N° 08-04-01 de dicha institución y la Providencia Administrativa N° 08 del Ministerio del Poder Popular para la Planificación y Desarrollo a través del Instituto Nacional de Estadística, publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela No. 38.902 del 3 de abril de 2008, disponiéndose que tales índices se usaran como referencia en las decisiones judiciales para indexar o actualizar todos aquellos valores que deban ser modificados con base en la evolución de los precios de una canasta de bienes y servicios representativa del consumo familiar, representando tales índices un elemento esencial para la cuantificación y análisis del poder adquisitivo a escala nacional.¹²

Ha sido criterio reiterado de este Alto Tribunal que el valor del dólar y la indexación, ambos comportan mecanismos de ajuste del valor de la obligación para la oportunidad del pago, por tanto, si se ajusta la cantidad al nuevo valor del dólar para el momento de la condena de pago, se restablece el equilibrio económico para esa oportunidad y, por ende, no podría proceder la indexación (ver en ese sentido sentencias 547/2012 y 491/2016, ambas de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia). De acuerdo con lo indicado en la sentencia *supra*, el dólar y la indexación comportan mecanismos de ajuste del valor de la obligación y, al ajustarse la cantidad al nuevo valor del dólar para el momento del pago, se restablecerá el equilibrio económico.

¹² En sentencia Nro. 377, del 26 de abril del año 2004, caso: Frederick Plata contra General Motors Venezolana C.A., juicio en el cual el actor devengaba un salario normal en dólares, tomado como moneda de cuenta para calcular las prestaciones sociales y demás conceptos laborales, llevado al equivalente del cambio oficial al momento del pago, esta Sala de Casación Social para negar la corrección monetaria expuso: Ahora bien, ha sido doctrina imperante de este alto Tribunal el señalar que el trabajador tiene el derecho irrenunciable a la prestación no disminuida por la depreciación cambiaria. Asimismo, estima esta Sala pertinente señalar que el método llamado **indexación judicial**, tiene su función en el deber de **restablecer la lesión** que realmente sufre el valor adquisitivo de los salarios y prestaciones del trabajador por la contingencia inflacionaria, y ciertamente, como se ha expresado en numerosos fallos, siendo la inflación un hecho notorio, el efecto que produce sobre el valor adquisitivo de la moneda es un hecho que puede inferir el Juez mediante la aplicación de una máxima de experiencia. Ahora bien, **el bolívar ha estado sujeto a un gran proceso inflacionario, no así el dólar estadounidense**, moneda con la que fueron calculados los conceptos ordenados a pagar (...) respecto a la **indexación**, (...) resuelve (...) que **no procede el pedimento** de acordar la corrección monetaria en este caso sobre las cantidades de dinero condenadas a pagar. (Negritas de la Sala).

En cuanto a la aplicación del **artículo 185** de la Ley adjetiva laboral, se establece el siguiente criterio: De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 185 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (“LOPTRA”), cuando la demandada no cumpliera voluntariamente con la sentencia, procederá el pago de intereses de mora y, más adelante, en la misma disposición adjetiva, se menciona la aplicación de la corrección monetaria, la cual, por decisión de la Sala Constitucional referida *supra*, **queda excluida** de los cálculos cuando se trata de obligaciones actualizadas o pagadas en moneda extranjera, pues ello comporta el restablecimiento del equilibrio económico, en consecuencia, en estos casos **se mantendrá** el pago de los intereses de mora en la fase de ejecución forzosa de la sentencia, resultando **improcedente** la indexación o corrección monetaria a que alude la norma *in commento*. Es necesario destacar, que esta nueva orientación jurisprudencial sobre la indexación contenida en el artículo 185 LOPTRA, empleada en el presente caso, únicamente podrá aplicarse hacia el futuro, a partir del dispositivo oral del fallo proferido por la Sala, a fin de evitar una aplicación retroactiva de un viraje jurisprudencial, la cual iría en contra de la seguridad jurídica que debe procurarse en un Estado de Derecho, tal como lo ha afirmado la Sala Constitucional de este alto Tribunal.¹³

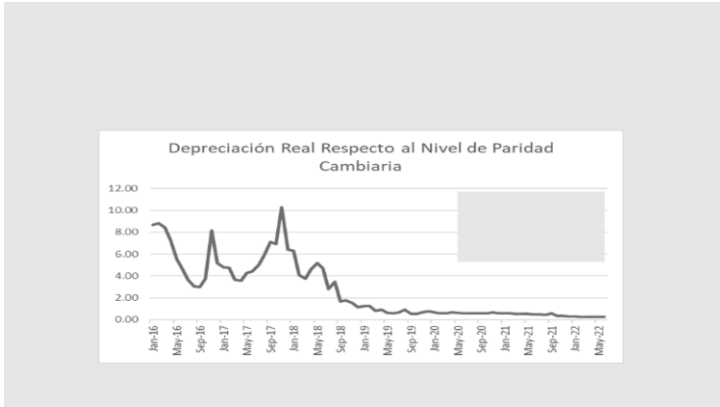
IV. Consecuencias legales-económicas y efectos

1. Consecuencias legales y económicas de las sentencias del TSJ en relación con los mecanismos de ajuste de valor de las obligaciones

- a. En relación con el pago en moneda extranjera de las obligaciones, incluyendo el pago del salario y las prestaciones sociales, las sentencias acogen el criterio jurisprudencial aplicable durante el régimen de control de cambio según los términos de la sentencia caso Motorvenca y reconocen las alternativas de pago establecidas en el artículo 128 la ley del BCV, así que como lo dispuesto en el artículo 8 del Convenio Cambiario número 1 del 7 de septiembre de 2018, fecha a partir de la cual cesó el control cambiario vigente a partir del 5 de febrero 2003.
- b. Cuando la obligación principal se encuentra en moneda extranjera las tasas de interés publicadas por el BCV están establecidas solo en bolívares, por lo que procederá a efectuarse el cálculo de los intereses de mora convirtiendo la deuda a bolívares tal a la tasa oficial para el momento que tenga lugar el pago, monto al cual le aplicará las tasas de interés, a fin de obtener el monto total a pagar en bolívares. Lo anterior no impide que se pueda pagar la obligación principal y los intereses en moneda extranjera, como resultado de una conversión cambiaria posterior al cálculo efectuado.

¹³ Sentencia caso: Diógenes Castro y otros contra Baker Hughes de Venezuela, S.C.P.A. (antes BJ Services de Venezuela, C.C.P.A.), cit.

- c. En relación con la corrección monetaria o indexación contemplada en el artículo 185 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, se hace referencia a un nuevo criterio jurisprudencial aplicable únicamente a los intereses de mora, *los cuales surgen exclusivamente cuando no se cumplieren voluntariamente con la sentencia*, por lo cual la indexación **queda excluida** de los cálculos cuando se trata de obligaciones actualizadas o pagadas en moneda extranjera, pues ello comporta –a decir del Tribunal Supremo de Justicia- el restablecimiento del equilibrio económico. En consecuencia, en estos casos **se mantendrá** el pago de los intereses de mora en la fase de ejecución forzosa de la sentencia, resultando **improcedente** la indexación o corrección monetaria.
- d. Las sentencias en cuestión desechan la posibilidad de indexación de conformidad con los índices inflacionarios y demás estadísticas aplicables, cuando la obligación principal sea actualizada en divisas. Sin embargo, ello no conlleva la suspensión del cálculo de los intereses de mora que se pudieren haber causado, inclusive sobre las prestaciones sociales.
- e. Desde el punto de vista de políticas públicas, las sentencias asumen que la paridad cambiaria del bolívar en relación con las divisas refleja de suyo una corrección monetaria, razón por la cual no sería aplicable la indexación usualmente calculada con base en los índices inflacionarios y demás estadísticas aplicables. En tal sentido, se asume que el valor del dólar y la indexación, ambos comportan mecanismos equivalentes de ajuste del valor de la obligación para la oportunidad del pago, por tanto, si se ajusta la cantidad al nuevo valor del dólar para el momento de la condena de pago, se restablece el equilibrio económico para esa oportunidad y, por ende, no podría proceder la indexación.
- f. Las sentencias asumen que habría una equivalencia entre calcular y pagar las obligaciones en divisas, incluyendo las prestaciones sociales, y efectuar la indexación con base en índices inflacionarios como mecanismos para paliar la pérdida del poder adquisitivo. Tal equiparación no es necesariamente cierta puesto que, en algunos periodos económicos se han producido circunstancias en las cuales se verifica una apreciación o depreciación real respecto al nivel de paridad cambiaria. Los efectos de una apreciación o depreciación real respecto al nivel de paridad cambiaria pueden apreciarse en la gráfica siguiente.



- g. Las sentencias no hacen referencia alguna a los intereses devengados por las cantidades acumuladas por la prestación de antigüedad, que de forma mensual y definitiva deben ser liquidados y depositados al trabajador en un fideicomiso individual o en la contabilidad de la empresa y que le deberán ser entregados anualmente y al término de la relación de trabajo lo que por ello se adeudare, razón por la cual solo sería pertinente hacer una interpretación extensiva *mutatis mutandis* por lo que concierne a la metodología de cálculo de dichos intereses en bolívares.
- h. Las sentencias no establecen en modo alguno la prerrogativa de ignorar o suspender el cálculo y pago de los intereses sobre la prestación de antigüedad, cuando se haya calculado las prestaciones sociales en divisas.

2. Conclusiones

La recopilación y análisis de las sentencias antes transcritas en relación con los mecanismos de ajuste de valor de las obligaciones, permite ponderar la dirección asumida por el Tribunal Supremo de Justicia, en sus diferentes salas, acerca de su interpretación doctrinaria y jurisprudencial por lo que concierne a las obligaciones en moneda extranjera, los intereses aplicables a deudas de valor y la corrección monetaria o indexación. Independientemente de sentencias aisladas que se hayan podido producir, podemos concluir que las sentencias antes referidas tienden a plantear criterios uniformes acerca de la temática discutida. En virtud del principio de separación de poderes establecido en la Constitución, la función jurisdiccional representa una herramienta imprescindible para promover la institucionalidad y el estado de derecho con un adecuado nivel de certeza jurídica acerca de las obligaciones y los derechos de las partes involucradas en las controversias que se susciten.

Si bien durante el control de cambio vigente a partir del año 2003 no hubo una absoluta uniformidad de criterio en relación con las obligaciones en moneda extranjera, la decisión correspondiente al caso Motorvenca de alguna forma estableció una pauta referencial sobre la materia, la cual fue consolidándose

progresivamente en el tiempo. De igual manera, el artículo 128 de la ley del BCV y las disposiciones contempladas en el artículo 8 del Convenio Cambiario número 1 de fecha 7 de septiembre de 2018, han permitido establecer una pauta interpretativa uniforme acerca del cumplimiento de las obligaciones en moneda extranjera, incluyendo aquellas derivadas de relaciones laborales.

En materia de intereses legales, las sentencias han distinguido entre la aplicación de estos y la corrección monetaria o indexación, dejándose claro que ambos conceptos tienen atribuciones y orígenes distintos. No obstante, estimamos que las sentencias incurren en una deficiencia cuando equiparan de forma equivalente el ajuste producto del cálculo y pago de la obligación en moneda extranjera con el ajuste resultante de la determinación de los índices inflacionarios. Nuestra crítica puntual, acerca de la equiparación del cálculo y pago de la obligación en moneda extranjera con la indexación con base en índices inflacionarios, está basada en que tal premisa asume que la apreciación o depreciación del tipo de cambio coincide con el nivel inflacionario que afecta la economía nacional, lo cual es una apreciación incorrecta. En otras palabras, no existe inflación en dólares en Venezuela porque la economía que genera el dólar americano es los Estados Unidos de América.

El problema radica en la apreciación del bolívar en relación con el dólar por lo que los precios en bolívares se han visto afectados de forma más adversa que los precios de los socios comerciales de Venezuela. De hecho, Venezuela tuvo una inflación de aproximadamente 686% en el año 2021, mientras que sus socios comerciales de América Latina tuvieron un crecimiento de precios menor. El resultado de esta circunstancia es que la economía venezolana se hace -como producto del anclaje cambiario y la dolarización fáctica- cada vez más cara y requiere más divisas para poder adquirir la misma canasta básica que se adquiría el año pasado.

En consecuencia, la corrección monetaria efectuada con el cálculo y pago de la obligación en moneda extranjera no alcanza en estos momentos a satisfacer la pérdida del poder adquisitivo verificada por efecto de la inflación. Entonces corresponde al Tribunal Supremo de Justicia, como ente máximo jurisdiccional en Venezuela, corregir mediante su función interpretativa la distorsión planteada.

De tal manera, se adecuarían las políticas públicas dirigidas a preservar efectivamente el valor del dinero en el tiempo ante los embates de la inflación que han afectado a la nación y se aplicarían, por ende, mecanismos adecuados de ajustes de valor de las obligaciones, según criterios técnicos idóneos.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AARONS P., Fred, *Consideraciones del Derecho para el Crecimiento Económico. Experiencias del control cambiario en Venezuela*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2017.

COOTER, Robert D. y ULEN, Thomas, *Derecho y economía*, Fondo de Cultura Económica. México, 2016.

MELICH-ORSINI, José, *Doctrina General del Contrato*, Editorial Jurídica Venezolana, 2da. Edición, Caracas, 1993.

RODNER, James Otis, *El Dinero, La Inflación y las Deudas de Valor*, Editorial Arte, Caracas. 1995.

SOLA, Juan Vicente, “La regulación y la economía”, *Tratado de Derecho y Economía*, Tomo II, La Ley, Buenos Aires, 2013.

Referencias jurisprudenciales relevantes en orden de aparición:

Sentencia del Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Mercantil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y del Estado Miranda de fecha 15 de mayo de 1962, caso: Adriática Venezolana de Seguros, C.A. Juez: Gonzalo Parra Aranguren.

Sentencia No. 3.702 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 19 de diciembre 2003, caso: Salvador de Jesús González Hernández entre otros.

Sentencia de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 13 de julio de 2000, caso: Cerir, Centre D’Etudes Et de Realisations Industrielles Et Commerciales contra Alfarería Mecánica Charallave, C.A.

Sentencia No. 547 de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 6 de agosto de 2012, caso: Empresa Smith Internacional de Venezuela, C.A. contra Empresa Pesca Barinas, C.A.

Sentencia No. 1641 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 2 de noviembre de 2011, caso: Oferta real Motorvenca vs. Banco de Venezuela.

Sentencia No. 36 de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 15 de marzo de 2022, caso: Diógenes Castro y otros contra Baker Hughes de Venezuela, S.C.P.A. (antes BJ Services de Venezuela, C.C.P.A.).

Sentencia No. 1.841 de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 11 de noviembre de 2008, caso Maldifassi & Cia, C.A.

Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 28 de abril de 2009, caso: recurso de revisión de Giancarlo Virtoli Billi.

Sentencia de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 19 de junio de 1996, caso: Maghlebe Landaeta Bermúdez contra Compañía Anónima de Seguros La Previsora.

Sentencia N° 6 de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 12 de noviembre de 2002, expediente N° 00-985, caso: Víctor José Colina Arenas contra Raúl Aldemar Salas Rodríguez.

Sentencia No. 491 de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 5 de agosto de 2016, caso: Grazia Tornatore de Morreale y Otro contra Zurich Seguros, S.A.

Sentencia No. 628 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 11 de noviembre de 2021.

Sentencia No. 377 de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 26 de abril de 2004, caso: Frederick Plata contra General Motors Venezolana C.A.

ANÁLISIS CRÍTICO DE LA SENTENCIA N° 0652 DE LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA SOBRE LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES

*Aura Janesky Lehmann González**

SUMARIO

Introducción. Capítulo I. El Matrimonio. 1. Definición. 2. Deberes y Derechos. Capítulo II. El Concubinato y/o Las Uniones Estables de hecho. 2.1 Antecedentes. 2.2. Características de las Uniones Estables de Hecho. 2.3. Requisitos del concubinato o Uniones estables de Hecho. Capítulo III. Capitulaciones Matrimoniales. 3.1. Definiciones. 3.2. Derecho Comparado. 3.2.1. Las Capitulaciones Matrimoniales en el Código Civil Chileno. 3.2.2. Capitulaciones Matrimoniales en Argentina. 3.2.3. Régimen de Capitulaciones Matrimoniales en Colombia. 3.2.4. Capitulaciones Matrimoniales en España. 3.3. Legislación venezolana. Conclusión. Referencias bibliográficas.

Introducción

A través del presente trabajo, se pretende realizar un breve análisis sobre los cambios realizados por El Tribunal Supremo de Justicia, a la regulación que el Código Civil Venezolano contempla para del matrimonio, y el concubinato, así como a las uniones estables de hecho reguladas en la Ley Orgánica de Registro Civil y su Reglamento.

Son muchos los cambios que han sufrido estas instituciones por vía jurisprudencial; sin embargo, en esta oportunidad nos detendremos en el tema de la Capitulaciones Matrimoniales y la sentencia de la Sala Constitucional, del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 26 de noviembre de dos mil veintiuno (2021), con ponencia de magistrada Carmen Zuleta de Merchán. En esta sentencia

* Abogada egresada de la Universidad Católica Andrés Bello (1985). Especialista en Derecho Procesal, Universidad Católica Andrés Bello (1991). Doctora en Derecho mención Cum Laude, Universidad Católica Andrés Bello. Profesor Asociado de la Facultad de Derecho de la UCAB, Jefe de Cátedra de Clínica I y Clínica II y de Derecho Procesal Civil I. Jefe de Departamento de Disciplinas de Formación Integral. Directora del Centro de Clínica Jurídica de la UCAB.

se establece con carácter vinculante, un nuevo régimen para las capitulaciones matrimoniales, las cuales no solo pueden celebrarse y/o modificarse antes de contraer matrimonio, sino que ahora pueden celebrarse y/o modificarse antes y durante el matrimonio, además durante el mismo pueden ser modificadas cada cinco años y también pueden celebrarse en las uniones estables de hecho y/o concubinato.

Es un cambio profundamente importante, no solo por los efectos que esto puede causar entre las partes y sus herederos, sino también los efectos y consecuencias que se ocasionen a terceras personas.

Resulta sumamente dañino este tipo de modificaciones por vía jurisprudencial, sin embargo, no es la primera vez que esto ocurre; más bien se ha convertido en una práctica sistemática del Tribunal Supremo de Justicia, especialmente en la Sala Constitucional, ya lo han hecho en múltiples sentencias en la cuales se han pronunciado sobre el divorcio, sus causales y sus procedimientos.

Todo esto atenta contra la seguridad jurídica de los ciudadanos que ven menoscabados sus derechos, sin dejar de mencionar acá que existe una evidente usurpación de funciones, ya que el órgano judicial está invadiendo el campo del poder legislativo.

Capítulo I. El Matrimonio

1. Definición

El Código Civil Venezolano, no define el matrimonio. “El matrimonio es la unión perpetua de un solo hombre con una sola mujer para la procreación y perfección de la especie, el mutuo auxilio y el más adecuado cumplimiento de los fines de la vida humana” continua Emilio Calvo Baca en su Código Civil Comentado: Es la unión legal de un hombre con una mujer consagrada por un convenio solemne y que tiene efectos jurídicos señalados por la ley, la cual determina un régimen jurídico inalterable para los cónyuges.¹

Para Francisco López Herrera el matrimonio es: “la comunidad de vida, protegida por la ley, que por mutuo acuerdo y a perpetuidad, establecen entre sí un hombre y una mujer”²

Para Guillermo Cabanellas el matrimonio es una de las instituciones fundamentales del derecho, de la religión y de la vida en todos sus aspectos. Quizás ninguna tan antigua, pues la unión natural o sagrada de la primera pareja

¹ Emilio Calvo Baca, *Código Civil Venezolano (Comentado y concordado)*, Tomo I, Ediciones Libra, C.A, Caracas, 1991, p. 86.

² Francisco López Herrera, *Derecho de Familia*, Tomo I, segunda edición (actualizada), Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2005, p. 200

humana surge en todos los estudios que investigan el origen de la vida de los hombres, y establecida como principio en todas las creencias que ven la diversidad sexual completada en el matrimonio, base de la familia, clave de la perpetuidad de la especie y célula de la organización social primitiva y, en su evolución, de los colosales o abrumadores estados.

Quizás, tampoco, ninguna situación o estado tan combatido ni tan arraigado, perpetuo sembrador de ilusiones y de desengaños. Si la expresión se admite, el resumen de todos los ataques impecables y de todas las fogosas defensas se traducen, en definitiva, en que el matrimonio es una institución perfecta para seres tan imperfectos como los hombres combinados con las mujeres.³

Según Isabel Grisanti Aveledo de Luigi el matrimonio en el sentido jurídico-formal es el estado de dos personas de sexo diferente, cuya unión ha sido consagrada por la ley.⁴

El Código Civil venezolano establece requisitos de fondo y de forma para el matrimonio.

Isabel Grisanti Aveledo de Luigi, los divide de la siguiente manera:

Requisitos de Fondo:

- ❖ Elementos esenciales o supuestos
 - Diversidad de sexos.
 - Consentimiento matrimonial
 - Presencia de un funcionario público competente
- ❖ Capacidad matrimonial
- ❖ Ausencia de impedimentos

Requisitos de forma:

- ❖ Previos a la celebración
 - Manifestación esponsalicia
 - Publicación de carteles esponsalicios
 - Formación de expediente esponsalicio

³ Guillermo Cabanellas, *Diccionario de Derecho Usual*, Tomo II, Sexta Edición, Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1968, p. 653.

⁴ Isabel Grisanti Aveledo de Luigi, *Lecciones de Derecho de Familia*, Sexta Edición, Vadell Hermamos Editores, Valencia Venezuela, 1994 p. 88.

❖ Celebración

- Lugar
- Oportunidad
- Número de Testigos
- Formalidades del acto⁵

El Artículo 44 Código Civil de Venezuela establece:

“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”.⁶

Por su parte la Ley Orgánica de Registro Civil regula el matrimonio en su Capítulo V, en el cual se indica la autoridad competente para contraer matrimonio, el origen del registro, las actas a inscribir, cuando el matrimonio se celebre dentro o fuera del país, entre otras regulaciones.

2. Deberes y Derechos

Así mismo se el artículo 137 del Código Civil Venezolano establece los deberes y derechos de los cónyuges de la siguiente manera:

“Con el matrimonio el marido y la mujer adquieren los mismos derechos y asumen los mismos deberes. Del matrimonio derivan las obligaciones de los cónyuges de vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente.

La mujer casada podrá usar el apellido del marido. Este derecho subsiste aún después de la disolución del matrimonio por causa de muerte mientras no contraiga nuevas nupcias.

La negativa de la mujer casada a usar el apellido del marido no se considerará, en ningún caso, como falta a los deberes que la Ley impone por efecto del matrimonio”.

De lo anterior se desprende, entonces, que el matrimonio genera una serie de consecuencia entre los cónyuges, para Emilio Calvo Baca, los efectos del matrimonio son:

⁵ *Ibíd.*, p. 128.

⁶ Venezuela. Código Civil Venezolano, publicado en Gaceta Oficial Nro. 2.990.Ext., del 26 de julio de 1982.

A.- Deberes y derechos que nacen del matrimonio.

B.- La potestad marital⁷.

C.- El régimen de los bienes (Sociedad de gananciales).

D.- El parentesco que genera el matrimonio.

E.- El derecho hereditario que surge a la muerte de los cónyuges y aún de otros miembros de la familia.

De esta manera tenemos que el matrimonio genera obligaciones recíprocas para los cónyuges, como lo son: a) el deber de fidelidad; b) hacer vida en común (o vivir bajo en mismo techo); y c) el deber de asistencia mutua, todos ellos consagrados en el artículo 137 del CCV.

Con respecto al régimen de los bienes, también queda expresamente regulado en el Código Civil Venezolano de 1982, a partir de los artículos 141 y siguientes, en los cuales se regula la administración de los bienes, la nulidad de pactos entre cónyuges, la constitución de las capitulaciones matrimoniales, la validez de las modificaciones en capitulaciones matrimoniales, validez de esas modificaciones respecto a terceros entre otras cosas.

Así mismo cabe destacar que el régimen de los bienes y a los efectos de esta investigación es importante resaltar que la legislación establece que el matrimonio, en todo lo relacionado a los bienes, deja en plena libertad a las partes de realizar las convenciones que consideren necesarias a tales efectos, siempre y cuando no sean contrarias a las leyes y a las buenas costumbres, en cuyo caso serán consideradas nulas.⁸

⁷ Con respecto a la potestad marital, se estableció que debía dirigirla uno de los cónyuges, y por tanto, y como dice Emilio Calvo Baca, por principio de orden y de unidad de dirección, surge lo que se llama potestad marital o conjunto de facultades que la ley confiere al marido para dirigir la sociedad conyugal. (subrayado nuestro) cabe destacar aquí que esa posición ha variado con el tiempo, actualmente tenemos mujeres que son jefes de hogar, por llamarlo de alguna manera, en consecuencia, hay igualdad entre el hombre y la mujer con respecto a la administración los bienes de la comunidad (en caso de haberla).

⁸ La Sala de Casación Social indicó que recae sobre el cónyuge que tiene el dominio y administración de los bienes de la comunidad conyugal el pago del cien por ciento (100%) de los gastos de manutención de los hijos.

Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° 072 del 22 de junio de 2022. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scs/junio/317498-072-22622-2022-21-031.HTML>, consultado en fecha 20 de julio de 2022. A criterio de esta Sala, esta decisión infringió el sentido y propósito de la obligación de manutención (Artículo 366 de la Lopnna "...a cuyo efecto se fijará expresamente por el juez o jueza el monto que debe pagarse por tal concepto..." y el artículo 369

Específicamente el artículo 143 *ejusdem* establece: “Las capitulaciones matrimoniales deberán constituirse por instrumento otorgado ante un Registrador Subalterno antes de la celebración del matrimonio, pero podrán hacerse constar por documento auténtico que deberá ser inscrito en la Oficina Subalterna de Registro de la jurisdicción del lugar donde se celebre el matrimonio, antes de la celebración de éste, so pena de nulidad”. (Subrayado nuestro)

Por su parte señala el artículo 144: “Para la validez de las modificaciones en las capitulaciones matrimoniales, es necesario que se registren con anterioridad la celebración del matrimonio, de conformidad con el artículo precedente, y que todas las personas que han sido parte en las capitulaciones matrimoniales presten su consentimiento a la modificación”. (Subrayado nuestro)

El legislador también protegió a los terceros, indicando que cualquier modificación de las capitulaciones debe indicarse al margen de los protocolos de los documentos respectivos, so pena de nulidad.

En la presente investigación tendremos un Capítulo para las Capitulaciones Matrimoniales, donde se tratará con profundidad el tema, debido a las modificaciones sufridas por esta figura, en la sentencia del Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° 0652 del 26 de noviembre de 2021.

ejusdem... “La cantidad a pagar por concepto de Obligación de Manutención se fijará en una suma de dinero de curso legal, para lo cual se tomará como referencia el salario mínimo mensual...”), la cual es una suma dineraria que debe atender a la realidad vivencial de cada niño, niña y adolescentes y a la proporción de coparentalidad de sus padres, su realidad laboral y el cómo se desarrolló la rutina de la vida marital; pero además, significó una lesión al derecho a la igualdad entre ambos cónyuges, en el entendido de que la parte actora denunció hartas veces que fue despojada del acceso a los bienes de la comunidad conyugal y que los mismos eran administrados unilateralmente por el progenitor paterno, no obstante, el Tribunal de Juicio le impuso a la cónyuge despojada el pago de conceptos sin atender a la realidad de su situación patrimonial o laboral, con la agravante de haberle establecido un monto que en nada se correspondía con la situación económica familiar ventilada en las actas procesales y que a falta de disposiciones proteccionistas, se diluyó en el tiempo hasta volverse una cantidad irrisoria.

Cuando el Juez de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes procede a la fijación de la obligación de manutención, debe observar entre otros, la realidad laboral o económica de ambos progenitores, con especial observancia a las normas para buscar la igualdad entre ambos cónyuges, pudiendo establecer o hacer recaer el pago del cien por ciento (100%) de los gastos de manutención de los niños, niñas y adolescentes, a través del pago de una suma dineraria y no por conceptos, en cabeza del cónyuge que ejerce el dominio y administración unilateral de los bienes de la comunidad conyugal, hasta tanto cese la circunstancia de la administración unilateral o conste que la o el cónyuge desprovisto (a) tiene derecho al fruto de las rentas, réditos o intereses de los bienes de la comunidad conyugal.

Capítulo II. El Concubinato y/o Las Uniones Estables de hecho

2.1. Antecedentes

Con anterioridad al Código Civil Venezolano de 1942, el concubinato era prácticamente ignorado por la legislación venezolana a pesar de que para la época ya existía una cantidad importante de uniones no matrimoniales, en las cuales se procreaban hijos, se adquirían bienes. Emilio Calvo Baca nos explica que hasta la promulgación del C.C.V de 1942, solo habían existido intentos doctrinales y jurisprudenciales que trataban de producir derechos a favor de la concubina que trabajaba, sobre los bienes adquiridos por el hombre durante el concubinato. Siendo esta situación así en el C.C.V de 1942, se estableció el artículo 767, sin embargo, nos explica que en este artículo solo se hace referencia y se consagra la llamada comunidad concubinaria, haciendo la observación que solo se trata del reconocimiento de derechos patrimoniales.⁹

Posteriormente la CRBV 1999, en su artículo 77 estableció: Las uniones estables entre un hombre y una mujer que cumplan los requisitos establecidos en la ley producirán los mismos efectos que el matrimonio.

A nivel jurisprudencial el Tribunal Supremo de Justicia, sentencia de fecha 15 de julio de 2005, interpretó de una manera particularmente especial el artículo 77 de la CRBV, ya transcrito, en la cual le da más derechos a los concubinos, que a los cónyuges, esa sentencia altamente polémica, estableció las uniones estables de hecho como el género, y el concubinato como la especie, siendo que hasta ahora no se conozca ninguna otra especie con estas características.¹⁰

Esta polémica sentencia solamente establece como efecto del concubinato y/o uniones estables de hecho, el deber de Socorro mutuo, sin embargo, no tienen que ser fieles, ni vivir bajo el mismo techo.

Además, le da acceso al concubino o a los unidos establemente de hecho, a todos los bienes de su pareja; sin embargo, estableció como elemento importante que, al ser una relación de hecho, solo existe una presunción *iuris tantum*, es decir, admiten pruebas en contrario¹¹, por lo cual se exigía en los casos del concubino que sobreviva una sentencia mero declarativa de un tribunal de primera instancia declarando la existencia de la relación.

⁹ Emilio Calvo Baca, *ob. cit.*, p. 603.

¹⁰ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° 1682 del 15 de julio de 2005. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/julio/1682-150705-04-3301.HTM>, consultado en fecha 28 de junio de 2022.

¹¹ Artículo 1399 CCV: Las Presunciones que no estén establecidas por la ley quedarán a la prudencia del Juez, quien no debe admitir sino las que sean graves, precisas y concordantes, y solamente en los casos en que la Ley admite la prueba testimonial.

Según María Candelaria, citando a Perera Plana el concubinato es: “una unión estable semejante al matrimonio entre un hombre y una mujer que no presenten impedimento para casarse”.¹²

2.2. Características de las Uniones Estables de Hecho:

María Candelaria indica que:

La doctrina reseñó los requisitos o caracteres de la figura. Ha de tratarse de una unión fáctica o de hecho entre un “solo hombre” y “una sola mujer” (singularidad y heterosexualidad); se precisa “estabilidad” por lo que se excluyen uniones casuales o eventuales; los convivientes han de propiciarse el trato recíproco de marido y mujer; ninguno de los concubinos ha de estar casado (o presentar otro impedimento matrimonial); y finalmente, debe configurar una unión “espontánea” y “libre”.¹³

En todo caso el artículo 767 del Código Civil Venezolano (1982) establece: Se presume la comunidad salvo prueba en contrario, en aquellos casos de unión no matrimonial, cuando la mujer o el hombre en su caso, demuestre que ha vivido permanentemente en tal estado, aunque los bienes cuya comunidad se quiere establecer aparezcan a nombre de uno de ellos. Tal presunción solo surte efectos legales entre ellos dos y entre sus respectivos herederos y también entre uno de ellos y los herederos del otro. Lo dispuesto en este artículo no se aplica si uno de ellos está casado”.

2.3. Requisitos del concubinato o Uniones estables de Hecho

1. Unión entre un solo hombre y una sola mujer.
2. Estabilidad.
3. Tratamiento recíproco de marido y mujer.
4. Que ninguno de los concubinos esté casado.
5. Unión espontánea y libre.¹⁴

Para María Fernanda Innecco Durán: Hoy día las Uniones Estables de Hecho, tienen una regulación mucho más exhaustiva, debido a que existe una vía jurídica para su inscripción ante el Registro Civil correspondiente. Es decir, se cuenta con un marco normativo mucho más amplio, pero que no ha sido unificado por el legislador, ya que, se encuentran vigentes disposiciones que se contradicen.

¹² María Candelaria Domínguez Guillén “*Unión De Hecho Estable o Unión Concubinaria En Venezuela*” actualidad jurídica iberoamericana N° 11, Caracas, agosto 2019, p. 356.

¹³ *Ibid.*, p. 357.

¹⁴ María Candelaria Domínguez Guillén, *Manual de Derecho de Familia*, Colección Estudios Jurídicos N° 20, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2008, pp. 435-439.

...A primera vista la Unión Estable y el Matrimonio son figuras extremadamente parecidas, sin embargo, uno es una situación de hecho mientras que el otro es efectivamente una situación legal regulada y la cual produce consecuencias jurídicas definidas.¹⁵

De allí la importancia que tiene en la materia la sentencia de Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° 1682 del 15 de julio de 2005. Varias veces citada.¹⁶

Posteriormente a la sentencia del TSJ, Sala Constitucional de fecha 15 de julio de 2005, tantas veces citada, fue promulgada la Ley Orgánica de Registro Civil en Gaceta Oficial N° 40.093 de fecha 18 de enero de 2013.

Esta Ley regula todo lo relativo a la inscripción y registro de la Uniones Estables de Hecho, en sus artículos 117 y siguientes. Así tenemos que el artículo 117 establece: Las uniones estables de hecho se registrarán en virtud de:

1. Manifestación de voluntad.
2. Documento auténtico o público.
3. Decisión judicial.

Con respecto a la Manifestación de voluntad, tenemos lo que reza el artículo 118 *ejusdem*: La libre manifestación de voluntad efectuada entre un hombre y una mujer, declarada de manera conjunta, de mantener una unión estable de hecho, conforme a los requisitos establecidos en la ley, se registrará en el libro correspondiente, adquiriendo a partir de este momento plenos efectos jurídicos, sin menoscabo del reconocimiento de cualquier derecho anterior al registro.

Igualmente, novedoso resulta el contenido del artículo 119 *ejusdem*: Toda decisión judicial definitivamente firme que declare o reconozca la existencia de una unión estable de hecho, será insertada en el Registro Civil. Los jueces y las juezas de la República Bolivariana de Venezuela deben remitir copia certificada de la decisión judicial definitivamente firme a las oficinas municipales de Registro Civil, para su inserción en el libro correspondiente.

Posteriormente a la LORC, se dictó el Reglamento Número 1 de la Ley Orgánica de Registro Civil¹⁷, donde se regula la inscripción, registro y requisitos de la Uniones Estables de Hecho.

¹⁵ María Fernanda Innecco Durán, “La Unión Estable De Hecho Y Sus Diferencias Con El Matrimonio”, en *Revista de la Facultad de Derecho*, N° 73, Caracas, 2018-2019, p. 327.

¹⁶ Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/julio/1682-150705-04-3301.HTM>, consultado en fecha 28 de junio de 2022.

¹⁷ Venezuela, Reglamento Número 1 de la Ley Orgánica de Registro Civil, publicada en, Gaceta Oficial N° 40.093, de fecha 18 de enero de 2013.

Artículo 65: Las declaraciones de Uniones Estables de Hecho se podrán presentar ante el Registrador o Registradora Civil elegido por los declarantes y se deberá inscribir de inmediato en el Libro de Uniones Estables de Hecho.

Por su parte el artículo 66 *ejusdem*, establece los requisitos indispensables para la inscripción de la Uniones Estables de Hechos:

Son requisitos indispensables para la inscripción de una Unión Estable de Hecho:

1. Original y copia de la cédula de identidad de los declarantes.
2. Documento que acredite la disolución de vínculo matrimonial o unión estable del hecho anterior, de ser el caso.
3. Acta de nacimiento de los hijos e hijas que se van a reconocer en el acto, de ser el caso.
4. Autorización del o los representantes legales, en caso de adolescentes, mujer mayor de catorce años de edad y varón mayor de dieciséis años de edad. Cuando no exista acuerdo entre los representantes, procederá la autorización del Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

María Candelaria Domínguez Guillén citando a Domínguez Guillén, Garcías, Varela Cáceres y Espinoza Melet, indica que:

La LORC incluye entre los actos o hechos susceptibles de registro la unión de hecho estable, lo cual permite acceder a otro medio probatorio distinto a la sentencia mero declarativa referida por la sentencia 1682/05. Obviamente, la LORC no impone como es lógico el registro de la unión de hecho porque ello se opone a su naturaleza espontánea, por lo que simplemente, la pareja cuenta con tal opción probatoria, concediéndole autenticidad y publicidad (principios cardinales del Registro Civil). A falta de dicha acta de registro o en su defecto, del reconocimiento de las partes, subsiste la posibilidad de declaratoria jurisdiccional mediante la correspondiente acción mero-declarativa de unión de hecho estable. En todo caso se afirma que a los efectos de “terceros” se precisa de la prueba de la unión estable de hecho y en tal sentido, la sentencia 767/2015 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia indicó que las pruebas vienen dadas por la respectiva sentencia así como por el acta de registro.¹⁸

De todo lo anterior cabe destacar que a pesar de las regulaciones existentes en materia de Uniones Estables de Hecho y/o concubinato, estos a diferencia del matrimonio siguen siendo uniones de hecho, a diferencia del matrimonio que es una unión de derecho; razón por la cual las pruebas de ambas instituciones son totalmente diferentes y las causales de disolución también lo son.

¹⁸ María Candelaria Domínguez Guillén, “Unión De Hecho Estable o Unión Concubinaría En Venezuela”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, N° 11, Caracas, agosto, 2019, p. 381.

En materia de Uniones Estables de Hecho, la disolución es unilateral y está contenida su regulación en el artículo 122 de la LORC que establece:

“Se registrará la declaratoria de disolución de las uniones estables de hecho, en los siguientes casos:

1.- Manifestación de voluntad efectuada unilateralmente o conjuntamente por las personas unidas de hecho ante el Registro Civil.

2.- Decisión Judicial.

3.- La muerte de una de las personas unidas de hecho, por declaratoria del sobreviviente.

En los casos de disolución unilateral de las uniones estables de hecho, el registrador o la registradora deberá notificar a la otra persona unida de hecho, de conformidad con la ley.”

Por su parte el Reglamento de la Ley Orgánica de Registro Civil ya citado, vino a completar la parte relativa a las disoluciones de las uniones estables de hecho, la declaración de disolución regulada en el artículo 67, que establece:

“Declaración de la Disolución

La disolución de la Unión Estable de Hecho, podrá ser declarada ante cualquier Oficina o Unidad de Registro Civil, y se extenderá el acta respectiva, la cual se remitirá a la Oficina o Unidad donde se inscribió la Unión Estable de Hecho y a la Oficina Regional Electoral correspondiente, a los fines de que se estampe la nota marginal. Cuando la disolución se produzca por manifestación unilateral de voluntad, la declaración deberá realizarse en el último lugar de residencia de la pareja, y el declarante deberá especificar el lugar de residencia de la otra persona unida de hecho, a los efectos de que se proceda a su notificación personal.

La notificación se realizará por escrito, dentro de los cinco días hábiles siguientes, exigiéndose a la persona que la recibe su firma como constancia de recepción, asentándose en ésta sus nombres, apellidos y su número de cédula de identidad.

De no ser posible la notificación personal en el lugar de residencia, el Registrador o Registradora ordenará la notificación mediante un único cartel con el contenido de la declaración, que deberá ser fijado en la residencia de la persona notificada. Asimismo, ordenará su publicación en un diario nacional o regional, a costa del declarante, quien deberá consignar ante la Oficina o Unidad de Registro Civil un ejemplar del diario que contenga la publicación del cartel.

El escrito de notificación firmado como constancia de recepción o la página donde aparezca el cartel de notificación publicado en la prensa, se agregará al expediente y se estampará nota marginal en el Acta que contenga la Unión Estable de hecho y en el libro de duplicado.”

Y el artículo 68 *ejusdem* nos habla de una decisión judicial:

“El Tribunal que declare la disolución de una Unión Estable de Hecho, deberá remitir de manera inmediata copia certificada de la decisión a la Oficina Municipal o Unidad Parroquial donde se inscribió, a los fines de que se estampe la nota marginal en el acta respectiva.”

Como podemos observar tanto la LORC, como su reglamento vinieron a regular las uniones estables de hecho de manera efectiva, estableciendo de forma clara los requisitos tanto para su constitución, como para su disolución.

Capítulo III. Capitulaciones Matrimoniales

3.1. Definiciones

Las capitulaciones matrimoniales en sentido estricto y amplio para Francisco López Herrera son:

Pactos o contratos que se celebran con ocasión del matrimonio, a los fines de establecer o determinar y reglamentar el régimen patrimonial de los esposos.

De acuerdo con esta idea, el objeto específico de las capitulaciones matrimoniales es tipificar y regular el sistema de bienes en el matrimonio.

En sentido amplio, son capitulaciones matrimoniales todos los contratos que se celebran con ocasión de un matrimonio, sea por los futuros esposos, o por alguno de ellos o ambos con un tercero y que, en una u otra forma, se refieren a aspectos patrimoniales del vínculo conyugal.¹⁹

Para Isabel Grisanti Aveledo de Luigi las capitulaciones son pactos o convenios perfeccionados por los futuros contrayentes con el objeto de determinar el régimen económico o patrimonial del matrimonio.²⁰

Para Emilio Calvo las Capitulaciones Matrimoniales. Son contratos que se celebran con ocasión de un matrimonio, sea por los futuros esposos, o por alguno de ellos o ambos con un tercero y que, en una u otra forma, se refieren a aspectos patrimoniales del vínculo conyugal, además, las capitulaciones no sólo comprenden los pactos cuyo objeto es la determinación del régimen patrimonial

¹⁹ Francisco López Herrera, *Derecho de Familia*, Tomo II, Segunda Edición (actualizada), Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2009, pp. 492-493.

²⁰ Isabel Grisanti Aveledo de Luigi, *ob. cit.*, p. 220.

matrimonial, sino además las donaciones con ocasión del matrimonio. Cabe agregar que este tipo de convenciones no es usual en Venezuela, muy contadas veces se celebran y en esa oportunidad por regla general, se acoge entre los cónyuges el régimen de separación total de patrimonios.²¹

En caso de no celebrarse las capitulaciones matrimoniales, los bienes que se adquirieran posteriormente al matrimonio serían bienes comunes.

Siendo la comunidad de bienes regulada en los artículos 148 y siguientes de C.C.V. Así tenemos que el artículo 148 establece:

Entre marido y mujer, si no hubiere convención en contrario, son comunes, de por mitad, las ganancias o beneficios que se obtengan durante el matrimonio.

Según Emilio Calvo Baca el C.C.V. distingue dos tipos de bienes:

Bienes Propios de cada cónyuge:

1. Los que cada cónyuge lleva o aporta al matrimonio;
2. Los bienes adquiridos durante el matrimonio:
 - a) Por permuta con otros bienes propios del cónyuge.
 - b) Por derecho de retracto ejercido sobre los bienes propios por el respectivo cónyuge y con dinero de su patrimonio.
 - c) Por dación en pago hecho al respectivo cónyuge por obligaciones provenientes de bienes propios.
 - d) Los que adquiriera durante el matrimonio a título oneroso, cuando la causa de adquisición ha precedido al casamiento.
 - e) La indemnización por accidentes o por seguros de vida, de daños personales o de enfermedad, deducida las primas pagadas por la comunidad.
 - f) Por compra hecha con dinero de la enajenación de otros bienes propios del cónyuge adquirente.
 - g) Por compra hecha con dinero propio del cónyuge adquirente siempre que haga constar la procedencia del dinero y que la adquisición la hace para sí.

En caso de fraude, quedan a salvo las acciones de los perjudicados para hacer declarar judicialmente a quien corresponde la propiedad adquirida.

Los Bienes comunes son:

²¹ Emilio Calvo Baca, *ob. cit.*, p. 159.

1. Los frutos naturales y civiles de los bienes propios y también los obtenidos de los bienes comunes;
2. Los ingresos percibidos por cualquiera de los cónyuges, provenientes de su profesión, trabajo, industria, jubilación, cesantía, durante la vigencia del matrimonio;
3. Los ingresos extraordinarios obtenidos en Loterías u otros juegos permitidos por la ley;
4. El tesoro descubierto, aunque fuera encontrado en prendio de uno de los cónyuges. Todos estos bienes tienen originariamente el carácter de comunes; pero los que vamos a seguir enumerando, asumen este carácter por subrogación o sustitución;
5. Los bienes adquiridos a título oneroso, a costa del caudal común, aunque se hicieren a nombre de uno solo de los esposos;
6. Las mejoras útiles hechas en bienes propios a costa del caudal común o por la industria del marido o de la mujer, y
7. Los edificios construidos en suelo propio de unos de los cónyuges a costa del caudal social.²²

3.2. Derecho Comparado

3.2.1. Las Capitulaciones Matrimoniales en el Código Civil Chileno²³

Las capitulaciones matrimoniales en el Código Civil Chileno están reguladas en el Título XXII DE LAS CONVENCIONES MATRIMONIALES Y DE LA SOCIEDAD CONYUGAL, en los artículos 1716 y siguientes:

Artículo 1716: Las capitulaciones matrimoniales se otorgarán por escritura pública, y sólo valdrán entre las partes y respecto de terceros desde el día de la celebración del matrimonio, y siempre que se suscriban al margen de la respectiva inscripción matrimonial al tiempo de efectuarse aquél o dentro de los treinta días siguientes. Pero en los casos a que se refiere el inciso segundo del artículo anterior, bastará que esos pactos consten en dicha inscripción. Sin este requisito no tendrán valor alguno.

Tratándose de matrimonios celebrados en país extranjero y que no se hallen inscritos en Chile, será menester proceder previamente a su inscripción en el Registro de la Primera Sección de la comuna de Santiago, para lo cual se exhibirá al oficial civil que corresponda el certificado de

²² *Ibíd.*, pp. 162-164.

²³ Chile, Código Civil, publicado por el Ministerio De Justicia, del 16 de mayo de 2000. Disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/codigo_civil_chile.pdf.

matrimonio debidamente legalizado. En estos casos, el plazo a que se refiere el inciso anterior se contará desde la fecha de la inscripción del matrimonio en Chile.

Celebrado el matrimonio, las capitulaciones no podrán alterarse, aun con el consentimiento de todas las personas que intervinieron en ellas, sino en el caso establecido en el inciso 1º del artículo 1723.²⁴

Artículo 1715: *Se conocen con el nombre de capitulaciones matrimoniales las convenciones de carácter patrimonial que celebren los esposos antes de contraer matrimonio o en el acto de su celebración.*

En las capitulaciones matrimoniales que se celebren en el acto del matrimonio, sólo podrá pactarse separación total de bienes o régimen de participación en los gananciales. Tratándose de cónyuges del mismo sexo se estará a lo dispuesto en el inciso siguiente.

Los esposos del mismo sexo podrán celebrar capitulaciones matrimoniales, pero en caso alguno podrá pactar el régimen de sociedad conyugal.

Es importante resaltar aclarar que en Chile a diferencia del derecho de otros países está muy limitado lo que es posible pactar.

²⁴ Artículo 1723 Código Civil Chileno: Durante el matrimonio los cónyuges mayores de edad podrán substituir el régimen de sociedad de bienes por el de participación en los gananciales o por el de separación total. También podrán substituir la separación total por el régimen de participación en los gananciales. El pacto que los cónyuges celebren en conformidad a este artículo deberá otorgarse por escritura pública y no surtirá efectos entre las partes ni respecto de terceros, sino desde que esa escritura se suscriba al margen de la respectiva inscripción matrimonial. Esta suscripción sólo podrá practicarse dentro de los treinta días siguientes a la fecha de la escritura en que se pacte la separación. El pacto que en ella conste no perjudicará, en caso alguno, los derechos válidamente adquiridos por terceros respecto del marido o de la mujer y, una vez celebrado, no podrá dejarse sin efecto por el mutuo consentimiento de los cónyuges. En la escritura pública de separación total de bienes, o en la que se pacte participación en los gananciales, según sea el caso, podrán los cónyuges liquidar la sociedad conyugal o proceder a determinar el crédito de participación o celebrar otros pactos lícitos, o una y otra cosa; pero todo ello no producirá efecto alguno entre las partes ni respecto de terceros, sino desde la suscripción a que se refiere el inciso anterior. Tratándose de matrimonios celebrados en país extranjero y que no se hallen inscritos en Chile, será menester proceder previamente a su inscripción en el Registro de la Primera Sección de la comuna de Santiago, para lo cual se exhibirá al oficial civil que corresponda el certificado de matrimonio debidamente legalizado. Los pactos a que se refiere este artículo y el inciso 2º del artículo 1715, no son susceptibles de condición, plazo o modo alguno.

Las capitulaciones pueden convenirse antes del matrimonio o durante su celebración:

Capitulaciones celebradas al momento del matrimonio:

Las capitulaciones que se celebran junto con el matrimonio sólo pueden tener por objeto el pacto de separación total de bienes o estipular el régimen de participación en los gananciales.

Sobre las capitulaciones celebradas antes del matrimonio:

Las capitulaciones que se celebran antes del matrimonio pueden además de poder tener por objeto el pacto de separación total de bienes o estipular el régimen de participación en los gananciales puede tener por objeto otras estipulaciones patrimoniales que los esposos quieran acordar.

Como podemos ver en Chile se pueden celebrar las Capitulaciones Matrimoniales antes o durante la celebración del matrimonio.

Sin embargo, las solemnidades varían, según se convenga que dichas capitulaciones se pacten antes o durante la celebración del matrimonio:

Capitulaciones celebradas antes de contraer del matrimonio: se otorgan por escritura pública, que debe subinscribirse al margen de la inscripción de matrimonio, una vez efectuada. La subinscripción debe hacerse al momento de celebrarse el matrimonio o dentro de los 30 días siguientes a dicha celebración. Si no se efectúa la subinscripción en el tiempo y forma previsto, las capitulaciones no tendrán valor, ni entre las partes ni respecto de terceros (art. 1716, 1º). Si el matrimonio se hubiere celebrado en el extranjero, para hacer la subinscripción será necesario proceder antes a la inscripción del matrimonio en la Primera sección de la Comuna de Santiago, exhibiéndose al Oficial Civil certificado de matrimonio debidamente legalizado (por el Cónsul chileno en el país respectivo o de no haberlo por el de nación amiga y por el Ministerio de Relaciones Exteriores, en Chile).

En este caso, el plazo de 30 días para hacer la subinscripción, deberá contarse desde la fecha en que se inscriba el matrimonio en Chile (art. 1716, 2º)²⁵

²⁵ Art. 1716. Las capitulaciones matrimoniales se otorgarán por escritura pública, y sólo valdrán entre las partes y respecto de terceros desde el día de la celebración del matrimonio, y siempre que se subscriban al margen de la respectiva inscripción matrimonial al tiempo de efectuarse aquél o dentro de los treinta días siguientes. Pero en los casos a que se refiere el inciso segundo del artículo anterior, bastará que esos pactos consten en dicha inscripción. Sin este requisito no tendrán valor alguno. Tratándose de matrimonios celebrados en país extranjero y que no se hallen inscritos en Chile, será menester proceder previamente a su inscripción en el Registro de la Primera Sección de la comuna de Santiago, para lo cual se exhibirá al oficial civil

Capitulaciones celebradas al contraer matrimonio: deben hacerse constar en la inscripción del matrimonio y sin este requisito no tendrán valor alguno.

3.2.2. Capitulaciones Matrimoniales en Argentina

Las capitulaciones matrimoniales en Argentina, están reguladas en el Título II. Régimen patrimonial del matrimonio, artículos 446 y siguientes.²⁶

El Artículo 446. Objeto

“Antes de la celebración del matrimonio los futuros cónyuges pueden hacer convenciones que tengan únicamente los objetos siguientes: a) la designación y avalúo de los bienes que cada uno lleva al matrimonio; b) la enunciación de las deudas; c) las donaciones que se hagan entre ellos; d) la opción que hagan por alguno de los regímenes patrimoniales previstos en este Código.”

Artículo 447. Nulidad de otros acuerdos

“Toda convención entre los futuros cónyuges sobre cualquier otro objeto relativo a su patrimonio es de ningún valor.”

Artículo 448. Forma

“Las convenciones matrimoniales deben ser hechas por escritura pública antes de la celebración del matrimonio, y sólo producen efectos a partir de esa celebración y en tanto el matrimonio no sea anulado. Pueden ser modificadas antes del matrimonio, mediante un acto otorgado también por escritura pública. Para que la opción del artículo 446 inciso d), produzca efectos respecto de terceros, debe anotarse marginalmente en el acta de matrimonio”.

Artículo 449. Modificación de régimen

“Después de la celebración del matrimonio, el régimen patrimonial puede modificarse por convención de los cónyuges. Esta convención puede ser otorgada después de un año de aplicación del régimen patrimonial, convencional o legal, mediante escritura pública. Para que el cambio de régimen produzca efectos respecto de terceros, debe anotarse marginalmente en el acta de matrimonio. Los acreedores anteriores al cambio de régimen

que corresponda el certificado de matrimonio debidamente legalizado. En estos casos, el plazo a que se refiere el inciso anterior se contará desde la fecha de la inscripción del matrimonio en Chile. Celebrado el matrimonio, las capitulaciones no podrán alterarse, aun con el consentimiento de todas las personas que intervinieron en ellas, sino en el caso establecido en el inciso 1.º del artículo 1723.

²⁶ Argentina, Código Civil y Comercial de la Nación, aprobado por ley 26.994, promulgado según decreto 1795/2014, del 02 de octubre de 2014. Disponible en: http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo/Codigo_Civil_y_Comercial_de_la_Nacion.pdf

que sufran perjuicios por tal motivo pueden hacerlo declarar inoponible a ellos en el término de un año a contar desde que lo conocieron.” (Subrayado nuestro)

Nótese que el régimen argentino es más flexible que el régimen chileno, sin embargo, las modificaciones que se realicen a las capitulaciones matrimoniales tienen una serie de requisitos que deben cumplirse, específicamente para que tengan efecto frente a terceros. Además, está establecido por el legislador en el Código Civil de ese país.

Artículo 450. Personas menores de edad

Las personas menores de edad autorizadas judicialmente para casarse no pueden hacer donaciones en la convención matrimonial ni ejercer la opción prevista en el artículo 446 inciso d).

3.2.3. Régimen de Capitulaciones Matrimoniales en Colombia

Las capitulaciones matrimoniales y de la sociedad conyugal están reguladas en el Título XXII, Capítulo I, artículos 1771 y siguiente del Código Civil.²⁷

Reglas Generales Concepto

ART. 1771. — Se conocen con el nombre de capitulaciones matrimoniales las convenciones que celebran los esposos antes de contraer matrimonio, relativas a los bienes que aportan a él, y a las donaciones y concesiones que se quieran hacer el uno al otro, de presente o futuro.

Conc.: arts. 28, 198.

Requisitos Formales

ART. 1772. — Las capitulaciones matrimoniales se otorgarán por escritura pública; pero cuando no ascienden a más de mil pesos los bienes aportados al matrimonio por ambos esposos juntamente, y en las capitulaciones matrimoniales no se constituyen derechos sobre bienes raíces, bastará que consten en escritura privada, firmada por las partes y por tres testigos domiciliados en el territorio. De otra manera no valdrán.

Conc.: arts. 1741, 1760.

²⁷ Colombia, Código Civil, publicado por Legis Editores S.A, del 05 de julio de 2000. Disponible en: https://www.cvc.gov.co/sites/default/files/Sistema_Gestion_de_Calidad/Procesos%20y%20procedimientos%20Vigente/Normatividad_Gnl/Codigo%20Civil%20Colombiano.pdf

Estipulaciones Prohibidas

ART. 1773. —*Las capitulaciones matrimoniales no contendrán estipulaciones contrarias a las buenas costumbres ni a las leyes. No serán, pues, en detrimento de los derechos y obligaciones que las leyes señalan a cada cónyuge respecto del otro o de los descendientes comunes.*

Conc.: art. 1523.

Carácter Subsidiario De La Sociedad Conyugal

ART. 1774. —*A falta de pacto escrito se entenderá, por el mero hecho del matrimonio, contraída la sociedad conyugal con arreglo a las disposiciones de este título.*

Conc.: art. 66.

Renuncia A Los Gananciales

ART. 1775. —*Modificado. D. 2820/74, art. 61. Cualquiera de los cónyuges siempre que sea capaz, podrá renunciar a los gananciales que resulten a la disolución de la sociedad conyugal, sin perjuicio de terceros.*

Conc.: arts. 15, 1837.

Capitulaciones Del Menor Adulto

ART. 1777. —*El menor hábil para contraer matrimonio podrá hacer en las capitulaciones matrimoniales, con aprobación de la persona o personas cuyo consentimiento le haya sido necesario para el matrimonio, todas las estipulaciones de que sería capaz si fuese mayor; menos las que tengan por objeto renunciar los gananciales, o enajenar bienes raíces, o gravarlos con hipotecas o servidumbres. Para las estipulaciones de estas clases será siempre necesario que la justicia autorice al menor. El que se halla bajo curaduría por otra causa que la menor edad, necesitará de la autorización de su curador para las capitulaciones matrimoniales, y en lo demás estará sujeto a las mismas reglas que el menor. No se podrá pactar que la sociedad conyugal tenga principio antes o después de contraerse el matrimonio; toda estipulación en contrario es nula.*

Conc.: arts. 6º, 117, 483, 1523, 1741, 1837, 1857.

Irrevocabilidad Una Vez Celebrado El Matrimonio

ART. 1778. *Las capitulaciones matrimoniales no se entenderán irrevocablemente otorgadas sino desde el día de la celebración del matrimonio; ni celebrado, podrán alterarse, aun con el consentimiento de todas las personas que intervinieron en ellas. (Subrayado nuestro)*

Modificaciones E Inoponibilidad Frente A Terceros

ART. 1779. *No se admitirán en juicio escrituras que alteren o adicionen las capitulaciones matrimoniales, a no ser que se hayan otorgado antes del matrimonio y con las mismas solemnidades que las capitulaciones primitivas. Ni valdrán contra terceros las adiciones o alteraciones que se hagan en ellas, aun cuando se hayan otorgado en el tiempo y con los requisitos debidos; a menos que se ponga un extracto o minuta de las escrituras posteriores, al margen del protocolo de la primera escritura.*

Relación De Bienes y Deudas

ART. 1780. *Las capitulaciones matrimoniales designarán los bienes que los esposos aportan al matrimonio, con expresión de su valor y una razón circunstanciada de las deudas de cada uno. Las omisiones o inexactitudes en que bajo este respecto se incurra, no anularán las capitulaciones; pero el notario ante quien se otorgaren hará saber a las partes la disposición precedente y lo mencionará en la escritura, bajo la pena que por su negligencia le impongan las leyes.*

Como vemos en Colombia igual que en Venezuela, las capitulaciones matrimoniales deben otorgarse antes de contraer matrimonio a través de escritura pública en Colombia en una notaría, y en Venezuela se otorga mediante escritura pública a través de un registro subalterno.

En Colombia, no deben contener estipulaciones contrarias a la ley, es irrevocable e irreversible, es decir que no se le pueden hacer cambios y será vigente mientras dure el matrimonio. Asimismo, cualquiera de los cónyuges siempre que sea capaz, podrá renunciar a los gananciales que resulten a la disolución de la sociedad conyugal, sin perjuicio de terceros.

Es importante destacar que capitulación matrimonial sólo tendrá efecto desde el primer día después de haber sido declarada. De no declarar la unión, aunque la capitulación matrimonial se haya notariado, no tendrá efecto.

3.2.4. Capitulaciones Matrimoniales en España

El régimen económico matrimonial en España está regulado en el Título III, Capítulo I, artículos 1315 y siguientes del Código Civil.²⁸

Disposiciones generales

Artículo 1315. *El régimen económico del matrimonio será el que los cónyuges estipulen en capitulaciones matrimoniales, sin otras limitaciones que las establecidas en este Código.*

²⁸ España, Código Civil, publicado en Gaceta de Madrid núm. 206, del 25 de julio de 1889. Disponible en: <file:///C:/Users/Clinica%20JuCridica/Downloads/CODIGO%20CIVIL%20ESPANOL.pdf>.

Artículo 1316. A falta de capitulaciones o cuando éstas sean ineficaces, el régimen será el de la sociedad de gananciales.

CAPÍTULO II

De las capitulaciones matrimoniales

Artículo 1325. En capitulaciones matrimoniales podrán los otorgantes estipular, modificar o sustituir el régimen económico de su matrimonio o cualesquiera otras disposiciones por razón del mismo.

Artículo 1326. Las capitulaciones matrimoniales podrán otorgarse antes o después de celebrado el matrimonio.

Artículo 1327. Para su validez, las capitulaciones habrán de constar en escritura pública.

Artículo 1328. Será nula cualquier estipulación contraria a las Leyes o a las buenas costumbres o limitativa de la igualdad de derechos que corresponda a cada cónyuge.

Artículo 1329. El menor no emancipado que con arreglo a la Ley pueda casarse podrá otorgar capitulaciones, pero necesitará el concurso y consentimiento de sus padres o tutor, salvo que se limite a pactar el régimen de separación o el de participación.

Artículo 1331. Para que sea válida la modificación de las capitulaciones matrimoniales deberá realizarse con la asistencia y concurso de las personas que en éstas intervinieron como otorgantes si vivieren y la modificación afectare a derechos concedidos por tales personas.

Artículo 1332. La existencia de pactos modificativos de anteriores capitulaciones se indicará mediante nota en la escritura que contenga la anterior estipulación y el Notario lo hará constar en las copias que expida.

Artículo 1333. En toda inscripción de matrimonio en el Registro Civil se hará mención, en su caso, de las capitulaciones matrimoniales que se hubieren otorgado, así como de los pactos, resoluciones judiciales y demás hechos que modifiquen el régimen económico del matrimonio. Si aquéllas o éstos afectaren a inmuebles, se tomará razón en el Registro de la Propiedad, en la forma y a los efectos previstos en la Ley Hipotecaria.

Artículo 1334. Todo lo que se estipule en capitulaciones bajo el supuesto de futuro matrimonio quedará sin efecto en el caso de no contraerse en el plazo de un año.

Artículo 1335. La invalidez de las capitulaciones matrimoniales se regirá por las reglas generales de los contratos. Las consecuencias de la anulación no perjudicarán a terceros de buena fe.

El régimen español es el más flexible en esta materia, pues permite celebrar las capitulaciones antes de contraer matrimonio, después de contraído y hacer modificaciones siempre que sea de mutuo acuerdo y siguiendo los formalismos establecidos en la ley.

3.3. Legislación venezolana

Por su parte están reguladas en el Código Civil de Venezuela, Sección II Del Régimen de los Bienes.²⁹

Artículo 141: El matrimonio, en lo que se relaciona con los bienes, se rige por las convenciones de las partes y por la Ley.

Artículo 143: Las capitulaciones matrimoniales deberán constituirse por instrumento otorgado ante un Registrador Subalterno antes de la celebración del matrimonio; pero podrán hacerse constar por documento auténtico que deberá ser inscrito en la Oficina Subalterna de Registro de la jurisdicción del lugar donde se celebre el matrimonio, antes de la celebración de éste, so pena de nulidad.

Artículo 144: Para la validez de las modificaciones en las capitulaciones matrimoniales, es necesario que se registren con anterioridad a la celebración del matrimonio, de conformidad con el artículo precedente, y que todas las personas que han sido parte en las capitulaciones presten su consentimiento a la modificación.

Artículo 145: Toda modificación en las capitulaciones matrimoniales, aunque revestida de las formalidades preceptuadas en el artículo anterior, queda sin efecto respecto a terceros, si al margen de los protocolos del instrumento respectivo no se ha anotado la existencia de la escritura que contenga la modificación.

No se dará copia del instrumento de capitulaciones matrimoniales sin la inserción de la predicha nota, so pena para quien lo hiciere de pagar una multa, que le será impuesta por su superior, de cien a mil bolívares, quedando a salvo las acciones civiles o penales a que dicha omisión diere lugar.

Nótese la rigurosidad de las formalidades que contemplaba nuestro C.C.V. con respecto a la figura de las capitulaciones matrimoniales, las cuales solo podían celebrarse y/o modificarse antes de la celebración del matrimonio con las solemnidades en el establecidas, siempre respetando el derecho de terceras personas; por otra parte dichas capitulaciones solamente podían ser celebradas con ocasión del matrimonio, quedando sin efecto las mismas en caso de que el matrimonio no se llevara a cabo, en ningún momento el legislador considera viable esta figura para el concubinato y/o las uniones estables de hechos.

²⁹ Venezuela, Código Civil de Venezuela, publicado en la Gaceta N° 2.990 Extraordinaria, del 26 de julio de 1982.

Sin embargo, lo anteriormente descrito fue cambiado abrupta y repentinamente por sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° 0652 del 26 de noviembre de 2021.³⁰ En esta sentencia la Sala estableció con carácter vinculante, que las capitulaciones matrimoniales podrán celebrarse antes y durante el matrimonio, además durante el matrimonio podrán ser modificadas cada 5 años, y además también consideró que en las uniones estables de hecho y/o concubinato también se pueden celebrar capitulaciones matrimoniales.

La sentencia *in comento* ha sido ampliamente criticada porque en primer término se estableció que el accionante había perdido interés procesal en consecuencia se declaraba desistido (perimido)³¹ el recurso, cuyos efectos están regulados en el C.P.C. y en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia³² cuyos efectos y consecuencias no fueron debidamente aplicados. Además, el solicitante del recurso pedía que se aplicarían al 185-A del C.C.V. los mismos efectos del artículo 189 *ejusdem* y en consecuencia se pudiera disolver la comunidad conyugal, es decir, se trataba de una solicitud de interpretación de ambos artículos a los fines de equiparar los efectos y aplicar al 185-A C.C.V. el procedimiento que establece el artículo 190 del Código Civil Venezolano y el artículo 762 del Código de Procedimiento Civil Venezolano.

Sin embargo, la Sala consideró que por tratarse del orden público y violando a todas luces el artículo 128 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, que debe respetarse, aunque el asunto sea de mero derecho. Además, la sentencia decide pronunciarse sobre las capitulaciones matrimoniales, es decir, algo totalmente diferente a lo solicitado con lo cual se viola el principio de congruencia procesal, es decir, los jueces en sus decisiones deben ser concordantes con los hechos y peticiones hecha por las partes, porque si no ocurre como en este caso lo que llamaríamos un desajuste entre el fallo y lo solicitado por las partes.

Cabe destacar que la sentencia tuvo un voto salvado de parte del Magistrado Calixto Ortega Ríos:

³⁰ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° 0652 del 26 de noviembre de 2021. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/noviembre/314728-0652-261121-2021-17-0293.HTML>, consultado en fecha 06 de julio de 2022

³¹ Venezuela, Código de Procedimiento Civil, publicado en Gaceta Oficial N° 4.209 de fecha 18 de septiembre de 1990. Artículo 267: “Toda instancia se extingue por el transcurso de un año sin haberse ejecutado ningún acto de procedimiento por las partes. La inactividad del Juez después de vista la causa, no producirá la perención”.

³² Venezuela, Ley Orgánica de Reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, publicada en Gaceta Oficial N° 6.684, de fecha 19 de enero de 2022. Artículo 94: “La instancia se extingue de pleno derecho en las causas que hayan estado paralizadas por más de un año por inactividad de la parte actora, antes de la oportunidad de los informes o de la fijación de la audiencia, según el caso”.

*“Quien suscribe, Magistrado Calixto Ortega Ríos, disiente del criterio sostenido por la mayoría sentenciadora al suscribir la decisión contenida en el presente fallo, por lo que de conformidad con lo establecido en el artículo 104 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, expresa su **VOTO SALVADO** en los términos siguientes:*

En principio, tal como lo observa acertadamente el proyecto, la parte accionante en nulidad, precisa:

“... cualquier esfuerzo de constatar la inconstitucionalidad que estamos denunciando, debe en primer lugar responder y observar que si la Ley admite la separación de bienes para los cónyuges que manifiesten voluntariamente querer separarse de cuerpo y consecencialmente suspender la vida en común, es injusto e ilógico que quienes ya hayan estado separados por más tiempo que establece la ley para convertir en divorcio a los separados de cuerpo de hecho, no tengan la misma posibilidad de manifestar su voluntad con respecto a los bienes comunes y más aún cuando el artículo 185-A del Código Civil Venezolano establece como causal de divorcio la ruptura prolongada de la vida en común; es decir por existir una separación de hecho constatada por el Tribunal y la manifestación de voluntad común de los cónyuges. En aras de evitar injusticia y discriminaciones, en esta última situación mencionada se debería permitir aplicar el procedimiento que establece el artículo 190 del Código Civil Venezolano y 762 Código de Procedimiento Civil Venezolano al artículo 185-A CCV”

Conforme a ello, en la sentencia de la cual se disiente, la mayoría sentenciadora delimita la solicitud, en este sentido:

“...entiende la Sala que la parte demandante en nulidad reclama una igualdad en la ley cuando en sus alegatos evidencia que resulta inexplicable la prohibición de disolución y liquidación voluntaria de los bienes de la comunidad matrimonial estando vigente aún el vínculo matrimonial, siendo que la figura jurídica de la separación de cuerpos según lo establecido en el artículo 185-A del Código Civil y artículo 190 eiusdem permiten la disolución o liquidación voluntaria de la comunidad de bienes.”

Si bien, el juez constitucional no se encuentra vinculado a lo solicitado por el accionante, debe existir algún nexo o conexión entre lo pedido y lo decidido, no puede hallarse una total excomuni3n entre lo solicitado y la decisi3n. No obstante ello, a pesar de establecerse de manera diáfana y concreta el tema decidendum en la sentencia y declararse que su resoluci3n es de orden público por lo que no se decide en la motiva de la misma, el abandono del trámite por pérdida del interés, aunque si lo hace en la dispositiva de la sentencia, sin embargo, la misma se profiere de forma totalmente distinta y deja de un lado lo solicitado en la acci3n popular para pronunciarse sobre el régimen patrimonial del matrimonio, que es un asunto totalmente diferente, con lo cual se produce una decisi3n incongruente.

Por otra parte, la mayoría sentenciadora declara en la sentencia de la cual se discrepa, que es un asunto de mero derecho y por ello obvia el procedimiento establecido en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, siendo que la acción popular por inconstitucionalidad, es por su naturaleza, un acción de mero derecho, y aun así, tienen fijado un procedimiento en la Ley, en el artículo 128 ejusdem, intitulado “Demandas sujetas a tramitación”, en el cual se establece:

“Demandas sujetas a tramitación

Artículo 128. Hasta tanto se dicte la Ley que regula la Competencia Constitucional las demandas a que se refieren los numerales 1, 2, 3, 4, 7, 8, 9 y 17 del artículo 25 de esta Ley se tramitarán conforme a lo que dispone este capítulo.” (Subrayado nuestro)

De acuerdo a ello, la Sala, en caso de la acción de nulidad de norma, no puede obviar el procedimiento legalmente establecido, como si se tratase un amparo, siguiendo su propia doctrina, sólo por la circunstancia que la causa sea de mero derecho, porque repetimos, siempre la acción popular de nulidad contiene pretensiones de mero derecho. Aun así, la Sala debe escuchar al Legislador por antonomasia – Asamblea Nacional – y al resto de los Poderes constituidos, tales como el Poder Ejecutivo e incluso a todo aquel que tenga algo que aportar a los fines de elaborar una legislación inclusiva, mucho más, en un Estado Social de Justicia y de Derecho donde el ciudadano ejerce un rol central y, la legislatura se practica bajo el principio de participación, protagonismo y corresponsabilidad. En este sentido, es contrario a tales principios, que en un aspecto tan importante de la vida privada, con trascendencia social, se haya omitido el procedimiento establecido.

Como corolario de lo anterior, la decisión de la cual nos deslindamos, implica un solapamiento de funciones con el Legislador ordinario, al cual le corresponde dicha función, en el sentido de la creación de Ley. La norma es una elaboración dentro de un proceso que involucra un complejo de actividades que va desde la consulta popular hasta la dinámica de las discusiones en las respectivas comisiones y en las plenarias de la Asamblea Nacional. No es una, sino dos discusiones, las que deben dárseles a los proyectos de Ley e incluso, pudiera ser sometida a referéndum aprobatorio y finalmente, puesta en ejecútese por el Presidente de la República. (Subrayado nuestro)

El fundamento de la sentencia de la cual nos apartamos aspira o pretende dar, carácter reivindicativo, se encuadra en la lucha por la igualdad entre el hombre y la mujer, que este disidente obviamente apoya. Ello precisamente niega una de las conquistas más importantes del movimiento feminista venezolano que logró la igualdad patrimonial en el matrimonio en la reforma del Código Civil de 1982, oportunidad desde la cual, la mujer casada

administra los bienes que provienen de su actividad económica y debe ser consultada y consentir la disposición de los bienes de la comunidad (al igual que el hombre) por lo que, si en algún aspecto la mujer ha conseguido plena igualdad, es precisamente en el reconocimiento jurídico de los efectos patrimoniales del matrimonio.

La sentencia de la que se disiente obra a contra corriente de la tendencia mundial del recurso cada vez más usual del las capitulaciones matrimoniales para resolver lo económico en los matrimonios y no considera aspectos que están vinculados al tema patrimonial, que se encuentra en el propio Código Civil como en otras instrumentos legislativos, como el tema de las sucesiones y la pérdida u obtención de la vocación hereditaria (Vid artículos 823 y 883 del Código Civil) en caso de capitulaciones post matrimonio o no, el caso de la mujer casada que ejerce el comercio (Vid artículo 16 y 19 cardinal 4° del Código de Comercio. En razón de este último, toda modificación, cambio, supresión o alteraciones de las capitulaciones matrimoniales originarias debe cumplir con esta disposición), la Ley Orgánica de Registro Civil, (Artículo 104 numeral 5 de la Ley Orgánica de Registro Civil) entre otras.

La nueva regulación no tiene previsiones de cuánto será el costo de su implementación, como si se requiere en el resto de la legislación nacional, antes de promulgarse una Ley, para saber cuánto costará la adecuación de los registros para procesar las solicitudes de cambio de régimen patrimonial. (Subrayado nuestro)

Empero, uno de los aspectos fundamentales, son los derechos de terceros, la enorme inseguridad jurídica que implica los cambios sobrevenidos al régimen de bienes dentro del matrimonio, por cuanto si bien se aplica hacia el futuro, es muy difícil saber cuál es el último régimen asumido por los cónyuges. En la actualidad, las capitulaciones deben ser registrada en la oficina de registro correspondiente al lugar del matrimonio (Ver artículo 143 del Código Civil), en el caso de la presente decisión sería, aunque no lo dice y es un aspecto fundamental, el lugar del matrimonio o del domicilio conyugal, (que puede variar a voluntad de los cónyuges. Ver artículo 140 del Código Civil), entonces puede registrarse las capitulaciones en determinada ciudad porque los cónyuges de mutuo acuerdo fijan su domicilio conyugal en ese lugar, que puede ser distinto y distante al domicilio individual de cada uno de ellos, pudiendo ambos conjunta o separadamente, dependiendo del último régimen decidido, contratar con terceros, que no tienen posibilidades de conocer dicho régimen patrimonial. (Subrayado nuestro)

Del mismo modo, no existe precedentes legislativos de regímenes conyugales totalmente flexibles, así las cosas, esta sentencia abre la posibilidad de aplicación a matrimonios donde actualmente existe comunidad de gananciales y con ocasión a esta decisión se puede vulnerar los intereses de los cónyuges con la exigencia de capitulaciones entre cónyuges, cuyos matrimonios tienen años constituidos, pudiendo afectar derechos adquiridos.

Para la mayoría sentenciadora se ha obviado el carácter mercantil que comportan las capitulaciones matrimoniales cuando se trata de que la pareja, o uno de ellos, sean comerciantes. Hoy, todo lo invade el comercio, y la consideración de que el patrimonio es solo una entidad civil, es anacrónica pues el patrimonio es solo una entidad de activos y pasivos tasables en dinero.

Finalmente, a pesar de que el fundamento de la sentencia aspira reivindicar la igualdad entre el hombre y la mujer, no puede haber igualdad ahí en donde se genera una fuente de eventuales conflictos en detrimento de los cónyuges, la familia y la sociedad. De igual forma, se piensa en un igualdad entre el hombre y la mujer, pero por mucho que se analice la argumentación, subyace una posición desigual, ya que la unión entre parejas no tiene per se que comprometer su privativo patrimonio. Si durante la vida de pareja se nutre y crece el patrimonio, por el sentido mismo de la convivencia, la pareja se socorre mutuamente, pero las virtudes del amor y de los sentimientos no tienen por qué ser la expresión del carácter patrimonial de la unión. Son dos aspectos bien diferenciados. Se pretende introducir un carácter materialista en la unión de los afectos o sentimientos que han dado origen a la unión de la pareja. Es esto un desencanto censurable por lo que la ideología que abraza la sentencia es, lamentablemente, antisocial, con manifiesto perjuicio previsible para la unión, la familia y la sociedad. Con la introducción de este nuevo régimen, lo cierto es que una vez casados pueden variar las circunstancias económicas de los cónyuges y uno de ellos, quiera dejar de compartir sus bienes, ejerciendo para eso alguna posición de dominio, sexual, afectiva, económica o jurídica, variando las circunstancias originales para acceder al casamiento. ¿No estaremos agregando una circunstancia adicional de estrés a la vida en matrimonio? ¿No es mejor un plan educativo que le enseñe a los ciudadanos que existe la posibilidad de realizar capitulaciones matrimoniales con sus ventajas para la vida en común?, pues nada garantiza que este cambio radical determine que no se seguirá manteniendo al régimen de gananciales –que aunque régimen supletorio– es el más extendido entre los ciudadanos venezolanos”.

Es importante destacar aquí los artículos 243 y 244 del C.P.C. que establecen los requisitos que debe contener la sentencia.³³

Artículo 243° Toda sentencia debe contener: 1° La indicación del Tribunal que la pronuncia. 2° La indicación de las partes y de sus apoderados. 3° Una síntesis clara, precisa y lacónica de los términos en que ha quedado planteada la controversia, sin transcribir en ella los actos del proceso que constan de autos. 4° Los motivos de hecho y de derecho de la decisión. 5° Decisión

³³ Venezuela, Código de Procedimiento Civil, en Gaceta Oficial N° 4.209 de fecha 18, de septiembre de 1990.

expresa, positiva y precisa con arreglo a la pretensión deducida y a las excepciones o defensas opuestas, sin que en ningún caso pueda absolverse de la instancia. 6° La determinación de la cosa u objeto sobre que recaiga la decisión.

Artículo 244° Será nula la sentencia: por faltar las determinaciones indicadas en el artículo anterior; por haber absuelto de la instancia; por resultar la sentencia de tal modo contradictoria, que no pueda ejecutarse o no aparezca que sea lo decidido; y cuando sea condicional, o contenga ultrapetita.

“... La Ley no define el concepto jurídico procesal del mencionado vicio, pero la doctrina y la jurisprudencia han elaborado tal concepto, expresando que la “Ultrapetita” consiste en un exceso de jurisdicción del Juez al decidir cuestiones que no le han sido planteadas en el juicio, concediendo generalmente a alguna parte una ventaja no solicitada, es decir, dando más de lo pedido que es la significación etimológica del vocablo. Así la ultrapetita ha sido definida “Como aquel pronunciamiento judicial que concede más de lo pedido, o que se pronuncia sobre cosa no demandada” (S. C.F. y C de 30/04-1928, M. de 1936 pág. 387)...”— Sentencia, SCC, 16 de julio de 1987, Ponente Magistrado Dr. Luis Darío Venlandia, juicio Eduardo Sacco Ambrosini Vs. Acerex. C.A.; O.P.T. 1987, N° 7, p. 96; Reiterada: S., SCC, 15/12-1988, Ponente Magistrado Dr. Carlos Trejo Padilla; O.P.T. 1988, N° 12, p. 127, Reiterada: S. SCC, 19/06-1991, Ponente Magistrado Dr. Luis Darío Venlandia, juicio Luis A. Urbina Vs. Aldo Di Sorbo, Exp. N° 88-0568; O.P.T. 1991, N° 6. p. 358 y ss.”³⁴

“Explica la doctrina, que el vicio de “ultra petita” consiste en que la sentencia concede a la parte vencedora más de lo que ésta ha reclamado de la vencida. Es decir, se viola la máxima romana Tatum Judicatum Quantum Discussum: Ahora bien, la ultrapetita puede ser objetiva y subjetiva. La primera es la que se refiere sobre cosas no demandadas; y la segunda, cuando se cambia los sujetos de la controversia. Igualmente explica la doctrina que no toda modificación en el objeto de la controversia vicia el fallo, ya que el Tribunal puede acordar menos de lo reclamado; pero no puede decidir sobre cosa no demandada, ni sobre cosa extraña, ni conceder más de lo pedido, ya que su decisión debe circunscribirse a los límites de la demanda. Para verificar si el Juez ha incurrido en ultrapetita, es indispensable individualizar la acción y escudriñar en la sentencia, si ésta, ha sufrido algún abultamiento o desfiguración...”-Sentencia, SCC, 17 de Septiembre de 1987, Ponente Magistrado Dr. René Plaz Bruzual, juicio Clínica Panamericana, C.A. Vs. Benjamin, Hercules Catalano Díaz, O.P.T. 1987, N° 8/9, p. 173; Reiterada: S., SCC, 15/12-1988, Ponente Magistrado

³⁴ Patrick J. Baudin L, *Código de Procedimiento Civil Venezolano*, 3ª Edición actualizada, Edición Paredes, Caracas, 2010-2011, p. 288.

Dr. Carlos Trejo Padilla, juicio Carlos Luis Santos Vs. Junta Directiva del Sindicato Unión Obrera del Puerto de la Guaira; O.P.T. 1988, N° 12, p. 127; Reiterada: S., SCC, 13/07-1989, Ponente Magistrado Dr. Aníbal Rueda, juicio Juan Pedro Pereira Correa Vs. Luis Acosta; O.P.T. 1989, N° 7, p. 113.

El vicio de ultrapetita ha sido definido como un exceso de jurisdicción que se configura objetivamente cuando el Juez en el dispositivo del fallo, o en uno de los considerandos contentivos de una decisión de fondo, se pronuncia sobre cosa no demandada o concede más de lo pedido o decide con fundamento en un título distinto...”-Sentencia, SCC, 15 de Febrero de 1989, Ponente Magistrado Dr. Aníbal Rueda, juicio Banco Federal, C.A. Vs. Sociedad Financiera Marafin: O.P.T. 1989, N° 2, p. 122;

11-... La ultrapetita, ha sido definida tradicionalmente, como el pronunciamiento judicial que concede más de lo pedido o que se pronuncia sobre cosa no demandada. Este concepto ha sido el que recogió la casación venezolana cuando en un fallo de 30/04-1928 dejó: “el vicio de ultrapetita no puede cometerse en principio sino en la parte dispositiva del fallo por decidirse en ella sobre cosas no demandada o haberse dado más de lo pedido, y sólo por excepción en algunos de los considerandos de la sentencia, cuando ese considerando contenga realmente una decisión de fondo en cualquiera de los dos sentidos preapuntados” (M. de 1929 p. 259, Jurisprudencia y Critica de la Casación Venezolana 1924-1950. V. 11. Dr. G. Manrique Pacanis p. 309 N° 12). Este concepto es el que ha seguido la Sala en forma invariable hasta el presente y es el acogido por la doctrina nacional.... - Sentencia, SCC, 02 de Marzo de 1989, Ponente Magistrado Dr. Luis Dario Velandia, juicio Salvatore Yacolino Vs. T.V. Import, C.A.; O.P.T. 1989, N° 3, p. 138”.³⁵

“Existe ultrapetita objetiva, la más frecuente, cuando se excede o se transforma el objeto de la demanda. Y también no sólo cuando se concede más o cosa distinta, sino asimismo cuando se acuerdan accesorios de la acción principal no reclamados o se excede igualmente en ellos...-Sentencia, SCC, 15 de Enero de 1992, Ponente Magistrado Dr. Adán Febres Cordero, juicio Juan Manuel Morillo Chirinos Vs. Reinaldo Pereira Álvarez, Exp, N° 91-0379; O.P.T. 1992, N° 1, p. 134.”³⁶

Con respecto al vicio de incongruencia la Sala de Casación Civil del T.S.J. se ha pronunciado en múltiples oportunidades, así tenemos que en sentencia de Nro 517, de fecha 08 de agosto de 2018.

La Sala establece:

³⁵ *Ibíd.*, p. 289.

³⁶ *Ibíd.*, p. 290.

“Este elemento denominado **congruencia** supone, que el fallo no contenga más de lo pedido por las partes: **ne eat iudex ultra petita partium**, pues si así lo hiciera incurriría en **incongruencia positiva**, la que existe cuando la sentencia concede o niega lo que nadie ha pedido, dando o rechazando más, cuantitativamente o cualitativamente de lo que se reclama, o cuando el juez extiende su decisión más allá de los límites del problema judicial que le fue sometido a su consideración.

Y es por ello, que con fundamento en la determinación del problema judicial que debe hacerse en la sentencia, podrá verificarse la llamada **incongruencia** del fallo, que da lugar a la **incongruencia positiva o ultrapetita**, ya señalada, y que también se puede presentar, si el juez decide sobre algo distinto de lo pedido por las partes **extrapetita, -ne eat iudex extra petita partium-**; o la **incongruencia negativa o citrapetita, -ne eat iudex citra petita partium-** cuando el juez omite el debido pronunciamiento sobre alguno de los términos del problema judicial.

De igual forma ha señalado esta Sala, que si lo establecido por el juez constituye claramente una conclusión de orden intelectual, a la que arribó **luego de examinar las pruebas aportadas** por las partes al proceso, esto es claro que no constituye la violación del principio de **congruencia** del fallo, conforme a la doctrina de la Sala, al ceñirse el Juez a **decidir conforme a lo alegado y probado en autos**, sin suplir excepciones o argumentos de hecho no formulados por las partes.

Al respecto de la **incongruencia positiva**, esta Sala en **sentencia N° RC-913**, de fecha **10 de diciembre de 2007**, expediente N° 2007-281, estableció lo siguiente:

“(…) Ahora bien, el requisito de congruencia del fallo está previsto en el ordinal 5° del artículo 243 del Código de Procedimiento Civil, el cual establece que toda sentencia debe contener decisión expresa, positiva y precisa, con arreglo a la pretensión deducida y a las excepciones o defensas opuestas.

Esta norma es acorde con lo previsto en el artículo 12 del Código de Procedimiento Civil, que dispone que el juez debe decidir conforme a lo alegado en autos, sin suplir excepciones o argumentos de hecho no formulados por las partes, lo cual constituye una reiteración del principio dispositivo que caracteriza el procedimiento civil en nuestro ordenamiento jurídico.

Las disposiciones citadas sujetan el pronunciamiento del juez a todos los alegatos formulados por las partes, sin que le sea posible dejar de decidir alguno de ellos (incongruencia negativa), o por el contrario, extender su decisión sobre excepciones o argumentos de hechos no formulados en el proceso (**incongruencia positiva**).

De la transcripción parcial de la sentencia del juez de alzada, antes reseñada, se desprende que claramente estableció, que contrario a lo sostenido en el escrito reconvenional, si existió un objeto lícito en la venta contenida en el documento, cuya nulidad se solicita, y seguidamente también expresa que, la parte demandante reconvenida, promovió pruebas en su oportunidad legal, siendo documentos públicos, que en su conjunto le restaron valor a las pruebas promovidas por la demandada reconviniente, y enervaron los hechos señalados en la mutua petición, y por tanto no decretó la confesión ficta, al quedar desvirtuado el alegato fundamental de la reconvenición.

Lo antes expuesto constituye claramente una conclusión de orden intelectual, a la que arribó el Juez Superior luego de examinar las pruebas aportadas por las partes al proceso, lo cual es claro que no constituye la violación del principio de congruencia del fallo, conforme a la doctrina de la Sala citada en esta denuncia, al ceñirse el juez a decidir conforme a lo alegado y probado en autos, sin suplir excepciones o argumentos de hecho no formulados por las partes.

*En base a lo anteriormente expuesto, estima esta Sala que en el caso concreto, no se configura el vicio de **incongruencia positiva** denunciado por ‘ultrapetita’, pues se evidencia que el ad-quem se pronunció con arreglo a la pretensión deducida y a las excepciones o defensas opuestas.*

*En consecuencia, esta Sala declara improcedente, la denuncia de infracción de los artículos 12 y 243 ordinal 5° del Código de Procedimiento Civil, por incongruencia positiva ‘ultrapetita’. Y así se decide...” (Destacados de la Sala) Así pues, el **vicio de incongruencia** ocurre cuando el juez no se pronuncia sobre todos los alegatos formulados por las partes, sin que le sea posible dejar de decidir alguno de ellos (**incongruencia negativa**), o por el contrario, extiende su decisión sobre excepciones o argumentos de hecho no formulados en el proceso o excederse en lo solicitado oportunamente por las partes (**incongruencia positiva**). (Cfr. **Sentencia N° RC-184, de fecha 10 de mayo de 2011**, caso de Servi Comidas Express C.A., contra Imosa Tuboacero Fabricación C.A., **expediente N° 2010-506**.)”³⁷*

³⁷ Veritas Lex, Grupo Jurídico, “Casación Por Vicio De Incongruencia”, Sala de Casación Civil N° 517 / 8/11/2018. Disponible en: <https://grupoveritaslex.com/blog/casacion-por-vicio-de-incongruencia-1158>, consultado en fecha 26 de julio de 2022.

Conclusión

El Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Constitucional, ha dictado una serie de decisiones polémicas en materia de instituciones como el matrimonio, el concubinato, el divorcio, sus causales, los procedimientos y ahora la más reciente sobre las capitulaciones matrimoniales, con lo cual usurpa las competencias del poder legislativo, al transformar totalmente el contenido de artículos del C.C.V. y el C.P.C.

Muchas de esas sentencias violatorias del derecho a la defensa y al debido proceso, incluso esta última sentencia no solo afecta a las partes de la relación, entiéndase cónyuges y concubinos, sino que se ven realmente afectados los derechos de terceros de buena fe.

La sentencia analizada además contiene vicios importantes como la incongruencia, pues decidió sobre algo que nadie solicitó. Además, violó todos los procedimientos que para este tipo de sentencia establece la L.O.T.S.J.

Por otra parte, dejó lagunas importantes, con respecto a la adecuación de los registros, los costos de esa adecuación, los derechos de terceros entre otras muchas interrogantes que se señalan particularmente en el voto salvado de la sentencia, citado en esta investigación.

Se puede observar en la pequeña muestra de la legislación extranjera citada, que instituciones como las capitulaciones matrimoniales están debidamente reguladas de manera legislativa, en ningún caso se ha hecho por vía jurisprudencial.

Sabemos que el poder legislativo se encuentra en mora en algunas materias, sin embargo, eso no puede ser subsanado por vía jurisprudencial, hemos repetido en múltiples oportunidades en esta investigación, que el T.S.J. al usurpar funciones y competencias del poder legislativo pone en riesgo el derecho a la defensa y al debido proceso consagrados en la C.R.B.V.³⁸

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Argentina, Código Civil y Comercial de la Nación, aprobado por ley 26.994, promulgado según decreto 1795/2014 del 02 de octubre de 2014.

AVELEDO DE LUIGI, Isabel Grisanti, *Lecciones de Derecho de Familia*, Sexta Edición, Vadell Hermamos Editores, Valencia Venezuela, 1994.

³⁸ Artículo 49: “El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas; en consecuencia: 1.- La defensa y asistencia jurídica son inviolables en todo estado y grado de la investigación y del proceso.” (Subrayado nuestro)

BAUDIN L, Patrick J, *Código de Procedimiento Civil Venezolano*, 3ª Edición actualizada, Edición Paredes, Caracas, 2010-2011.

CABANELLAS, Guillermo, *Diccionario de Derecho Usual*, Tomo II, Sexta Edición, Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1968.

Chile, Código Civil, publicado por el Ministerio de Justicia, del 16 de mayo de 2000.

Colombia, Código Civil, publicado por Legis Editores S.A, del 05 de julio de 2000.

DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria, “*Unión De Hecho Estable o Unión Concubinaria En Venezuela*”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, N° 11, Caracas, agosto 2019.

____ *Manual de Derecho de Familia*, Tribunal Supremo de Justicia, Colección Estudios Jurídicos N° 20, Caracas, 2008.

España, Código Civil, Publicado en Gaceta de Madrid núm. 206, del 25 de julio de 1889.

INNECCO DURÁN, María Fernanda, “La Unión Estable de Hecho y sus Diferencias con el Matrimonio”, *Revista de la Facultad de Derecho*, N° 73, Caracas, 2018-2019.

LÓPEZ HERRERA, Francisco, *Derecho de Familia*, Tomo I, segunda edición (actualizada), Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2005.

____ *Derecho de Familia*, Tomo II, Segunda Edición (actualizada), Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2009.

Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° 1682 del 15 de julio de 2005. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/julio/1682-150705-04-3301.HTM>, consultado en fecha 28 de junio de 2022.

____ sentencia N° 0652 del 26 de noviembre de 2021. Disponible en: <https://drive.google.com/file/d/16VhSfe9WmhHmCIOXVznCAZ3PcGcpVQtO/view>, consultado en fecha 06 de julio de 2022.

Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° 072 del 22 de junio de 2022. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scs/junio/317498-072-22622-2022-21-031.HTML>, consultado en fecha 20 de julio de 2022.

Venezuela, Código Civil De Venezuela, publicado en la Gaceta N° 2.990 Extraordinaria del 26 de Julio de 1982.

____ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, publicada en Gaceta Oficial Extraordinaria N° 36.860 de fecha 30 de diciembre de 1999.

____ Código de Procedimiento Civil, en Gaceta Oficial N° 4.209 de fecha 18 de septiembre de 1990.

____ Ley Para La Protección de La Familia, La Maternidad Y La Paternidad, publicada en Gaceta oficial N°6.686 de fecha 15 de febrero del 2022.

____ Ley Orgánica de Registro Civil, publicada en Gaceta Oficial N°39.264 de fecha 15 de septiembre de 2009.

____ Reglamento Número 1 de La Ley Orgánica De Registro Civil, publicada en, Gaceta Oficial N° 40.093 de fecha 18 de enero de 2013.

____ Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia en Gaceta Oficial N° 6.684 de fecha 19 de enero de 2022.

VERITAS LEX, Grupo Jurídico, *Casación Por Vicio De Incongruencia*, Sala de Casación Civil N° 517 / 8/11/2018. Disponible en: <https://grupoveritaslex.com/blog/casacion-por-vicio-de-incongruencia-1158>, consultado en fecha 26 de julio de 2022.

SIGLAS

- 1.- CÓDIGO CIVIL VENEZOLANO: C.C.V
- 2.- CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL: C.P.C
- 3.- LEY DEL REGISTRO CIVIL: L.R.C
- 4.- REGLAMENTO DE LA LEY DEL REGISTRO CIVIL: R.L.R.C
- 5.- LEY PARA LA PROTECCIÓN DE LA FAMILIA, LA MATERNIDAD Y LA PATERNIDAD: L.P.F.M.P
- 6.- CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA: C.R.B.V
- 7.- TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA: TSJ
- 8.- LEY ORGÁNICA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA: L.O.T.S.J.

CAPITULACIONES MATRIMONIALES: AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

*Dubraska Galarraga Ponce**

SUMARIO

Introducción. 1. Principio de la autonomía de la voluntad y de libertad de contratación. 2. La autonomía de la voluntad en los efectos patrimoniales del matrimonio en el derecho comparado. 2.1. Estados Unidos de América. 2.1.1. Precedentes jurisprudenciales americanos. 2.1.2. Uniform Premarital Agreement Act (1983). 2.1.3. American Law Institute Principles of the Law of Family Dissolution: Analysis and Recommendations (2002). 2.1.4. Uniform Premarital and Marital Agreement Act (2012). 2.2. Inglaterra y Gales. 2.3. España. 3. La autonomía de la voluntad en los efectos patrimoniales del matrimonio y las uniones estables de hecho en Venezuela. 3.1. La libertad de contratación en el Código Civil venezolano. 3.2. Nuevo criterio de la Sala Constitucional: Autonomía de la Voluntad. 3.3. Las partes en la celebración de capitulaciones patrimoniales. 3.4. Efectos de las capitulaciones. 3.4.1. En cuanto al lugar. 3.4.2. En cuanto al momento. 3.5. Las capitulaciones matrimoniales en Venezuela y el Derecho Internacional. Conclusiones. Referencias bibliográficas.

Introducción

Las capitulaciones matrimoniales han ido variando en el tiempo, dependiendo de cómo se va entendiendo la institución del matrimonio y sus consecuencias patrimoniales. En el actual orden social globalizado, en el que encontramos la diversidad familiar y es habitual el elemento transnacional, se requiere que el marco regulatorio se adapte a las necesidades concretas de los diversos modelos familiares.

El matrimonio es visto cada vez más como un pacto o una convención entre dos personas que, debe durar mientras el sentimiento y los intereses que lo inspiraron, también permanezcan. Adicionalmente, en la actualidad la edad de los

* Universidad Central de Venezuela (UCV). Abogado, 2000. UCV, Estudios de Especialización en Derecho Mercantil, 2004. Socia de D'Empaire. Coordinadora del Área de Derecho de Familia y Sucesiones y co-coordinadora del Área de Litigios. 3. Profesora de Prácticas de Derecho Mercantil, UCAB 2011-2017. 4. Miembro de la Junta Directiva del Dividendo Voluntario para la Comunidad. dgarraga@dra.com.ve

contrayentes por lo general es mayor a la edad que tenían los contrayentes hace décadas, por ello estos llegan al matrimonio con bienes propios o expectativas de ir adquiriendo bienes en un futuro próximo, los cuales quieren administrar de forma individual, bien previendo una eventual separación, o para proteger el patrimonio de uno de los cónyuges ante los acreedores que pudiese tener el otro.

También en la actualidad se están formando uniones estables de hecho, que, sin llegar a la formalidad del matrimonio, tienen de igual forma consecuencias patrimoniales que deben regularse. De allí la importancia que las capitulaciones matrimoniales o patrimoniales en el caso de las uniones estables de hecho, deriven de la plena autonomía de la voluntad, como pilar del derecho civil.

1. Principio de la autonomía de la voluntad y de libertad de contratación

El derecho civil pertenece al derecho privado, el cual regula intereses particulares y, como expresa Bonet, el principio que tradicionalmente informa al sistema del Derecho Privado es el de “autonomía de la voluntad”, que deja libre iniciativa a los particulares para ordenar y regular sus relaciones jurídicas, del modo que mejor le convenga¹.

La expresión “autonomía de la voluntad” es propulsada por Weiss, que la utiliza en “*Traité élémentaire de droit international privé*”, en 1886. Anteriormente los autores empleaban la expresión “autonomía de las partes”, “autonomía del hombre”, “autonomía de los contratantes”, que son similares o sinónimos². “La noción jurídica de autonomía de la voluntad es una creación de la doctrina civilista francesa de los siglos XVIII y XIX. Enraizada en el individualismo jurídico, la autonomía de la voluntad encuentra sus fundamentos en las obras de Grocio, Puffendorf, Kant y Wolf”³.

El Derecho Privado parte de dos premisas: la igualdad y la libertad jurídica de las partes y, como aprecia García Amigo, el Derecho Privado está regido por el principio de la autonomía de la voluntad en sentido más amplio, habría que decir la libertad jurídica⁴.

¹ Francisco Bonet Ramón, *Derecho Civil. Introducción y Parte General*, T. I, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Barcelona, 1948, p. 228.

² Sara Feldstein de Cárdenas, *Contratos internacionales*. Contratos celebrados por Ordenador Autonomía de la Voluntad Lex Mercatoria. AbeledoPerrot, Buenos Aires, 1995, p. 5

³ Gioele Solari, *Filosofía del diritto privato, vol.I, Individualismo e Diritto privato*, Torino, 1959, p. 205.

⁴ Manuel García Amigo, *Instituciones del Derecho Civil*, Editoriales de Derechos Reunidas, S.A., Madrid, 1979, p. 205.

Indica Mélich Orsini, que ya en el Código Civil de Napoleón se entiende al contrato como un acuerdo de voluntades y comienza a hablarse del dogma de la autonomía de la voluntad⁵.

Por su parte, Evaristo Louzao, señaló que “la autonomía de la voluntad es un principio espiritual que no atiende más que a la voluntad y a la intención y prescinde de la materia y de formalismos externos”⁶. León Duguit expresó que: “La autonomía de la voluntad es un elemento de la libertad general; es la libertad jurídica y es, en suma, el poder del hombre de crear por un acto de voluntad, una situación de derecho, cuando este acto tiene un objeto lícito. En otros términos, en el sistema civilista, la autonomía de la voluntad es el poder de querer jurídicamente, y por lo mismo el derecho a que ese querer sea socialmente protegido”⁷.

Henry Capitant señaló que la autonomía de la voluntad es “un principio de derecho privado en virtud del cual el autor o los autores de un acto jurídico tienen la facultad de concluirlo libremente y de determinar a su agrado su contenido y sus efectos”⁸.

El tratadista René Demogue nos dice: “cuando la voluntad se ha formado normalmente, tiene ella pleno valor jurídico. Esto es lo que se llama principio de la autonomía de la voluntad”⁹. La voluntad que tiene pleno valor jurídico es lo que constituye en su esencia el principio de la autonomía de la voluntad, para el tratadista mencionado, y en virtud del cual “la voluntad de cada uno se encuentra obligada solamente a lo que él ha querido y posee derechos en la medida que ha querido tenerlos”¹⁰. Demogue distingue también en forma muy clara el principio de la autonomía de la voluntad y de la libertad contractual, cuando a continuación de lo anteriormente dicho, expresa: “de este principio fluye la libertad de las convenciones permitiendo fijar los efectos del contrato, de crear contratos innominados, de reglar la formación del contrato, de modificar o suprimir situaciones jurídicas establecidas por la voluntad de los contratantes”¹¹.

⁵ José Melich Orsini, *Doctrina General del Contrato*, 3° ed., Edit. Jurídica Venezolana, Marcial Pons, Caracas, 1997, p. 37.

⁶ Evaristo Louzao citado por Lisandro Cruz Ponce, *La Apariencia y el Derecho*, Imprenta Cultura, Universidad de Chile, Santiago, 1936, p. 32.

⁷ León Duguit, *Las transformaciones generales del derecho privado desde el Código de Napoleón*, p. 69, citado por Artemio Llanos Medina, *El Principio de la Autonomía de la voluntad y sus limitaciones*. Universidad de Chile. 1944

⁸ Henry Capitant, *Vocabulaire juridique*, citado por Artemio Llanos Medina, *ob. cit.*

⁹ René Demogue, *Traité des obligations en général*, T. I, p. 82, citado por Artemio Llanos Medina, *ob. cit.*

¹⁰ Citado por H. Lecompte, *Essai sur la notion de faculté en droit*, p. 143.

¹¹ *Ídem.*

Todos los autores están de acuerdo en considerar como la principal manifestación del principio de la autonomía de la voluntad, la facultad que tiene el sujeto de derecho para celebrar libremente actos jurídicos y determinar el contenido y los efectos en las condiciones y formas que desee, y muy principalmente, para celebrar contratos, dando con ello origen a su derivación más importante: el principio de la libertad contractual. De ahí que con mucha razón se ha dicho que “el campo de la contratación es el de la autonomía de la voluntad”¹².

De manera que podemos decir, que la autonomía de la voluntad es un principio de derecho, el cual le da estructura al derecho privado, no solo reconociendo la voluntad del individuo, que lo faculta para crear, modificar o extinguir sus relaciones jurídicas, sino que aun más, la legislación privada debe ser la interpretación de la voluntad probable cuando ella no se ha manifestado en forma expresa.

2. La autonomía de la voluntad en los efectos patrimoniales del matrimonio en el derecho comparado

2.1. Estados Unidos de América

El sistema estadounidense se basa tanto en los *cases law*¹³, como en las cincuenta y una normativas de cada uno de los estados. En la actualidad, existe un proceso armonizador y unificador de la regulación de estos pactos con los *Uniform Premarital and Marital Agreement Acts* de 2012, sin embargo, aún no se ha conseguido que todos los estados americanos presenten una correspondencia entre sus legislaciones.

2.1.1. Precedentes jurisprudenciales americanos

El caso *Posner v. Posner*¹⁴ fue el pronunciamiento que cambió la concepción de los *prenups*, ya que fue la primera vez que un Tribunal Supremo americano admitía los pactos prematrimoniales en previsión de ruptura, dejando de considerarlos contrarios al orden público. El tribunal del estado de Florida consideró que al haber prestado ambas partes consentimiento de manera libre, quedaban vinculados a ese acuerdo, y debía de pagarse la pensión pactada.

¹² Colin y Capitant, *ob. cit.*, T. III, p. 532, citado por Artemio Llanos Medina, *ob. cit.*

¹³ Los “*cases law*” equivaldrían en el sistema venezolano a la jurisprudencia de la Sala Constitucional, es decir, los precedentes y resoluciones judiciales que crean Derecho aplicable.

¹⁴ Corte Suprema de Florida, Sentencia número 371-62, de fecha 25 de marzo de 1970, caso *Posner v. Posner*. Disponible en: <https://law.justia.com/cases/florida/supreme-court/1970/37162-0.html>, consultada el 30 de julio de 2022.

Posteriormente, el Tribunal Supremo de Georgia en el caso *Scherer v. Scherer*¹⁵ formuló un *test* que debía pasar todo *prenup* para ser considerado válido. El “Test Scherer” consta de tres partes como analiza Anton Juárez: en primer lugar, la emisión del consentimiento debe ser de forma libre. En segundo lugar, no puede tratarse de un acuerdo desproporcionado, aunque no establece el momento en que debe controlarse su proporcionalidad. Y en último lugar, no podrá ser injusto para las partes, de manera que si cambian las circunstancias deberá analizarse su validez.

El Tribunal Supremo de Pensilvania en 1990, en el caso *Simeone v. Simeone*¹⁶ entendió que los *prenups* eran un tipo de contrato, por lo que se les debían aplicar las reglas de estos, estableciendo total libertad para pactar entre parejas, sin que exista desigualdad entre ellas.

2.1.2. Uniform Premarital Agreement Act (1983)

Los acuerdos prematrimoniales inicialmente eran regulados por las normas generales de los contratos, y en muchas ocasiones se cuestionaba su validez. Sin embargo, tras la unificación de criterio en forma de propuestas llevada a cabo por los *Uniform Premarital Agreement Acts* (en adelante, UPAA) en 1983 ya no se discutía su validez. Al tratarse de meras propuestas, no todos los estados las implementaron, solo veintisiete de ellos según Cervilla Garzon¹⁷, los aceptaron, y trece reprodujeron en sus normas su contenido. Por lo tanto, a pesar de que la intención era unificar y armonizar, no se consiguió por la falta de obligatoriedad y porque los que sí aceptaron los UPAA no establecieron una interpretación uniforme de los mismos. No se aplicaba por analogía a las uniones estables de hecho.

Por otro lado, la forma exigida en los UPAA era escrita, facultativa, y debían ser firmados por ambas partes.

¹⁵ Corte Suprema de Georgia, sentencia número 38539-1, dictada el 22 de junio de 1982, caso *Scherer v. Scherer*. Disponible en: <https://law.justia.com/cases/georgia/supreme-court/1982/38539-1.html>, consultada el 15 de julio de 2022.

¹⁶ Isabel Antón Juárez, “Acuerdos prematrimoniales: Ley aplicable y Derecho comparado”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol.7, núm.1, Universidad Carlos III de Madrid. Disponible en: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/2510>, consultado en fecha 13 de junio de 2022.

¹⁷ María Dolores Cervilla Garzón, “Acuerdos prematrimoniales y matrimoniales en el actual derecho de los Estados Unidos: The Uniform Premarital and Marital Agreement Act (2012)”, *Revista de Derecho Civil*, vol. IV, núm. 2, abril-junio, 2017, pp. 3-54. Disponible en <http://nreg.es/ojs/index.php/RDC>; consultado en fecha 13 de junio de 2022.

2.1.3. American Law Institute Principles of the Law of Family Dissolution: Analysis and Recommendations (2002)

Declinando el carácter contractual que tenían los UPAA, y fundamentándose en la protección e intereses de la institución familiar, se publicaron en 2002 los *Principles of the Law of Family Dissolution* por el *American Law Institute*. A pesar de mantener la ausencia de imperatividad en sus preceptos, se introdujeron cambios en la forma de interpretar los *prenups*, sobre los que ya se habían pronunciado tribunales con anterioridad en más de cien ocasiones.

Estos principios sobre el matrimonio se encuentran en su capítulo séptimo, donde se amplía el ámbito de aplicación extendiéndose a los pactos que se lleven a cabo durante el matrimonio. Además, permitió que fueran válidos por analogía en las parejas de hecho. El párrafo 7.01 define los pactos prematrimoniales, de acuerdo con la adaptación hecha por Anguita Villanueva, como aquellos acuerdos cuya función es modificar o mantener los derechos que las leyes hubieran previsto para los casos de crisis conyugal. Estos acuerdos deberán cumplir con la forma escrita y ser firmados por ambos miembros de la pareja, considerándose requisito de validez.

Se implantó un nuevo sistema basado en los momentos temporales para valorar la eficacia de los *prenups*: cuando se otorga el pacto, y cuando va a surtir efectos. En relación con el momento en el que se firma el acuerdo, se desprende la necesidad de que haya habido consentimiento libre e informado, como presunción *iuris tantum* cuando concurren los requisitos del párrafo 7.04: en primer lugar, haber tenido asesoramiento legal independiente, o que pudieran haberlo tenido, y en segundo lugar que el acuerdo se firmara, en todo caso, treinta días antes de la celebración del matrimonio.

Adicional a los requisitos mencionados, se debe hacer entrega de información patrimonial adicional en los casos en los que alguna de las partes pueda llegar a verse afectada de manera desventajosa por el pacto, como serían los casos de renuncia o limitación de los derechos. De esta manera, cuando no se cumplan los requisitos, será la parte que solicite que se haga efectivo el acuerdo, la que deba probar su existencia y validez.

2.1.4. Uniform Premarital and Marital Agreement Act (2012)

Los Uniform Premarital and Marital Agreement Acts son una versión de los UPAA. Continúan en la idea de armonización de la normativa americana en materia de Derecho de Familia, viéndose influidos por los *Principles of the Law of Family Dissolution*. Los caracteres principales de los *prenups* en este texto se dirigen al contenido, su validez y eficacia. En atención al contenido, en lugar de centrarse en los momentos temporales como hacían los *Principles*, se establecen una serie de cláusulas que deben ser observadas como inejecutables, de acuerdo

con Anton Juarez¹⁸, por perjudicar a los hijos o a alguna de las partes de manera general. No obstante, sí se permite pactar sobre la alteración de derechos propios del matrimonio, o de los que surjan tras la ruptura conyugal. Pareciera por el contenido de los *prenups*, de acuerdo con la sección segunda, que solo versara sobre pactos de carácter económico.

Sin embargo, Antón Juárez¹⁹ se muestra discrepante ante tal afirmación, considerando que “Los cónyuges tienen total libertad para estipular tanto las cuestiones personales como patrimoniales”. En todo caso, el contenido de los acuerdos estará limitado por el orden público y el interés de los hijos que sean niños o adolescentes. Así, en el supuesto de que el matrimonio tenga hijos y decidan pactar sobre sus deberes y obligaciones como padres, no serán vinculantes en vía judicial.

Como resultado, en la actualidad, puede considerarse que con estos textos se ha iniciado la vía por la que se dará un tratamiento uniforme a los *prenuptial agreements* en todos los estados de Estados Unidos de América, ya que aún no existe un régimen jurídico unitario, porque hay estados que restringen o prohíben los pactos tanto prematrimoniales como matrimoniales. Sin embargo, la autonomía de la voluntad no solo es considerada, sino que les da estructura a dichos textos, por lo que las partes podrán adaptar sus situaciones al contenido de ellos.

2.2. Inglaterra y Gales

En Inglaterra y Gales, la ley consideraba que los acuerdos prenupciales eran contrarios al orden público, ya que al considerar el divorcio irían contra la noción de matrimonio como un compromiso de por vida.

En la actualidad, a diferencia de los sistemas basados en el Derecho Civil como el nuestro, el Derecho inglés no cuenta con un régimen económico matrimonial. En Inglaterra y Gales no existe una comunidad de bienes (*community of property*). La celebración del matrimonio no tiene efectos patrimoniales. Sin embargo, en el momento del divorcio los tribunales disponen de una amplia libertad para distribuir los ingresos y los activos de los cónyuges con el fin de lograr un resultado justo. Para conseguir este resultado pueden dictar una gran variedad de órdenes o medidas judiciales como *ancillary relief*²⁰ dirigidas a obtener la liquidación de los efectos económicos del matrimonio.²¹

¹⁸ Isabel Antón Juárez, *ob. cit.*, p. 14.

¹⁹ *Ibid.*, p. 13.

²⁰ Las *ancillary relief* son autos u órdenes dictadas por un juez, normalmente en el marco de un procedimiento de divorcio.

²¹ Alonso Ortega Giménez, “El Régimen Económico Matrimonial en el Reino Unido”, *Barataria, Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales*, 2017. Disponible en: <https://doi.org/10.20932/barataria.v0i23.361>.

El derecho inglés ha ido cambiando por la presión de empresarios que querían proteger sus bienes ante eventuales rupturas matrimoniales, o incluso, proteger los bienes de uno de los cónyuges de posibles acreedores de uno solo de ellos y en el contexto de una mayor exposición de los tribunales ingleses a casos internacionales, y a la práctica cada vez más común de los acuerdos pre o post matrimoniales.

Uno de los casos emblemáticos que cambió la aplicación del derecho en este aspecto, fue el caso *Radmacher v. Granatino*²², en última instancia, el Tribunal Supremo decidió que “el tribunal debería dar efecto a un acuerdo libremente concertado por cada una de las partes con pleno conocimiento de sus implicaciones, a menos que, en las circunstancias imperantes, no fuera justo obligar a las partes a cumplir su acuerdo”. La motivación principal del tribunal fue el respeto a la autonomía de las partes para regular los asuntos económicos del matrimonio. Pareciera que, aunque la decisión no llega muy lejos, al menos sirvió para que en los siguientes casos hubiese un enfoque un poco más orientado hacia la autonomía de la voluntad.

En el año 2011 fue publicado el documento *Matrimonial Property, Needs and Agreements*, por parte de la *Law Commission*. Dicho documento a pesar de no tener carácter vinculante, propone la modificación de la ley en materia matrimonial, y recoge la propuesta de que los acuerdos prematrimoniales o matrimoniales adopten la forma escrita del acuerdo y el cumplimiento de la normativa de contratos, entre otros requisitos ya señalados por los tribunales.

2.3. España

El Diccionario de la Real Academia Española define las capitulaciones matrimoniales como “pactos que se hacen entre los esposos, antes o durante el matrimonio, que ordenan el régimen económico matrimonial y, eventualmente establecen también convenios sucesorios”²³.

En España se estableció la libertad capitular, como aplicación concreta del principio de autonomía de la voluntad en el ámbito matrimonial, y se dispuso en el Título III “Del régimen económico matrimonial”, en los artículos 1315 y 1325 del Código Civil español.

²² Corte Suprema de Inglaterra y Gales, sentencia dictada el 20 octubre de 2010, Caso *Radmacher v. Granatino*. Disponible en: <https://www.supremecourt.uk/cases/uksc-2009-0031.html>, consultada el 2 de julio de 2022

²³ Real Academia Española, *Diccionario de la Real Academia Española*. Disponible en <https://www.rae.es/>, consultado el 8 de julio de 2022.

El artículo 1315²⁴ del Código Civil español proclama el principio de autonomía de la voluntad entre los cónyuges, disponiendo que el régimen económico matrimonial será el que pacten entre ellos. Los cónyuges, e incluso los futuros cónyuges, pueden pactar en capitulaciones matrimoniales el régimen que tengan por conveniente, que puede ser uno de los previstos por la ley, común o foral, o uno atípico que ellos mismos constituyan. En el Capítulo II “De las capitulaciones matrimoniales”, integrado por los artículos 1325 a 1335, el Código Civil desarrolla la normativa de este negocio jurídico bilateral entre cónyuges. El artículo 1325, incluso permite que las capitulaciones establezcan estipulaciones de carácter tanto económico como personal.

En virtud de la libertad capitular, señala Alba Paños Pérez²⁵, regulada en los artículos 1315 y 1325 CC, puede cada unión matrimonial, dentro de los límites generales fijados para la autonomía privada y de otros más específicos señalados para el Derecho de Familia (art. 1328 CC), diseñar a medida la economía de su matrimonio y los efectos patrimoniales en virtud del mismo. Así, los contrayentes o los ya cónyuges pueden convenir uno de los regímenes previstos por la Ley (común o foral) o uno atípico que ellos mismos diseñen libremente a su antojo, al amparo de la autonomía concedida por ley y siempre respetando los límites previstos por el Ordenamiento Jurídico. No será necesario, como veremos, que las capitulaciones contengan su contenido típico; sino que pueden englobar situaciones jurídicas de muy variada índole, constituyendo un propicio escenario para el despliegue de la autonomía de la voluntad de los cónyuges, cada vez más amplia y amparada tanto legal como jurisprudencialmente²⁶.

En el derecho español al igual que en el nuestro, en caso de no existir capitulaciones matrimoniales, el régimen subsidiario que entraría a regir la relación sería el de comunidad de gananciales.

²⁴ España. Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil, publicado en Gaceta de Madrid núm. 206, del 25 de julio de 1889. Última actualización publicada el 16 de diciembre de 2021. Disponible en: [https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/(1)/con), consultado en fecha 5 de agosto de 2022.

²⁵ Alba Paños Pérez, “Hacia una mayor autonomía privada en capitulaciones matrimoniales con marco transfronterizo”, *Cuadernos De Derecho Transnacional*, 13 (2), pp. 440-471, 2021. Disponible en <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.6266>, consultado en fecha 15 de julio de 2022.

²⁶ España. Tribunal Supremo Sala Primera de lo Civil, del 15 de junio de 2005 (RJ 508/2005), afirmaba: “El art. 1325 CC, así como el 1315, vienen a consagrar la autonomía de los cónyuges para establecer su régimen matrimonial y, dada la naturaleza contractual de las capitulaciones, el precepto autoriza a sustituir o modificar dicho régimen en el ámbito de las previsiones legales, es decir, diseñar una situación jurídica distinta” Disponible en: STS 508/2005, 15 de Junio de 2005 - Jurisprudencia - VLEX 18040334, consultado el 01 de junio de 2022.

3. La autonomía de la voluntad en los efectos patrimoniales del matrimonio y las uniones estables de hecho en Venezuela

3.1. La libertad de contratación en el Código Civil venezolano

Tal y como se ha expresado, en el Derecho de Familia, uno de los aspectos a tomar en consideración es el régimen económico que va a regir a la relación, sea una relación matrimonial o sea una unión estable de hecho; antes, durante o después de iniciar la relación, los cónyuges o partes se hacen preguntas sobre este aspecto.

Es tendencia en la mayoría de las legislaciones, que prevalezca la autonomía de la voluntad de las partes, sin embargo, en Venezuela esa autonomía de la voluntad era bastante limitada al haber estado condenadas las capitulaciones a la inmutabilidad.

La legislación venezolana establece que el matrimonio, en cuanto se relaciona con los bienes, se rige por las convenciones de las partes y por la Ley, es decir, nuestra legislación ya recogía el principio de libertad de contratación, sin embargo, las capitulaciones estaban limitadas a la celebración del matrimonio, al estar condicionadas las capitulaciones o eventuales modificaciones, a que se registrarán con anterioridad al matrimonio.

El Código Civil venezolano²⁷ ya consagraba la libertad de contratación en las relaciones económicas del matrimonio. Esa autonomía contractual está contenida en el “Artículo 141. El matrimonio, en lo que se relaciona con los bienes, se rige por las convenciones de las partes y por la Ley”. Bajo este régimen de libertad contractual, la voluntad de las partes es ley, con las restricciones expresadas en el artículo 142: las leyes o las buenas costumbres, o cuando vaya algún aspecto en detrimento de los derechos y obligaciones que respectivamente tienen en la familia, y los contrarios a las disposiciones prohibitivas del Código y a las establecidas sobre divorcio, separación de cuerpos, emancipación, tutela y sucesión hereditaria.

Por otro lado, el artículo 144 del Código Civil, establecía que las modificaciones de las capitulaciones matrimoniales solo podían realizarse antes de celebrado el matrimonio, adoptando con ello el principio de inmutabilidad de las capitulaciones.

De manera que, si bien se establecía la libertad de las partes para celebrar las capitulaciones, estas estaban condenadas a la inmutabilidad, ya que solo podían celebrarse o modificarse antes de la celebración del matrimonio, limitándose de esa manera el principio de la autonomía de la voluntad.

²⁷ Venezuela. Ley de Reforma Parcial del *Código Civil*, publicada en la *Gaceta Oficial* de la República de Venezuela N° 2.990 Extraordinario, de fecha 26 de julio de 1982.

Algunas justificaciones ante esa restricción se referían a que la voluntad de la mujer podía verse vulnerada por la posición débil de esta en el matrimonio, o que pudiesen verse afectados derechos de terceros detrás de transacciones simuladas de disposición de bienes, para sustraerlos del patrimonio del cónyuge deudor de terceros.

Dichas justificaciones que antes se invocaban para prohibir las capitulaciones postnupciales, han perdido vigencia ante las conquistas alcanzadas por la mujer en la igualdad de derechos con el hombre, y su mejoramiento profesional y laboral.

En cuanto a las justificaciones de la inmutabilidad por supuestas transacciones simuladas, tampoco son hoy en día válidas, ya que, al estar condicionadas a la escritura pública, es posible que los eventuales deudores de uno de los cónyuges conozcan el contenido y fecha cierta de las mismas y podrán alegar y probar cualquier intento de simulación. En la actualidad el acceso a los documentos públicos no es un mero enunciado en una norma, sino una posibilidad cierta.

3.2. Nuevo criterio de la Sala Constitucional: Autonomía de la Voluntad

En fecha 26 de noviembre de 2021, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, con base al artículo 77²⁸ de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela dictó sentencia²⁹ (“sentencia de la Sala”) con ponencia de la Magistrada Carmen Zuleta de Merchán, en el caso de Recurso de Nulidad por Inconstitucionalidad del artículo 173 del Código Civil, cuya aplicación inmediata se estableció a partir de la publicación del criterio vinculante establecido en la misma, en la cual se hizo una interpretación constitucionalizante de los artículos 143, 144, 148 y 149 del Código Civil³⁰, estableciendo que las

²⁸ Venezuela. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, publicada en Gaceta Oficial Extraordinaria N° 36.860 de fecha 30 de diciembre de 1.999. **Artículo 77.** Se protege el 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 los requisitos establecidos en la ley producirán los mismos efectos que el matrimonio.

²⁹ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia. N° 652, del 26 de noviembre de 2021 con ponencia de la Magistrada Carmen Zuleta de Merchán, en el caso de Recurso de Nulidad por Inconstitucionalidad del artículo 173 del Código Civil Venezolano. Disponible en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/Noviembre/314728-0652-261121-2021-17-0293.HTML>, consultada el 3 de junio de 2022.

³⁰ Ley de Reforma Parcial del *Código Civil*, publicada en la *Gaceta Oficial* de la República de Venezuela N° 2.990 Extraordinario, de fecha 26 de julio de 1982. **Artículo 143.-** Las capitulaciones matrimoniales deberán constituirse por instrumento otorgado ante un Registrador Subalterno antes de la celebración del matrimonio; pero podrán hacerse constar por documento auténtico que deberá ser

capitulaciones matrimoniales se celebrarán conforme a la libre y expresa autonomía de los cónyuges/partes de manera personal con plena capacidad legal para contratar o en caso de minoridad o inhabilitación aún en trámite, con la asistencia y aprobación de la persona cuyo consentimiento es necesario para la celebración del matrimonio, sean sus padres o su curador.

Señaló la sentencia de la sala “Hoy día, cuando las instituciones familiares, y los cónyuges han alcanzado una igualdad y paridad civil en el plano familiar, resulta necesario reconocer la **autonomía de la voluntad de los cónyuges** conforme al **principio de igualdad**, de **manera expresa** (no falsamente tácita) y con reconocimiento de la **plena capacidad** de ambos cónyuges para administrar y disponer de los bienes propios y conyugales sin condicionamiento de su estado civil” (negritas en el original).

Así, estima la Sala “el artículo 144 del Código Civil venezolano se interpretará sin restricción admitiéndose la celebración de las capitulaciones matrimoniales antes de la celebración del matrimonio; o posteriormente durante la vigencia del matrimonio, así como también serán válidas las reformas o modificaciones a las Capitulaciones matrimoniales, su sustitución y la reforma”.

La “plena autonomía de la voluntad de los cónyuges” motiva la sentencia de la Sala. Esa autonomía de los cónyuges permite que estos puedan modificar las capitulaciones, incluso extinguirlas y pasar al régimen de gananciales si se da en medio de la libertad del consentimiento.

Señaló además que “siendo el régimen de capitulaciones o el de la separación de bienes conyugales el régimen principal que rige en la institución del matrimonio, mal podría explicarse la solemnidad a la que están sometidas (art. 143 Código Civil), y la condición de que la validez de las mismas estén sujetas a su celebración y registro antes del matrimonio (art. 144 Código Civil); restricciones legales éstas que sin duda, han influido en la inversión de la presunción legal; y hasta ha conllevado en la práctica a la sustitución del régimen principal de capitulaciones matrimoniales por el régimen supletorio de comunidad de bienes y gananciales”.

Adicionalmente a lo señalado por la Sala, algunas veces las partes no conocen las formas que tienen para organizar los aspectos económicos de sus uniones, por ello, se hace necesario que antes de contraer matrimonio o comenzar una unión estable de hecho, se asesoren con abogados de su confianza, a los fines de determinar el régimen económico que regirá en la relación.

inscrito en la Oficina Subalterna de Registro de la jurisdicción del lugar donde se celebre el matrimonio, antes de la celebración de éste, so pena de nulidad. Artículo 144.- Para la validez de las modificaciones en las capitulaciones matrimoniales, es necesario que se registren con anterioridad a la celebración del matrimonio, de conformidad con el artículo precedente, y que todas las personas que han sido parte en las capitulaciones presten su consentimiento a la modificación.

En el caso que los cónyuges o partes, de común acuerdo quieran modificar el régimen económico que regirá su relación a través de capitulaciones, o cambiar de capitulaciones al régimen de comunidad de gananciales, por el contrario a lo que piensan algunos, que iría contra la naturaleza del matrimonio, podría más bien eliminar un elemento perturbador en la relación, en cuanto a cómo administrar los bienes en el matrimonio, y en el caso de una eventual ruptura, tener claras las consecuencias patrimoniales de la misma.

La fundamentación que hace la Sala, del régimen pecuniario del matrimonio y demás instituciones de orden familiar reguladas por el Código Civil vigente, “hace énfasis en el carácter no injerencista del legislador civil cuya regulación en el ámbito privado y familiar se hace preferiblemente excepcional; de tal manera, que el intérprete estará obligado a respetar el dogma o axioma base del Derecho Privado: *“Todo lo que no está expresamente prohibido está tácitamente permitido”*, por oposición justamente al dogma básico del Derecho Público: *“Todo lo que no está expresamente permitido está prohibido”*.”

De igual modo, invocando la plena autonomía de la voluntad de los cónyuges, podrán estos revocar por mutuo consentimiento durante el matrimonio el régimen convencional de capitulaciones matrimoniales que hubiesen mantenido vigente, y someter el patrimonio propio al régimen legal comunitario previsto en los artículos 148 y siguientes del Código Civil³¹, una vez cumplidos los requisitos previstos en los artículos 143 y 145 del mismo Código.

Queda, por lo tanto, establecido por la sentencia de la Sala, la mutabilidad de las capitulaciones matrimoniales.

3.3. Las partes en la celebración de capitulaciones patrimoniales

La sentencia de la Sala señaló que podrán capitular los siguientes sujetos:

“Las capitulaciones matrimoniales se celebrarán conforme a la libre y expresa autonomía de los cónyuges/partes de manera personal con plena capacidad legal para contratar o en caso de minoridad o inhabilitación aún en trámite, con la asistencia y aprobación de la persona cuyo consentimiento es necesario para la celebración del matrimonio sean sus padres o su curador”.

³¹ Venezuela. Ley de Reforma Parcial del *Código Civil*, publicada en la *Gaceta Oficial* de la República de Venezuela N° 2.990 Extraordinario de fecha 26 de julio de 1982. Artículo 148.- Entre marido y mujer, si no hubiere convención en contrario, son comunes, de por mitad, las ganancias o beneficios que se obtengan durante el matrimonio. Artículo 149.- Esta comunidad de los bienes gananciales comienza precisamente el día de la celebración del matrimonio; cualquiera estipulación contraria será nula.

También señaló “No puede pasar desapercibida la situación jurídica similar que tienen las uniones concubinarias en ausencia de matrimonio, o uniones estables de hecho como han sido calificadas por esta Sala Constitucional en sentencia N° 1682/2005 y donde se fundaría la aplicación por analogía de la interpretación constitucional que hace la Sala del régimen convencional patrimonial del matrimonio a la institución del concubinato.”

De manera que, podrán capitular: i) Los futuros contrayentes o cónyuges de manera personal con plena capacidad legal para contratar, ii) en caso de minoridad o inhabilitación aún en trámite, con la asistencia y aprobación de la persona cuyo consentimiento es necesario para la celebración del matrimonio sean sus padres o su curador iii) Los concubinos o quienes pretendan constituir una unión estable de hecho.

En cuanto a minoridad, recientemente Sacha Fernández³² señaló “De allí que, en lo relativo al “menor de edad”, la sentencia objeto de estudio exige la asistencia y aprobación de sus padres sin dar mayor explicación ni profundidad sobre el tema. Al respecto, se debe tener presente que no se hace referencia en nada al caso de los menores de edad que se encuentran emancipados (artículos 382 a 386 del Código Civil)³³ donde uno de los supuestos es precisamente que se case, donde este puede llevar la simple administración y, en caso de exceder, esto requiere la autorización del juez y no de los padres como dice la sentencia. Tampoco hace referencia a los supuestos del menor no emancipado mayor de 16 años establecido en el artículo 273 del Código Civil³⁴, que le permite administrar los bienes obtenidos de su trabajo y los frutos y rentas de estos o de lo indicado en el artículo 146 *eiusdem*, que permite al menor de edad que puede casarse hacer capitulaciones matrimoniales”.

María Candelaria Guillen, ha señalado en cuanto a la capacidad que se debe tener para capitular que “se precisa distinguir entre los siguientes incapaces de obrar: el menor, el inhabilitado y el entredicho (judicial y legal). La capacidad para celebrar capitulaciones viene dada, en principio, por la capacidad matrimonial, es decir, por ser accesorias al matrimonio³⁵, podrá celebrarlas quien

³² Sacha Rohan Fernández Cabrera, “Comentarios a la sentencia de la Sala Constitucional N.º 652/2021 sobre las capitulaciones matrimoniales”, *Revista venezolana sobre legislación y Jurisprudencia*, N° 18, Caracas, 2022.

³³ Estos artículos se deben concordar con el artículo 356 literal b, de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, última reforma según Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N.º 6185 Extraordinario, de 08-06-15, en el cual dice que la patria potestad se extingue con la emancipación, con lo cual los padres o tutores no tendrían injerencia alguna sobre la toma de decisiones contractuales, que no excedan de la simple administración de los bienes.

³⁴ Vinculado al artículo 364 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

³⁵ Ahora también en las uniones estables de hecho.

tenga capacidad para contraer matrimonio, aun cuando medie “capacidad limitada” porque la ley prevé la asistencia o la autorización por tratarse de un acto personalísimo, aunque sea patrimonial. El menor de edad³⁶ puede celebrarlas con la asistencia y aprobación de la persona cuyo consentimiento es necesario para el matrimonio (artículo 146 del Código Civil); el inhabilitado precisa de la asistencia y aprobación del curador y aprobación del juez con conocimiento de causa (artículo 147 del Código Civil); el entredicho judicial por carecer de discernimiento no puede realizar capitulaciones matrimoniales porque ni siquiera cuenta con capacidad matrimonial y al tratarse de un acto personalísimo no obstante su contenido patrimonial no se admite la representación legal.

Debe recordarse que toda persona con capacidad para contraer matrimonio, la tiene también para hacer capitulaciones matrimoniales. El entredicho legal puede celebrar convenciones matrimoniales porque quien es capaz para contraer nupcias lo es para celebrar los pactos nupciales³⁷.

Lo cierto es que no existe prohibición que imposibilite contraer matrimonio al entredicho legal, con excepción de lo dispuesto en el artículo 55 del Código Civil, referente a que no se permite el matrimonio entre el condenado como reo o cómplice de homicidio ejecutado, frustrado o intentado contra uno de los cónyuges y el otro cónyuge. Mientras estuviere pendiente el juicio criminal, tampoco podrá celebrarse el matrimonio.

En todo caso, la capacidad se presume y la incapacidad debe probarse.³⁸

La sentencia de la Sala incluyó las uniones estables de hecho como han sido calificadas por ella en sentencia N° 1682/2005 y donde se fundaría la aplicación por analogía de la interpretación constitucional que hace la Sala, del Régimen convencional patrimonial del matrimonio a la institución del concubinato.

Fundamenta la Sala que, en ausencia de matrimonio, en la comunidad concubinaria debe prevalecer el principio de autonomía de la voluntad para que los concubinos en iguales condiciones que los cónyuges en el matrimonio puedan darse por mutuo consentimiento un régimen de capitulaciones patrimoniales que

³⁶ La edad referida en el artículo 46 del Código Civil relativa a 14 años para la mujer y 16 para el hombre, fue cambiada a 16 para ambos por la Sala Constitucional, mediante sentencia número 1353 de fecha 10 de octubre de 2014. Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/octubre/170070-1353-161014-2014-10-0161.html>, consultada el 12 de julio de 2022.

³⁷ Oscar Ochoa Gómez, *Derecho Civil I Personas*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2006, p. 701.

³⁸ *Vid.* artículo 18 del Código Civil: “Es mayor de edad quien haya cumplido dieciocho años. El mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil, con las excepciones establecidas por disposiciones especiales”.

se registrará analógicamente, según los artículos 143 y 146 del Código Civil interpretados con el mismo carácter vinculante que la Sala ha dispuesto para las capitulaciones matrimoniales.

Señaló la Sala que, en ausencia de Capitulaciones patrimoniales admitidas en el concubinato por inexistencia o nulidad de estas, deberá presumirse la comunidad de bienes salvo prueba en contrario, conforme lo establece el artículo 767 del Código Civil.

3.4. Efectos de las capitulaciones

La sentencia de la Sala señaló que los efectos de las modificaciones de las capitulaciones serán *ex nunc*, y en ningún caso tendrán efectos retroactivos sino hacia el futuro, y entrarán en vigor una vez registradas conforme lo establecido en los artículos 143 y siguientes del Código Civil, normativa que se ajustará a lo decidido, mientras no colija con lo decidido. En el caso de que la celebración y/o reforma de las capitulaciones matrimoniales se haga en el exterior, las mismas tendrán efectos en Venezuela una vez cumplidos los requisitos previstos en los artículos 143 y 145 del Código Civil.

Señaló la sentencia de la Sala, que las modificaciones a las capitulaciones patrimoniales que a bien tengan hacer las partes, sea durante el matrimonio o durante la unión estable de hecho, podrán hacerse una vez transcurridos cinco (5) años desde la fecha de la última capitulación de bienes efectuada.

Para la validez y antes del registro civil del documento contentivo de las modificaciones a las capitulaciones matrimoniales, las partes deberán previamente publicar dicho documento, por tres veces con intervalo de diez (10) días, en un periódico (versión digital e impresa) de circulación local en el lugar donde esté constituido el domicilio conyugal, o en el lugar más cercano a éste. Para el caso en cual no exista un periódico en dicha localidad, deberá publicarse en un periódico de circulación nacional (versión digital e impresa).

El documento de las capitulaciones patrimoniales de las uniones estables de hecho deberá incluir la indicación expresa de la fecha de inicio de la relación de hecho, todo ello a tenor de lo previsto en el artículo 77 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

En relación con la publicación para la validez de las capitulaciones, quedan algunas dudas que, si no se dicta una legislación al respecto, se aclararán en la medida en que la jurisprudencia vaya desarrollándose en ese sentido. A continuación, se mencionarán algunas:

3.4.1. En cuanto al lugar

El voto salvado de la sentencia de la Sala, del magistrado Calixto Ortega, señaló “...*si bien se aplica [la sentencia] hacia el futuro, es muy difícil saber cuál*

es el último régimen asumido por los cónyuges. En la actualidad, las capitulaciones deben ser registrada en la oficina de registro correspondiente al lugar del matrimonio (Ver artículo 143 del Código Civil), en el caso de la presente decisión sería, aunque no lo dice y es un aspecto fundamental, el lugar del matrimonio o del domicilio conyugal, (que puede variar a voluntad de los cónyuges. Ver artículo 140 del Código Civil), entonces puede registrarse las capitulaciones en determinada ciudad porque los cónyuges de mutuo acuerdo fijan su domicilio conyugal en ese lugar, que puede ser distinto y distante al domicilio individual de cada uno de ellos, pudiendo ambos conjunta o separadamente, dependiendo del último régimen decidido, contratar con terceros, que no tienen posibilidades de conocer dicho régimen patrimonial...”

La consideración anterior, que forma parte del voto salvado del magistrado Calixto Ortega es confusa y no ayuda al esclarecimiento del tema, ya que el artículo 143 del Código Civil fue interpretado de forma extensiva, a los fines de que puedan celebrarse las capitulaciones antes o después del matrimonio, pero no se cambió lo dispuesto en cuanto a la forma de publicación. Lo cierto es que la norma tiene 2 supuestos i) Las capitulaciones matrimoniales deberán constituirse por instrumento otorgado ante un Registrador Subalterno. ii) pero podrán hacerse constar por documento auténtico que deberá ser inscrito en la Oficina Subalterna de Registro de la jurisdicción del lugar donde se celebre el matrimonio.

Con relación al segundo supuesto de la norma no se presenta duda porque es muy claro, que en el caso de que se hagan constar por documento autentico, deberán registrarse en la Oficina Subalterna de Registro (Registro Inmobiliario) del lugar donde se celebre el matrimonio; sin embargo, en relación al primer supuesto, aunque el fin de la norma debe ser, que la validez sea oponible a terceros, por protección de estos últimos, se registren las capitulaciones patrimoniales en el lugar donde se celebre o se vaya a celebrar el matrimonio. La jurisprudencia ha señalado que cuando se habla de “un” Registrador Subalterno se refiere a cualquier Registrador y no al lugar de la celebración del matrimonio.³⁹

En este sentido, si se puede registrar en cualquier Registro, los terceros que pactan con alguno de los cónyuges no podrán conocer fácilmente la existencia y contenido de las capitulaciones matrimoniales. Sin embargo, la sentencia de la Sala incorporó un requisito más para la validez de las capitulaciones, para mayor protección a los terceros que pudiesen contratar con uno de los cónyuges/partes, y es que se deberán publicar las capitulaciones matrimoniales o patrimoniales, por tres veces con intervalo de diez (10) días, en un periódico (versión digital e impresa) de circulación en el lugar donde esté constituido el domicilio conyugal, o en el lugar más cercano a éste.

³⁹ Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia de fecha 22 de noviembre de 2010. Disponible en RC.000546-221110-2010-10-186.html (tsj.gob.ve) consultada el 10 de julio de 2022

3.4.2. En cuanto al momento

En relación con las capitulaciones matrimoniales no hay confusión en cuanto al momento de celebrarlas, porque la sentencia de la Sala señaló de forma clara que serán válidas las capitulaciones hechas antes o después del matrimonio.

Sin embargo, en las capitulaciones de las uniones estables de hecho, se presenta una duda en cuanto al momento de celebrar las capitulaciones, ya que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia cuando interpretó el artículo 77, mediante la sentencia⁴⁰ señaló que para que se entienda que existe una unión estable de hecho, esa unión debe tener por lo menos 2 años. Posteriormente, la Ley Orgánica de Registro Civil de 2009 en los artículos 117 al 122 reguló lo relativo al registro de dicha unión con eficacia probatoria, sin mencionar el lapso de duración que debe tener la unión y luego en sentencia 767/2015 de la referida Sala Constitucional señaló el valor probatorio del acta de registro civil de unión estable de hecho resaltando en principio su carácter de auténtico.

Señalado lo anterior, cabe preguntarse si antes de los 2 años, requisito de tiempo para considerar a una unión “estable”, podrían celebrarse las capitulaciones, y en el caso que se celebren y luego la relación termine antes de los 2 años, si esas capitulaciones patrimoniales, servirían al menos como un acuerdo en cuanto a la disposición de los bienes, en virtud de la misma autonomía de las partes. Tendremos que esperar a que se dicte la legislación al respecto, o que la jurisprudencia vaya interpretando a medida que se presenten los casos.

3.5. Las capitulaciones matrimoniales en Venezuela y el Derecho Internacional

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia estableció la interpretación constitucionalizante de los artículos 148 y 149 del Código Civil, afirmando que “...En el caso de que la celebración y/o reforma de las capitulaciones matrimoniales se haga en el exterior las mismas tendrán efectos en Venezuela una vez cumplidos los requisitos previstos en los artículos 143 y 145 del Código Civil”. Antes de la decisión de la Sala, la inmutabilidad de las capitulaciones y el registro previo a la celebración del matrimonio, eran normas consideradas de orden público, y a la vez teníamos la Ley de Derecho Internacional Privado (art. 22), en la cual se establecía que las capitulaciones matrimoniales válidas de acuerdo a un derecho extranjero, podrían ser inscritas en cualquier momento en la Oficina Principal de Registro venezolano, cuando produjeran efectos frente a terceros, es decir, que para que pudiesen registrarse, unas capitulaciones celebradas en el exterior tenían que ser válidas de acuerdo

⁴⁰ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia número 1682 de fecha 15 de julio de 2005. Disponible en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/julio/1682-150705-04-3301.HTM> consultado 10 de julio de 2022.

al derecho extranjero, siempre que fuese para producir efectos respecto a terceros de buena fe, sobre bienes inmuebles situados en el territorio de la República. Quedaban por lo tanto supuestos no contemplados norma, ya que, si los bienes contemplados en las capitulaciones matrimoniales eran bienes muebles, no podían ser inscritas por ante la Oficina Principal del Registro, y ese era un requisito indispensable para la eficacia de esas capitulaciones en Venezuela.

También podía darse el supuesto que se interpretara la norma sobre la calificación del carácter previo al matrimonio de las capitulaciones como una norma de orden público, y los funcionarios del Registro negaran su inscripción ante el Registro, por ser posterior al matrimonio.

Tal y como lo señala la Profesora Claudia Madrid, en “efecto los artículos 143 y 144 del Código Civil podrían calificarse como de orden público interno, en el sentido que no pueden ser modificadas por convenios entre particulares (Art. 6 CCV). Podría incluso pensarse que las mismas normas tenían el carácter de principios de orden público en el Derecho internacional privado, de manera que podían entorpecer la aplicación de un Derecho extranjero que dispusiese la posibilidad de acordar en Venezuela capitulaciones después de celebrado el matrimonio.”⁴¹

En tal sentido puntualizó la Profesora Madrid, que “ el levantamiento de la limitación temporal por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia hace más sencillo el funcionamiento del aparte único del artículo 22 de la Ley de Derecho internacional privado, con lo cual, el funcionario ante el cual se pretenda registrar en Venezuela las capitulaciones válidamente celebradas en el extranjero, no tendrá necesidad de verificar el momento de la celebración de las mismas, ni podrá invocar los artículos 143 y 144 del Código Civil para obstaculizar su registro”.⁴²

De manera que, la sentencia de la Sala estableció con claridad que las capitulaciones celebradas en el extranjero y que sean consideradas válidas por ese derecho, podrán inscribirse en la Oficina de Registro en Venezuela, antes o después de celebrado el matrimonio.

⁴¹ Claudia Madrid Martínez. “Venezuela: el tiempo de las capitulaciones matrimoniales y el Derecho internacional privado”, *Hablemos de Derecho Internacional Privado*. Disponible en: <https://www.hablemosdedipr.com>, consultado en fecha 8 de julio de 2022.

⁴² *Ídem*.

Conclusiones

El derecho privado en Venezuela debe ser una expresión de los acuerdos que sean consecuencia de la plena voluntad de las partes, mucho más en un aspecto tan importante como es el del establecimiento del régimen patrimonial que regirá durante el matrimonio o la unión estable de hecho.

Por ello, la facultad de autorregulación por parte de los cónyuges, ejercida libremente dentro de los límites impuestos por la ley, debe ser posible para normar las relaciones patrimoniales del matrimonio o de la unión estable de hecho, de la forma más amplia posible.

Con la Sentencia de la Sala, nuestro máximo intérprete de la Constitución reconoce la realidad de los efectos económicos del matrimonio, y con base en el principio de la autonomía de la voluntad, interpretó de forma extensiva el régimen dispuesto por el legislador, e incluso lo adaptó de forma novedosa, permitiendo que los cónyuges/partes puedan crear, modificar e incluso extinguir el régimen económico que rige en la relación matrimonial o de unión estable de hecho.

En definitiva, la mutabilidad de los capítulos matrimoniales o patrimoniales, la libertad de pactos que organicen o modifiquen la economía del matrimonio o de la unión estable de hecho, es un gran avance en cuanto a la aplicación del principio de la autonomía de la voluntad en la esfera familiar del Derecho civil patrimonial, con sujeción a las limitaciones propias para su debida implementación, como serían los principios sistemáticos de igualdad entre los cónyuges, de actuación en régimen de paridad y de solidaridad en la gestión, administración y disposición de sus patrimonios.

Para que nuestro Derecho Civil, siga avanzando en este pilar como lo es la autonomía de la voluntad, aun es necesario incorporar, la permisividad de la contratación entre cónyuges, como por ejemplo lo hizo el Código Civil español, permitiendo la venta de bienes entre cónyuges, la transmisión por cualquier título de bienes y derechos, la celebración de toda clase de contratos.⁴³

La libertad de contratación debe prevalecer aun entre cónyuges, ya que no existe justificación válida para restringirla en aquellos actos de disposición de bienes. Ante ese principio de libertad de contratación debe darse vigencia en nuestro Código Civil, la celebración de todo tipo de contratos entre cónyuges, incluso el de disposición de bienes, regulándose por supuesto, lo que sería la protección de los derechos de terceros.

⁴³ España. Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil, Gaceta de Madrid núm. 206, del 25 de julio de 1889. Última actualización publicada el 16 de diciembre de 2021. Disponible en: [https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/(1)/con), en fecha 5 de agosto de 2022. Artículo 1323. Los cónyuges podrán transmitirse por cualquier título bienes y derechos y celebrar entre sí toda clase de contratos.

Tocará a la legislación o a la jurisprudencia de la Sala Constitucional como máximo intérprete de la constitución, hacerlos, pero en el mundo actual, es importante avanzar y que el derecho no quede rezagado, de forma anacrónica, a los procesos sociales que vayan surgiendo.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANTÓN JUÁREZ, Isabel, “Acuerdos prematrimoniales: Ley aplicable y Derecho comparado”, *Cuadernos de Derecho Transnacional, Universidad Carlos III*, Vol. 7, Núm. 1, Madrid. Disponible en: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/2510>, consultado el 13 de junio de 2022.

BONET RAMÓN, Francisco, *Derecho Civil. Introducción y Parte General*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Barcelona, 1948.

CERVILLA GARZÓN, María Dolores, “Acuerdos prematrimoniales y matrimoniales en el actual derecho de los Estados Unidos (The Uniform Premarital and Marital Agreement Act 2012)”, *Revista de Derecho Civil*, vol. IV, núm. 2, abril-junio, 2017. Disponible en: <http://nreg.es/ojs/index.php/RDC>, consultado el 13 de junio de 2022.

Corte Suprema de Florida, Estados Unidos de América, sentencia 1970/37162 de fecha 25 de marzo de 1970, caso Posner v. Posner. Disponible en <https://law.justia.com/cases/florida/supreme-court/1970/37162-0.html>, consultado el 30 de julio de 2022.

Corte Suprema de Georgia, Estados Unidos de América, sentencia 1982/38539 de fecha 22 de junio de 1982, caso Scherer v. Scherer. Disponible en: <https://law.justia.com/cases/georgia/supreme-court/1982/38539-1.html>, consultado el 15 de julio de 2022.

Corte Suprema de Inglaterra y Gales, del 20 octubre de 2010, caso Radmacher v. Granatino. Disponible en: <https://www.supremecourt.uk/cases/uksc-2009-0031.html>, consultado en fecha 2 de julio de 2022.

DUGUIT, León, *Las transformaciones generales del derecho privado desde el Código de Napoleón*, Analecta Ediciones y Libros, Pamplona, 2006.

FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara, *Contratos internacionales. Contratos celebrados por Ordenador Autonomía de la Voluntad Lex Mercatoria*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995.

FERNÁNDEZ CABRERA, Sacha Rohan, “Comentarios a la sentencia de la Sala Constitucional N.º 652/2021 sobre las capitulaciones matrimoniales”, *Revista venezolana sobre legislación y jurisprudencia*, N° 18, Caracas, 2022.

GARCÍA AMIGO, Manuel, *Instituciones del Derecho Civil*, Editoriales de Derechos Reunidas, S.A., Madrid, 1979.

MADRID MARTÍNEZ, Claudia, “Venezuela: el tiempo de las capitulaciones matrimoniales y el Derecho internacional privado”, *Hablemos de Derecho Internacional Privado*. Disponible en <https://www.hablemosdedipr.com>, consultado el 8 de julio de 2022.

MELICH ORSINI, José, *Doctrina General del Contrato*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Centro de Investigaciones Jurídicas, Caracas, 2006.

LECOMPTE, Henri, *Essai sur la notion de faculté en droit*, Recueil-Sirey, París, 1930.

LLANOS MEDINA, Artemio, *El Principio de la Autonomía de la voluntad y sus limitaciones*, Universidad de Chile, 1944.

LOUZAO, Evaristo, *La Apariencia y el Derecho*, Imprenta Cultura, Universidad de Chile, Santiago, 1936.

OCHOA GÓMEZ, Oscar, *Derecho Civil I Personas*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2006.

ORTEGA GIMÉNEZ, Alonso, “El Régimen Económico Matrimonial en el Reino Unido”, *Barataria Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales*. Disponible en: <https://doi.org/10.20932/barataria.v0i23.361>, consultado el 19 de junio de 2022.

PAÑOS PÉREZ, Alba, “Hacia una mayor autonomía privada en capitulaciones matrimoniales con marco transfronterizo”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Num. 13, 2021, Disponible en <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.6266>, consultado en fecha 15 de julio de 2022.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Real Academia Española*. Disponible en <https://www.rae.es/>, consultado el 8 de julio de 2022.

Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, República Bolivariana de Venezuela, sentencia No. 652, del 26 de noviembre de 2021. Disponible en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/Noviembre/314728-0652-261121-2021-17-0293.HTML>, consultado el 3 de junio de 2022.

_____ sentencia No. 1353 de fecha 10 de octubre de 2014. Disponible en: <http://www.tsj.gob.ve/decisiones/scon/octubre/170070-1353-161014-2014-10-0161.html>, consultado el 12 de julio de 2022.

_____ sentencia No. 1682 de fecha 15 de julio de 2005, Disponible en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/julio/1682-150705-04-3301.HTM>, consultado el 10 de julio de 2022.

Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, República Bolivariana de Venezuela, sentencia Exp. N° 2010-000186 de fecha 22 de noviembre de 2010. Disponible en http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/noviembre/RC.000_546-221110-2010-10-186.HTML, consultado el 10 de julio de 2022.

Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo, España, sentencia RJ 508/2005 de fecha 15 de junio de 2005. Disponible en STS 508/2005, 15 de Junio de 2005 - Jurisprudencia - VLEX 18040334, consultado el 01 de junio de 2022.

SOLARI, Gioele, *Filosofía del diritto privato*, Vol. I: Individualismo e diritto privato, G. Giappichelli Editore, Torino, 1959.

Venezuela. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, publicada en Gaceta Oficial Extraordinaria N° 36.860, del 30 de diciembre de 1999.

____ Ley de Reforma Parcial del *Código Civil*, publicada *Gaceta Oficial* Extraordinaria de la República de Venezuela N° 2.990, del 26 de julio de 1982.

LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS ROBOTS CON INTELIGENCIA ARTIFICIAL

Blas Rivas Alejandro^{*}
Blas Rivas Santos^{**}

SUMARIO

Introducción. Desarrollo histórico de los sistemas de responsabilidad civil. Cuestiones jurídicas sobre la responsabilidad civil de robots con IA. Posibles soluciones a las cuestiones suscitadas sobre responsabilidad civil de robots. Jurisprudencia ilustrativa sobre la responsabilidad civil de robots. Conclusiones. Referencias bibliográficas.

Introducción

La seguridad jurídica que exige un Estado de Derecho convincente requiere primero que seamos capaces entender y conceptuar lo que está sucediendo en el mundo real. Así, por ejemplo, hasta que no hayamos comenzado a usar de forma generalizada vehículos autónomos, no sabremos realmente cómo se desarrollará el tráfico con estos automóviles y, por tanto, no tendrá sentido regular los posibles conflictos derivados de accidentes ocasionados por ellos. No debemos olvidar que el Derecho siempre va un paso por detrás de la sociedad y debe evolucionar adaptándose a la realidad con la que convive en cada momento, no al revés.

En la actualidad la inteligencia artificial (en adelante, IA) comienza a tomar forma en los sistemas jurídicos a nivel global, en especial en los países a la vanguardia de los avances tecnológicos. Así, el uso de la inteligencia artificial se ha extendido a muchos campos de nuestra vida. Hay sistemas de inteligencia

* Abogado en ejercicio desde 1990 y Presidente de la red internacional de abogados Iurisgal International Network of Law Firms. Ha coordinado diversos encuentros internacionales de empresarios y también de abogados en España, Argentina, Uruguay, Brasil, Hungría o Portugal, además de impartir diversas conferencias, ponencias y publicado artículos sobre derecho empresarial, comercial internacional, propiedad intelectual y derecho bancario.

** Estudiante de doble grado bilingüe de Derecho y Administración de Empresas en la Universidad Carlos III de Madrid. Es miembro de la Nova Talent Network.

artificial que realizan entrevistas de trabajo, otros que nos hablan actuando de teleoperadoras del banco y otros que realizan procedimientos quirúrgicos de alta precisión. Uno puede argumentar a favor o en contra de ellas, pero es innegable el progresivo aumento de la adopción de estos sistemas autónomos y semiautónomos por las empresas¹.

Todo ello conlleva una profunda revolución de los conceptos legales más elementales para poder adecuarse a los nuevos tiempos. Por ejemplo, uno de los puntos más conflictivos de las nuevas regulaciones se encuentra en discernir quién es el sujeto que debe hacer frente a la responsabilidad civil y penal de un atropello mortal realizado por un vehículo autónomo. Ni siquiera queda claro si una inteligencia artificial es un sujeto de derecho porque no se encuadra dentro de la categoría de persona física, jurídica, ni semejantes como los entes sin personalidad jurídica.

La Unión Europea ya ha publicado una Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Ley de inteligencia artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión en 2021². La UE propone una legislación para un enfoque europeo coordinado en cuanto a las implicaciones éticas y humanas de la Inteligencia Artificial.

Desde que en 2017 el Consejo Europeo comenzase a trabajar en documentos políticos que recogen la preocupación por cuestiones relacionadas con nuevas tendencias tecnológicas, se han publicado desde esta Entidad numerosos instrumentos prelegislativos alrededor de estas materias.

En octubre de 2020 el Parlamento Europeo había aprobado una resolución con una serie de recomendaciones para la Comisión sobre un régimen de responsabilidad civil en materia de inteligencia artificial³ cuyo foco está centrado en la responsabilidad civil del operador de un sistema de IA, solicitando una propuesta de Reglamento sobre la responsabilidad civil por el funcionamiento de sistemas de inteligencia artificial. Incluso, previamente, la Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de febrero de 2017, con recomendaciones destinadas

¹ Michael Chui, Bryce Hall, Alex Singla y Alex Sukharevsky, “The State of AI in 2021”, *McKinsey Global Survey on AI*, 2021. Disponible en: <https://www.mckinsey.com/business-functions/quantumblack/our-insights/global-survey-the-state-of-ai-in-2021>, consultado en fecha de 1 de septiembre de 2022.

² Unión Europea. Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Ley de inteligencia artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión, COM (2021) 206 final, 2021.

³ Unión Europea. Resolución del Parlamento Europeo, de 20 de octubre de 2020, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre un régimen de responsabilidad civil en materia de inteligencia artificial (2020/2014(INL)), 2020.

a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica⁴ adelantó una nueva categoría jurídica potencialmente aplicable a robots que potencialmente tomen decisiones autónomas inteligentes o posean capacidad independiente de actuación, denominada “persona electrónica”.

Sin embargo, tanto en la UE como en prácticamente cualquier otro sistema jurídico, estas regulaciones están lejos de estar cerradas, siendo los instrumentos citados solo documentos para comenzar el estudio de estos nuevos desafíos jurídicos.

En base a las numerosas implicaciones que suponen la implementación de sistemas con instrumentos que utilizan Inteligencia Artificial, el escaso desarrollo legislativo actual en esta materia y la compleja normativa que en el futuro se desarrollará sobre la IA en su conjunto, en este artículo nos centraremos en analizar solamente una de las vertientes más relevantes, la responsabilidad civil extracontractual derivada de la acción u omisión de los robots.

La responsabilidad civil en países de tradición romana o continental y en los sistemas de *common law*, aproximándose a este concepto de responsabilidad desde el *Tort Law*, se han ido adaptando y tratando de responder a la pregunta de cómo se compensan los daños extracontractuales⁵.

En el presente artículo, nos centraremos, en primer lugar, en ofrecer una visión histórica de la responsabilidad civil para comprender cómo se ha adaptado a los cambios tecnológicos más relevantes desde el Derecho Romano. En segundo lugar, definiremos las cuestiones jurídicas que conviene analizar para poder buscar una solución adecuada en derecho. En tercer lugar, plantearemos las alternativas que a día de hoy parecen más adecuadas para resolver las cuestiones suscitadas. En cuarto lugar, revisaremos la jurisprudencia más relevante a día de hoy para observar qué pinceladas o incluso tendencias están cobrando más fuelle en varios sistemas jurídicos. Finalmente, expondremos las conclusiones que afloran tras el análisis realizado para poder ofrecer nuestra perspectiva de manera concisa e indicaremos las áreas que consideramos más interesantes para la investigación académica posterior.

En la medida de nuestras posibilidades, trataremos de aportar las perspectivas de los distintos sistemas legales, de tal forma que este trabajo pueda arrojar las ideas lo más ilustrativas y eclécticas posibles.

⁴ Unión Europea. Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de febrero de 2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica (2015/2103(INL)), 2017.

⁵ Ryan Abbot, “The Reasonable Computer: Disrupting the Paradigm of Tort Liability”, *The George Washington Law Review*, v. 86, n. 1, 2018. Disponible en: https://heinonline.org/HOL/Page?collection=journals&handle=hein.journals/gwlr86&id=14&men_tab=srchresults, consultado en fecha 15 de septiembre de 2022.

esarrollo histórico de los sistemas de responsabilidad civil

La responsabilidad civil encuentra su desarrollo primigenio en los juristas romanos, aunque no será hasta la industrialización del siglo XIX cuando las máquinas plantearán cuestiones jurídicas hasta cierto punto equiparables a la situación que nos atañe con los sistemas de IA.

Recordemos que existen dos tipos principales y básicos de responsabilidad, por un lado, la responsabilidad penal (*criminal liability*) y, por otro, la responsabilidad civil (*civil liability*), y que dentro de esta última la mayoría de los sistemas diferencian a su vez entre responsabilidad contractual (*contractual liability*) y responsabilidad extracontractual (*extra-contractual liability* o *tort liability*)⁶. Respecto al sistema de *common law* es necesario traer aquí a colación las diferencias, sutiles, del derecho de daños extracontractuales, ya que el considerado como *tort law* inicialmente no se basaba en una cláusula genérica de reparación del daño, sino de reparación de un daño concreto contemplado o una categoría de daños concreta, aunque tras la inclusión del *tort of negligence*, se ha llegado a una mayor similitud de esta categoría con el derecho civil de responsabilidad extracontractual continental.

En adelante, centrándonos en lo que nos interesa, nos referimos a responsabilidad civil como la responsabilidad civil extracontractual.

Lo que hoy entendemos por responsabilidad civil, ya sea contractual o extracontractual, en el derecho romano hace principalmente referencia al *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano del siglo VI, el cual extendió su influencia no solo durante su vigencia en Roma sino también en la Edad Media, en la codificación del siglo XIX y en el derecho civil posterior⁷. En cualquier caso, este régimen de responsabilidad civil no estaba sistematizado con un principio general de responsabilidad aplicable universalmente y variaciones puntuales según el caso.

En los tiempos de Roma anteriores a la promulgación del *Corpus*, el derecho surgía de forma incluso más espontánea de la actividad jurisprudencial, a través de los jurisconsultos y de la actividad del pretor.

Según el *Corpus* de Justiniano, “la obligación es un vínculo jurídico que nos constriñe en la necesidad de pagar alguna cosa, según el derecho de nuestra

⁶ Jan de Bruyne, “Who pays the bill when an AI system causes damage - Some Thoughts”, *AI-Cafe WEBCAFE*, 2022. Disponible en <https://futurium.ec.europa.eu/en/european-ai-alliance/events/ai-cafe-who-pays-bill-when-ai-system-causes-damage>, consultado en 10 de marzo de 2022.

⁷ Justo García Sánchez, “La responsabilidad civil en el Derecho romano y el Derecho civil boliviano”, *Fundamentos romanísticos del derecho contemporáneo*, vol. 6, p. 863-874, Burgos, 2001. Disponible en https://boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-R-2021-60086300874, consultado en fecha 10 de septiembre de 2022.

ciudad.” En su concepción jurídica, la obligación se trata de un estado anormal de la relación entre dos ciudadanos destinada a desaparecer eventualmente. Su naturaleza como obligación personal (i. e. la obligación ata a las personas involucradas) se contraponen a las obligaciones reales (i. e. la obligación en la que una cosa lleva consigo ciertas obligaciones jurídicas). Esta obligación primigenia recogía tanto las obligaciones civiles como penales, de forma que su naturaleza era fundamentalmente evitar venganzas particulares y que los ciudadanos se tomaran la justicia por su mano.

Evidentemente, la cobertura de la responsabilidad contractual o extra-contractual no preveía casos en los que máquinas pudieran tener un grado de autonomía que desligase sus herramientas de sus usuarios⁸. No obstante, sí que se concebían los daños producidos por un dependiente del *paterfamilias* y por objetos inanimados o animales. Para ambos casos se constituye la noción de *noxalidad*, que es una forma de deshacerse de la obligación derivada de los daños, que recordemos que es un estado anormal de la relación entre dos ciudadanos, que consiste en la entrega de la cosa (animal, objeto, esclavo, dependiente) que hubiera cometido el daño. Ya en la época de Justiniano esta forma de liberarse de la obligación había quedado excluida para todos los dependientes del *paterfamilias*.

La llegada de la Edad Media no solventa los problemas de desorden sobre el daño a las cosas y a las personas, si acaso los acrecienta por la multiplicidad de fueros territoriales, si nos enfocamos en el caso de los reinos españoles⁹. Además, sigue sin ofrecer un principio general de responsabilidad ni una distinción clara entre derecho civil y penal. Lo que sí que se introduce por lo general es un elemento volitivo para poder establecer la responsabilidad de los daños a una persona, atribuyendo una responsabilidad mucho menor para los casos fortuitos. La *noxalidad* romana de la época justiniana seguirá presente en gran medida, y es curioso conocer que algunas normas forales podían atribuir la responsabilidad directamente a un animal, a un árbol o incluso a una casa en caso de que este hubiera matado a una persona.

Podemos trazar un paralelismo entre el compendio del *Corpus Iuris Civilis* del siglo VI en el derecho romano y la doctrina del *ius commune* a partir del siglo XII en el derecho medieval¹⁰. Esta doctrina va provocando ciertos cambios fundamentales de la concepción de responsabilidad: se inicia la diferenciación entre responsabilidad civil y penal; se dibuja un primitivo principio general de responsabilidad conocido como *actio in factum ex delicto*; y se establece que la responsabilidad por daños nace de dolo o culpa, o negligencia, extensible a la *patria potestad* (no de la contrariedad a Derecho de la conducta o *iniura* como en

⁸ Manuel Ángel Bermejo Castrillo, *Responsabilidad civil y delito en el Derecho histórico español*, Dykinson, Madrid, 2016.

⁹ *Ídem*.

¹⁰ *Ídem*.

derecho romano). En España, el *ius commune* puede entenderse recogido en las Siete Partidas de Alfonso X, del siglo XIII. Aquí la culpa toma un protagonismo esencial para determinar el grado de responsabilidad, ya sea la culpa como dolo, *in educando*, *in vigilando* o *in eligendo*, mientras que la *noxalidad* se mantiene para los daños causados por animales.

Los planteamientos nacidos con el iusnaturalismo racionalista de autores como Domat o Pothier, defensores de un sistema de derecho único y coherente, se empezarán a hacer realidad en Francia con la adopción del *Code Civil* francés de 1804¹¹. Esta forma de estructurar las normas conlleva una enorme reducción del casuismo, permitiendo establecer normas generales de responsabilidad civil, en línea con esa concepción un tanto hegeliana del Derecho. El principio o cláusula general de responsabilidad civil se fundamenta en la existencia de culpa individual del causante de los daños, el cual está obligado a compensar económicamente a aquel que haya soportado los daños.

Esta tendencia a la compilación, que podemos establecer como uno de los pilares de los sistemas de derecho continental, se extendería por países vecinos como Países Bajos, Italia, España o Alemania; e incluso se impondría como el modelo básico para los países latinoamericanos. En el *Code Civil* francés de 1804, el principio general de responsabilidad civil se encontraba en los artículos 1382 y siguientes, según los cuales la responsabilidad nace de la culpa (entendida gradualmente como dolo, negligencia o imprudencia), y obligaba al causante del daño a repararlo; mientras que la culpa *in eligendo* o *in vigilando* de cosas o personas se establecía salvo que se demostrase que resultaba imposible evitar el daño causado. En los artículos 1294 y siguientes del *Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch* (ABGB) austríaco de 1811 la responsabilidad civil se restringía para los casos de culpa por dolo, falta de atención o diligencia debida; estando la responsabilidad por hechos de dependientes o animales basada en la *culpa in eligendo* o *in vigilando*. En el artículo 1401 del *Burgerlijk Wetboek* neerlandés de 1838 centra la responsabilidad civil en la ilicitud del acto, de forma similar a como ocurría en el derecho romano, en contraposición con la centralidad de la culpa francesa. En los artículos 1902 y siguientes del Código Civil español de 1889, al contrario que el *Code Civil*, establece la culpa como el origen de la responsabilidad y no como método de identificación del responsable; la responsabilidad de personas dependientes se excluye cuando se pruebe que el responsable ha obrado “con la diligencia de un buen padre de familia”. Además, debido a que ya la Revolución Industrial había comenzado, algunos artículos plantean la responsabilidad de una persona por los daños causados por objetos inanimados a su cargo (como máquinas o sustancias explosivas) como una responsabilidad por culpa por falta de la diligencia debida. En la sección 823 y

¹¹ Geneviève Viney, *Introduction à la responsabilité: Evolution générale, responsabilité civile et responsabilité pénale, responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle*, 2ª edición, LGDJ, París, 1995.

siguientes del *Bürgerliches Gesetzbuch* alemán de 1901 se explica la responsabilidad civil por daños en los casos de culpa o negligencia, extensible también a las personas o cosas dependientes. En contraposición, en Inglaterra el remedio por daños del siglo XIII *writ of trespass* evolucionó paulatinamente hacia la acción universal por daños *trespass on the case*, cimentada sobre el principio de *reasonable care*, constituyendo así un principio de responsabilidad culposa también aplicable al caso del *respondeant superior*¹².

Así, sobresale la culpa como elemento originario de la responsabilidad civil a lo largo de la codificación del siglo XIX, aunque todavía no existe verdadero interés por regular la responsabilidad por daños de máquinas salvo en el caso del Código Civil español. Ahora bien, la clara diferenciación entre la responsabilidad por personas o por cosas dependientes, nos revela la relevancia de comprender la personalidad que le podemos atribuir a los robots en aras de determinar quién ostenta la responsabilidad civil derivada de los daños que estos puedan causar.

La época de la codificación en Europa se solapa parcialmente en el tiempo con las revoluciones industriales. Debido a los avances tecnológicos en el sistema de fábricas, aumentaron dramáticamente los accidentes causados por máquinas de trabajo. El *Bureau of Labor* estadounidense estimó que 61 por cada 100.000 trabajadores murieron en 1913 por accidentes de trabajo¹³, frente al ratio en 2016 de 3.6 muertes por cada 100.000 trabajadores¹⁴. La insuficiencia de la regulación en materia de responsabilidad civil no esquivaba el creciente y desmesurado número de accidentes provocados por las nuevas máquinas. Por ejemplo, una máquina de vapor ya presentaba la suficiente autonomía como para cuestionar quién debía ser el culpable si una de estas causaba un accidente durante su funcionamiento. La escasa regulación perjudicaba enormemente a los trabajadores, quienes raramente encontraban una compensación de responsabilidad civil. Al no haberse determinado quién debía soportar la culpabilidad de los daños causados por una máquina, resultaba muy complicado llegar a ligar el origen de los daños a la culpa del empresario, con lo que el resultado era una constatación de la existencia de un daño, pero sin que el dañado se viera resarcido. Sin embargo, paulatinamente se fueron introduciendo modificaciones legislativas, además de irse difundiendo el aseguramiento de la responsabilidad civil para el colectivo de

¹² Ken Oliphant, Nancy Zagbayou y Olga Redko, “Tort Law, Risk, and Technological Innovation in England”, *McGill Law Journal*, v. 59, n. 4, Montreal, 2014, p. 819-845. Disponible en: <https://web.p.ebscohost.com/ehost/pdfviewer/pdfviewer?vid=0&sid=220c03b3-19cd-49ce-8ee2-0cd5956efaed%40redis>, consultado en fecha 2 de septiembre de 2022.

¹³ Daniel Hernández Torres, “Responsabilidad civil, inteligencia artificial y tecnologías disruptivas: La responsabilidad por daños causados por robots autónomos”, Trabajo de Fin de Máster en Responsabilidad Civil de la Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2020.

¹⁴ *Ídem*.

los trabajadores. Esto supone un replanteamiento muy novedoso sobre los sistemas de responsabilidad civil previos, puesto que la culpa dejaba de tener relevancia a efectos del resarcimiento de los daños, siendo relevante entonces determinar el régimen de dependencia en sus condiciones concretas para poder resarcir los daños.

En cualquier caso, las soluciones encontradas por distintos sistemas jurídicos al problema de los daños causados por máquinas son interesantes de analizar para observar cómo estos se adaptaron a una realidad novedosa de la que encontraban pocas respuestas directas en sus normas. El Derecho británico, a raíz de la resolución del caso *Rylands vs Fletcher*¹⁵, estableció una suerte de sistema estricto de culpa objetiva, ya que la parte demandada no era culpable y sin embargo se le condenó a resarcir los daños a la parte demandante, aunque este sistema era flexible según el tipo de máquina que causara el daño y la culpa para el caso (tren, vehículo a motor, ...). Para los casos de accidentes laborales de obreros en las fábricas, se acabó imponiendo el *Workmen's Compensation Act* a partir de 1897, según el cual la responsabilidad de los empleadores sería objetiva salvo que estos probasen que había habido un error por la parte dañada, estableciendo un sistema de compensación para estos casos. De forma similar, el Derecho español se adaptó a los avances tecnológicos adoptando un principio de responsabilidad por culpa con inversión de carga de la prueba según el riesgo propio de según qué actividad industrial. Por su parte, el Derecho francés sucumbió al desplazamiento de la culpa como elemento central del sistema de daños para sentar también un sistema de responsabilidad objetiva, por lo menos para los accidentes personales y para accidentes derivados del transporte en locomotoras. En el Derecho alemán, específicamente en Prusia antes de la unificación del país, se promulgó en 1838 la Ley de Ferrocarriles que responsabilizaba a las compañías transportistas por los daños causados a bienes o personas que estas transportaran, salvo que mediara culpa de la víctima o causa de fuerza mayor. En el Derecho estadounidense, se tomó inicialmente el estándar británico de responsabilidad objetiva¹⁶.

Sin embargo, probablemente para favorecer el auge económico de sus empresas, la responsabilidad objetiva fue transformándose por una responsabilidad por culpa, donde esta culpa o *negligence* acabó conceptuándose como la falta de cumplimiento de los deberes derivados de contratos o de normas, no de cuidado.

¹⁵ House of Lords, *Rylands v. Fletcher*, LRL 3, HL 330, sentencia del 17 de julio de 1868. Disponible en https://books.google.es/books?id=EUUyAAAAIAAJ&pg=PA121&redir_esc=y#v=onepage&q&f=false, consultado en fecha 17 de septiembre de 2022.

¹⁶ Donald J. Gifford, "Technological Triggers to Tort Revolutions: Steam Locomotives, Autonomous Vehicles, and Accident Compensation", *Journal of Tort Law*, v. 11, n. 1, De Gruiter, Berlin, 2018. Disponible en <https://www.proquest.com/docview/2313897493?pq-origsite=primo&parentSessionId=lapqtoIrOqwAgqX%2FynTQTXkaZL3tk%2BJH4hWOHr4LkdM%3D>, consultado en fecha 20 de septiembre de 2022.

Así, en la Edad Contemporánea, los sistemas de responsabilidad civil de algunos de los regímenes jurídicos occidentales realizaron un viraje, aunque heterogéneo, desde la responsabilidad subjetiva hacia la responsabilidad objetiva. Estas son las formas más generalizadas, algunas de ellas combinadas en algunos de los sistemas: responsabilidad objetiva por daños causados en el marco de la industria fundamentada en los riesgos inherentes a la actividad, responsabilidad objetiva con inversión de carga de la prueba, responsabilidad por culpa, responsabilidad objetiva o subjetiva alineada por el deber de cuidado de la industria concreta, responsabilidad objetiva colectivizada mediante el establecimiento obligatorio de un seguro para actividades especialmente riesgosas.

En esencia, el desarrollo histórico de la responsabilidad civil siempre ha ido a la retaguardia de los avances tecnológicos, los cuales han ido tomando cada vez más relevancia en las realidades diarias y por tanto en el tráfico jurídico. Con el paso de los siglos, los regímenes jurídicos de los países más a la vanguardia de la tecnología por lo general han ido sustituyendo los sistemas de responsabilidad civil basados en la culpa y las circunstancias de cada caso por otros más universales que favorezcan la compensación de daños. En este punto nos encontramos en el año 2022, cuando la industria 4.0 y el metaverso se encuentran cada vez más presentes en nuestras vidas.

Cuestiones jurídicas sobre la responsabilidad civil de robots con IA

Para poder plantear las cuestiones relativas a la regulación jurídica aplicable a los robots con IA, es necesario partir y centrar el concepto de inteligencia artificial de cara a estimar adecuadamente su presencia en casos en los que se reclame responsabilidad civil de los primeros.

Se puede establecer su origen ideológico en Alan Turing y John McCarthy en la década de 1950, especialmente a partir de la Conferencia de Dartmouth de 1956. Ya en 1968 otro de los fundadores de la IA, Marvin Minsky, se refirió a esta como “la ciencia de hacer que las máquinas hagan cosas que requerirían inteligencia si estuvieran hechas por una persona”. La inteligencia artificial también puede ser definida como “la capacidad de un sistema para interpretar correctamente datos externos, para aprender de dichos datos y emplear esos conocimientos para lograr tareas y metas concretas a través de la adaptación flexible”.

La noción de IA, refleja claramente un instrumento tecnológico que trasciende de las tradicionales máquinas. En este sentido, entendemos que las máquinas son aquellos sistemas que realizan una función predeterminada a voluntad de una persona, ya sea un tractor o una calculadora. Con el nacimiento de la informática, la complejidad de la programación de las mismas para la realización de funciones sobrepasó las tradicionales rudimentarias máquinas para convertirse en ordenadores, software, programas capaces de realizar tareas cada vez más complejas. En breve, una máquina es una herramienta estática mientras que un sistema de IA es un instrumento dinámico.

Lo radicalmente diferente en los sistemas a los que se aplica IA es el papel humano en su integración. Las tradicionales máquinas obedecían una serie de instrucciones para la resolución de problemas, tal y como el programador, el factor humano tras dicha máquina había instruido. En cambio, los sistemas de IA transforman este modo de resolución de problemas. Ahora el programador no enseña a la máquina que $A + B$ es igual a C para que lo repita. Hoy en día, el programador puede aportar una serie de datos entre los cuales la máquina debe comprender una solución, y extraer un patrón para que coincida con aquella solución propuesta. El programador ya no le indica cómo solucionarlo: entre los datos y la solución, es la máquina la que desarrolla su propio aprendizaje. Esto es lo que se conoce como *machine learning*, aunque no representa la única forma de desarrollo de la IA, aunque quizá sí la más común. Tanto el *machine learning* como el *deep learning*, un subtipo de *machine learning* más complejo, manejando cantidades masivas de datos, pueden obtener por sí misma soluciones no aportadas¹⁷.

Aunque el término robot es uno de esos difusos significantes con una carga simbólica muy elevada pero que alude a realidades poco definidas, debemos también tratar de comprender qué y cómo son las diferencias entre sistemas de IA y robots, entendiendo que los sistemas de IA y los robots son realidades convergentes, aunque no identificables. Según algunos autores¹⁸, los robots están compuestos de algún tipo de sensor o mecanismo de recepción sin el cual no se habría estímulos ante los que responder; algún algoritmo o similar que gobierne las respuestas dadas a los datos percibidos; y una cierta habilidad para responder de una forma por lo menos posible de percibir para el mundo exterior al robot. Otros autores¹⁹ elaboran su definición refiriéndose a los robots como agentes no biológicos que son capaces de ser autónomos debido a un sistema construido en ellos capaz de presentar actividad física y mental, pero sin estar vivos en el sentido biológico. Nosotros entendemos que cualquier IA tiene el potencial de convertirse en un robot si se le construye la vía para interactuar con el medio físico, pero que no todo robot tiene por qué ser una IA, ya que ello depende de la sofisticación de su sistema operativo. En verdad la robótica abarca, para la construcción de máquinas automatizadas al servicio de la industria o las personas, múltiples instrumentos tecnológicos y mecánicos, pero, obviamente, la IA es una nueva oportunidad para expandir la funcionalidad de los robots.

¹⁷ Paulius Čerka, Jurgita Grigienė y Gintarė Sirbikytė, “Liability for damages caused by Artificial Intelligence”, *Computer Law & Security Review*, v. 31, n. 3, Maryland, 2015, pp. 376-389. Disponible en: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S026736491500062X>, consultado en fecha 30 de septiembre de 2022.

¹⁸ Ryan Calo, Michael A. Froomkin y Ian Kerr, *Robot Law*, Edward Elgar Publishing, 2016.

¹⁹ *Ídem*.

En este trabajo, en consonancia con nuestra intención de aportar un estudio jurídico sobre la tecnología que está en ciernes, hacemos referencia a los robots que tienen un sistema de IA integrado. Estos son los que el Parlamento de la Unión Europea llama *smart robots*²⁰.

Existe esta otra clasificación teórica según la complejidad de los sistemas de IA, lo que resulta relevante asimilar para poder profundizar en nuestra comprensión del concepto de robot²¹. La IA restringida (*Artificial Narrow Intelligence – ANI*) es aquella que se dedica a la resolución de una actividad concreta como puede ser conducir un coche. La IA general (*Artificial General Intelligence – AGI*) presenta el valor añadido de la “sensitividad”, que consiste en la imitación de las capacidades humanas de tal forma que a través del aprendizaje derivado de su actividad llegue a ejecutar acciones de forma indistinguible a estos. La Superinteligencia Artificial (*Artificial Super Intelligence – ASI*) es aquella que llega a superar las habilidades cognitivas del ser humano de forma sustancial. Actualmente, los robots se encuentran limitados al nivel de ANI, y aunque lleguen a los niveles de AGI o incluso ASI, seguirán dependiendo en mayor o menor medida de los programadores y de los que se sirvan de robots para lograr sus objetivos.

También podemos distinguir los sistemas de IA según su funcionalidad, acorde con la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI)²². Los sistemas expertos son programas que resuelven problemas especializados dentro de campos específicos, como el diagnóstico de un paciente con un traumatismo craneoencefálico. Los sistemas de percepción permiten a la IA captar los resultados del mundo exterior a través de la vista y la audición para imitarlos. Los sistemas de lenguaje natural son aquellos que buscan comprender por sí mismos el significado de las palabras. El tipo de actividad que desempeñen irá ligado a los riesgos de la misma, lo cual es un factor relevante en la mayoría de sistemas de responsabilidad. No es lo mismo un sistema de IA que se encargue de parte del proceso de selección de una empresa que un sistema de IA que se encargue de la neurocirugía robótica de un hospital, puesto que las consecuencias de un error en el segundo caso serán potencialmente mucho más graves que en el primero.

La delimitación de la personalidad de los robots se suele restringir a través de las Tres Leyes de Asimov para sentar una regulación humanista de estas nuevas tecnologías. Los intentos de regulación de la Unión Europea en materia de robots, especialmente la ya mencionada “Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de

²⁰ Unión Europea. Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de febrero de 2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica (2015/2103(INL)), 2017.

²¹ Javier F. Núñez, “Inteligencia artificial: experiencias y propuestas de regulación en el derecho comparado”, *Jurisprudencia argentina*, tomo III, 2020, p. 5.

²² *Ídem*.

febrero de 2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica”, se fundamentan en las Tres Leyes de Asimov²³. Estas son: un robot no debe dañar a un ser humano o, a través de omisiones, permitir que un ser humano sea dañado; un robot debe obedecer a las órdenes dadas por seres humano excepto que estas entren en conflicto con la Primera Ley; un robot debe proteger su propia existencia siempre que dicha protección no entre en conflicto con la Primera o Segunda Ley.

Sin embargo, se plantean ciertas preguntas conflictivas que impiden la aplicación directa de las Tres Leyes de Asimov. ¿Qué ocurre si una persona ordena a un robot hacer daño a una persona por su propio bien? Si el robot se encuentra realizando actividades policiales cuando un ser humano responsable le pide que se arreste a un posible criminal y este se resiste, ¿se estaría rompiendo con la Primera Ley? ¿Qué pasa si un paciente le pide a un robot de cirugía que detenga una operación mientras que el doctor encargado considera que se debe seguir por el bien del paciente?²⁴

Existe un caso paradigmático que desafía las nociones más conservadoras sobre la personalidad electrónica: Robot Sophia. En 2017, el Robot Sophia, una IA creada por David Hanson, se convirtió en el primer robot en adquirir una ciudadanía, en concreto de Arabia Saudí. Este androide es capaz de simular ciertos comportamientos humanos como el sentido del humor y los sentimientos, con una habilidad discursiva que incluso le ha llevado a dar un breve discurso en las Naciones Unidas. Ahora bien, ¿podría declararse culpable a Sophia por haber cometido un ilícito civil o penal? ¿Cómo respondería ante los daños causados?

En base a la consideración del grado de personalidad que un sistema jurídico puede atribuir a un sistema de IA, es menester discernir quién tiene la culpa y/o quién paga. Es lo que se conoce como atribución de responsabilidad o *allocation of liability*. Ante la comisión de un ilícito civil, ¿paga el programador, el fabricante, el propietario o el propio sistema de IA? ¿O se reparten entre todos o parte de ellos la culpa de forma igual o desigual? ¿O no paga nadie? ¿O paga la aseguradora obligatoria para cada sistema de IA? ¿Hay responsables subsidiarios?

Los documentos de la Unión Europea sobre recomendaciones y bases de la futura normativa sobre IA y robots suelen referirse a los siguientes puntos relevantes de la regulación: inversión de la carga de la prueba, noción de producto,

²³ Unión Europea. Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de febrero de 2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica (2015/2103(INL)), 2017.

²⁴ Sthéfano Bruno Santos Divino, “Critical considerations on Artificial Intelligence liability: e-personality propositions”, *Revista Eletrônica Direito e Sociedade*, v. 8, n. 2, Canoas, 2020. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.18316/REDES.v8i2.5614>, consultado en fecha 23 de septiembre de 2022.

noción de producto defectuoso, personalidad legal de los sistemas de IA, responsabilidad del operador, régimen balanceado, y aseguramiento de la compensación de las víctimas²⁵. Ello es hasta cierto punto extrapolable para otros sistemas pues nos permite identificar los puntos más relevantes que por lo menos perciben los expertos a nivel europeo.

Así, en esencia las cuestiones en torno a las cuales gravitará nuestro análisis son:

- ¿Qué grado de personalidad se le puede atribuir a un robot?

- ¿Cómo se debe adaptar el sistema de responsabilidad civil cuando un robot haya cometido una acción u omisión que resulte en daños para una tercera parte?

Posibles soluciones a las cuestiones suscitadas sobre responsabilidad civil de robots

Una vez comprendidos los fundamentos sobre IA y responsabilidad civil, es el momento de visualizar algunas de las soluciones más interesantes para la responsabilidad civil de daños causados por robots con inteligencia artificial. En cualquier caso, un sistema de responsabilidad adaptado a estos casos se encuentra gravemente influido por la atribución de la personalidad que se plantea para los robots.

La autonomía de los robots impregna en gran medida en las soluciones que planteamos a continuación. Por lo general, podemos clasificar la interacción con los robots en: control, supervisión y ni control ni supervisión. El problema reside en la supervisión (*overruling*), donde hay una interacción entre la tecnología y el usuario. Es aquí donde se plantea la pregunta de si puede haber habido violación de un estándar de conducta (*stANDARD OF CONDUCT*) o negligencia (*negligence*)²⁶.

Las definiciones de *smart robot* que hemos planteado no contemplan la comprensión metafísica de la culpa en sus sistemas, si acaso puede ocurrir que haya habido un error por parte del programador, donde parece que podemos encontrar más respuestas. El grado de culpa atribuible directamente a un robot es una cuestión de implicaciones jurídicas, pero profundamente filosófica. La existencia de culpa parte de admitir que un robot es un ser consciente, capaz de reconocerse a sí mismo. La propia idea de la culpa en las culturas de base católica surge de una acción cometida a sabiendas de que esa acción está mal, de lo cual emana el imperativo categórico kantiano que nos habla de que existe un mandamiento autónomo y autosuficiente en cada ser humano que nos hace discernir el bien del mal. Sin entrar en detalles ni en discusiones, es innegable que la noción de culpa es inherente a la de la persona humana. La mente es un producto

²⁵ Jan de Bruyne, *ob. cit.*

²⁶ *Ídem.*

biológico, mientras que el *smart robot* es un producto sintético que imita al producto biológico que es la mente. El daño causado por un robot pudiera ser atribuible a su programador, ya sea por culpa o por negligencia.

Así, la noción de responsabilidad civil objetiva, quitando el elemento de la culpa, parece una solución adecuada para responder a los casos de daños causados por IA, aunque discutible en torno a su efectividad. Coincide con el posicionamiento de las regulaciones de la Unión Europea, en tanto que postulan que los robots no pueden ser responsables de acciones u omisiones que hayan causado daños a terceras partes, siendo en su caso responsable el agente humano que se determine (como el fabricante, el operador, el usuario o el programador)²⁷. Esta posición se presenta de forma similar para la responsabilidad por productos defectuosos del *Código Civil brasileiro*, que apunta que será considerado como responsable aquel de quien dependan directamente las acciones u omisiones del robot²⁸.

Hay quien rechaza la posibilidad de colocar la responsabilidad a un programador por el hecho de haber creado el robot en calidad de producto y apuesta por la implementación de un seguro de responsabilidad civil obligatorio²⁹. Partiendo de la concepción de robots como productos que impera actualmente, no es menos cierto que sus características de autonomía van mucho más allá de lo que cualquier máquina-producto lo haya hecho antes. Especialmente remarcable es la capacidad de *machine y deep learning* de los sistemas de IA detrás de los *smart robots*, ya que este aprendizaje iterativo se escapa en gran medida de la programación inicial que se pueda hacer de los robots, y es precisamente el que permite mejorar su proceso de toma de decisiones. Si bien esto se podría restringir normativamente para evitar que los robots lleguen a cometer un error, eso supondría simplemente frenar un avance tecnológico que se presenta imparable. Según la *deep pocket theory*, si una persona se ve envuelta en una actividad riesgosa que es a su vez beneficiosa para la sociedad, esta persona debe compensar los daños causados a la sociedad por el beneficio obtenido. De esta forma, la solución pasa por establecer un sistema de responsabilidad objetiva que requiera del establecimiento de un seguro obligatorio de responsabilidad civil.

Sin embargo, esto solo sería posible para casos de *strict liability*, en los cuales se elimina el factor de la culpa y se posibilita la vía de atribuir la responsabilidad compartida a cualquier eslabón de la cadena productiva del robot.

²⁷ Unión Europea. Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de febrero de 2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica (2015/2103(INL)), 2017.

²⁸ Brasil. Código Civil, Ley N.º 10.406, del 10 de enero de 2002

²⁹ Paulius Čerka, Jurgita Grigienė y Gintarė Sirbikytė, *ob. cit.*, pp. 376-389.

Una posibilidad que parece resolver este problema de la *deep pocket theory* es la creación de la personalidad electrónica³⁰. Esta sería una ficción legal, tal como la personalidad jurídica, aunque con otro objeto que presenta capacidades subjetivas como son los robots. Los robots no coinciden con las personas físicas o naturales, como ya hemos comentado, ni tampoco con las personas jurídicas en tanto que estas son entidades sociales abstractas. La personalidad electrónica se atribuiría a entes de IA, que recordemos que aquí incluyen a los robots, y permitiría acompañarla de un fondo de garantía para compensar por daños causados. Esto no eliminaría la responsabilidad por producto defectuoso, cuya petición sería complementaria. En cualquier caso, no posicionaría al robot como un centro de relaciones jurídicas, cercano a la concepción de las personalidades de persona física o jurídica, por lo que un contrato accionado por el esquema de toma de decisiones de la IA tampoco tomaría al robot como responsable de los eventuales daños causados.

Más que el reconocimiento de las capacidades del robot, la personalidad electrónica que aquí presentamos es un escudo de responsabilidad civil. La noción de personalidad jurídica en países como puede ser España va mucho más allá de la del escudo contra la responsabilidad civil o penal, sino que le reconoce una serie de derechos y obligaciones que, si no son equiparables a los de la persona física, sí que merecen su categorización como personalidad. Hasta qué punto la personalidad electrónica bajo esta concepción es realmente una personalidad ajustada a las capacidades que prometen los robots es una pregunta compleja, pero nosotros creemos que o la terminología es inadecuada o el marco es insuficiente.

La negativa a considerar a la IA como posible sujeto de derechos se alinea con la tónica general imperante en la gran mayoría de sistemas jurídicos de no reconocer a las IA como sujetos del derecho de propiedad intelectual. Tenemos aquí el paradigma de DALL·E, el sistema de IA de OpenAI que crea imágenes a partir de la descripción de los usuarios en inglés. Surgió en 2022 con su versión beta, que permite crear imágenes en ciertos estilos artísticos, incluso personalistas. Sin embargo, el sistema tiene prohibido cierto tipo de contenido, como la inclusión de personajes famosos o el pornográfico. OpenAI cede sus derechos sobre las imágenes a los usuarios.

Por su parte, otra IA con una finalidad similar, aunque sin restricciones de contenido (aunque su licencia sí cuenta con ciertos límites), llamada Stable Diffusion, también cede todos los derechos sobre las imágenes creadas por la IA a los usuarios. En ambos casos, son los creadores detrás de los sistemas de IA quienes se postulan como los propietarios del sistema de IA y como los propietarios originales de las imágenes creadas, de lo que se extrae que todavía la concepción de un sistema de IA o un *smart robot* como propietario no está asentada.

³⁰ Sthéfano Bruno Santos Divino, *ob. cit.*

En todo caso, veremos hasta qué punto las restricciones de licencia de Stable Diffusion podrán ser una protección en caso de uso indebido de la IA, y si ello puede llevar a una responsabilidad extracontractual de los creadores frente a terceros dañados por imágenes que usuarios hayan utilizado una vez hayan sido creadas sin filtro por la IA. El sistema de OpenAI cuenta con una restricción de contenido que trata de evitar este problema con sus restricciones a DALL·E.

Otra de las posiciones establece que los actos u omisiones dañosos causados por ordenadores autónomos o robot deberían ser evaluados bajo el *negligence standard* en vez del *liability standard* para los casos en los que su presencia sustituya la de una persona razonable y esta mejore la seguridad sobre la situación previa. Este planteamiento se complementa con una legislación extensa de *product liability law* para que los estándares del ordenador autónomo entendido como producto sean adecuados. Además, incluso se propone la idoneidad de que este *standard of care* exigido para los robots (*reasonable computer*) sea usado también para los humanos que realicen tareas que podrían realizar robots en su caso concreto, sustituyendo el estándar de la persona razonable por el estándar del robot³¹.

Bajo nuestro punto de vista, este posicionamiento es evidentemente favorable a la implementación de las tecnologías. La base fundamental de esta propuesta se cimenta en el interés colectivo detrás de la implementación de estas nuevas tecnologías. Es decir, establece que lo único relevante para el sistema de responsabilidad son los riesgos que se asumen, independientemente de si es una persona o un robot el que los asume. De esta forma, desde el punto en el que se constate legalmente que el uso de robots para determinadas actividades reduce los riesgos asumidos frente a si esa actividad la realizara un humano medio, el *standard of care* para humanos y para robots será el mismo. Esto puede provocar ciertas dificultades dentro de un mismo sistema jurídico, pues si bien puede ser que eventualmente se normalice, por ejemplo, el uso de vehículos autónomos, también es cierto que no cualquier persona va a poder permitirse uno. Se juzgaría su conducción como la de un robot, de tal forma que cualquier accidente que cometiera le haría responsable del resarcimiento de los daños. Una solución justa pasaría por fuertes políticas sociales, que van más allá de lo jurídico, o por establecer diferentes *standars of care* según el patrimonio de cada sujeto, lo que no parece tampoco una idea eficiente.

Todo ello sin tener en cuenta el posicionamiento fuertemente ideológico de fomentar en vez de simplemente adaptarse a las novedades tecnológicas.

En el caso del sistema jurídico español, la responsabilidad de daños materiales o morales causados a terceros por sistemas de IA no está todavía definida. Categorizando a los sistemas de IA como bienes muebles, hay quienes defienden que esta solamente se regula a través de los arts. 135 a 146 de la Ley

³¹ Ryan Abbot, *ob. cit.*

General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LCU), que hace referencia a que la responsabilidad por producto defectuoso corre a cargo del productor salvo que haya actuado con la diligencia debida. Si a través de la IA se realizan servicios, los prestadores del servicio que la utilizan son los responsables salvo que prueben su diligencia debida. En defecto de ambos, se usaría la cláusula general de responsabilidad extracontractual del 1902 del Código Civil español (CC).

Por otra parte, hay autores que defienden la aplicación del artículo 12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales, que reconoce la responsabilidad de las empresas que realicen comunicaciones electrónicas entre sistemas de IA, y entre un sistema de IA y una persona física.

Existe también quien, previendo el aumento progresivo del nivel de personalidad atribuido a los entes de IA, propone comenzar ya a tratarlos como dependientes según el art. 1903 CC. Así, se atribuiría a la empresa desarrolladora la potencial responsabilidad por daños. Incluso dentro de esta postura hay quien defiende la categorización de los sistemas de IA como personas jurídicas.

Algo similar ocurre con otra legislación europea, la belga. Se distinguen los tres tipos de responsabilidad extracontractual: *fault-based liability*, *strict liability* y *vicarious liability*. En esencia y con referencia al tema tratado en este artículo, corresponden respectivamente con los artículos 1902 CC, los arts. 135 a 146 LCU y el artículo 1903 CC. Así, la española no es el único sistema legal dentro de la Unión Europea que no posee soluciones sistemáticas para los eventuales casos donde intervenga una IA.

Las iniciativas normativas, como vemos, no se arriesgan a la personalización independiente de lo que en realidad entienden como un producto o como mucho ente dependiente. La solución adaptada de los sistemas de responsabilidad civil pasa por la imposibilidad de atribución de culpa o negligencia a un ente inanimado, por mucho que tome decisiones inspiradas en nuestras instrucciones o datos.

Sí toman importancia los matices que ya suelen derivarse de la responsabilidad objetiva, entre ellos la causalidad. A la hora de probar la causalidad del daño por parte del ciudadano, nos situamos en una relación asimétrica, dado que es precisa tener un alto grado de conocimientos técnicos para poder acudir a la información tecnológica y apereibir un fallo en una decisión tomada “autónomamente”. Es por ello que surgen dudas acerca de la carga de la prueba. ¿Sería viable considerar una inversión de la misma?

Desde la discusión teórica se crean más dudas que respuestas. Veamos qué soluciones ha ofrecido la jurisprudencia.

Jurisprudencia ilustrativa sobre la responsabilidad civil de robots

Como ya hemos subrayado en este artículo, la responsabilidad civil de robots se encuentra todavía muy poco desarrollada y es incluso inexistente en la gran parte de los países del mundo. Sin embargo, sí que podemos encontrar algunas sentencias y casos, especialmente en aquellos sistemas jurídicos basados en el modelo de *common law*, y observar cómo algunas de las propuestas presentadas en el anterior apartado comienzan a tomar una cierta forma en el tráfico jurídico de algunos países. Debido a la escasez de jurisprudencia sobre casos involucrando directamente a *smart robots*, nos vemos obligados a completarla con aquellos casos sobre IA que son aplicables a estos. Es decir, aquellos casos que, aunque no tomen en cuenta la característica interacción con el medio de los robots, se puedan aplicar a nuestra profundización sobre la responsabilidad civil de estos, serán analizados.

Por lo general, las posiciones que vamos a presentar a continuación se ubican en la horquilla entre el realismo práctico y la proyección jurídica³². El primer polo abraza la circunscripción puntual a las tecnologías emergentes según estas van causando daños; mientras que el segundo propone anticiparse a los cambios tecnológicos inminentes, aunque aún no reales, incluso planteando la posibilidad de la personalidad electrónica que ya hemos comentado en este artículo. Como las regulaciones todavía se encuentran en fase embrionaria, consideramos que esta amalgama de jurisprudencia de sistemas legales distintos nos permite tomar una cierta perspectiva sobre las tendencias globales para estas situaciones más allá de entrar a consideraciones específicas de dichos sistemas para el presente.

En el caso B2C2 Ltd vs. Quoine Pte Ltd ante la Corte Internacional de Comercio de Singapur de 2019³³, se plantea la autonomía de los sistemas de IA en materia contractual, que, si bien no versa sobre responsabilidad extracontractual, sí nos acerca a un planteamiento sobre la autonomía de la IA. Tanto B2C2 como Quoine utilizaban sistemas de IA para la compraventa de criptomonedas en función de la información de mercado de aquellas con las que comerciaban. Por un error en el *software* de Quoine, se ejecutaron siete operaciones de compra por un precio 250 veces superior al valor de cambio que usaban de referencia para las transacciones. El litigio se presenta en tanto que Quoine alega un error unilateral, una doctrina típica de la *common law* que permite invalidar un contrato en caso de que la otra parte conocía o podía haber conocido del error. Por su parte, B2C2 mantenía que revocar las órdenes de compra suponía un incumplimiento del contrato presente con la transacción. El juez declara que esos sistemas de IA no podían conocer, en tanto que son sistemas deterministas que no tienen consciencia de lo que están haciendo, simplemente lo hacen partiendo de sus instrucciones de programación. Consecuentemente, la cuestión

³² Javier F. Núñez, *ob. cit.*, pp. 3-4.

³³ Caso B2C2 Ltd. v. Quoine Pte. Ltd., [2019] SGHC(I) 03.

del error recaer sobre el programador de B2C2, que no pudo tomar conocimiento hipotético del error de la otra parte. La resolución condena finalmente a Quoine a indemnizar por daños y perjuicios a B2C2 por ruptura contractual.

En el siguiente caso, se aborda la intervención de un sistema de IA desde el ámbito de la responsabilidad civil en el marco de un proceso penal, ya que se trata de la primera víctima mortal por un vehículo autónomo, ocurrida en Arizona (EEUU) en 2018³⁴. Elaine Herzberg cruzaba una avenida cargando una bicicleta llena de bolsas cuando un vehículo autónomo de prueba de la marca Volvo propiedad de Uber la atropelló, causando unas heridas que acabarían siendo mortales una vez fue hospitalizada. Un informe judicial concluyó que el vehículo había detectado la presencia de Herzberg, pero que su figura equívoca con la bicicleta llevó al sistema a clasificarla como un ente desconocido, después como un vehículo y al final como una bicicleta desorientada. Poco más de un segundo antes del impacto, el sistema determinó la necesidad de realizar un frenado de emergencia, pero la misma IA había desactivado esta función para reducir el probable comportamiento errático de Herzberg. En cualquier caso, el vehículo contaba con una conductora de resguardo, la cual, probablemente distraída, cogió el volante y frenó un segundo más tarde de la colisión. Fue esta conductora auxiliar la misma que alertó a la policía del suceso. Dejando a un lado las consideraciones penales, bajo las cuales no se pudo imputar responsabilidad penal a Uber, dentro del marco de responsabilidad objetiva, Uber se identifica con el propietario de la cosa riesgosa y la conductora de resguardo como una empleada dependiente de Uber (sin perjuicio de la eventual responsabilidad subjetiva por culpa de la conductora). No obstante, como en este caso se presentaba como probable la culpa por parte de la empleada, Uber dejó de ser investigada.

Por su parte, la serie de casos protagonizados por DABUS nos sugieren que tampoco en el campo de las patentes, que es uno de los campos más conflictivos en lo que tiene que ver con la personalidad de los robots, se contempla la posibilidad de convertir a la IA en sujeto de derecho. DABUS (*Device for the Autonomous Bootstrapping of Unified Sentience*) es un sistema de IA generado por Stephen Thaler. Así, su creador solicitó patentes en 2019 para varias invenciones realizadas por la DABUS ante las Oficina de Marcas y Patentes de EEUU³⁵, Reino Unido³⁶ y Australia³⁷. Estas fueron mayoritariamente rechazadas porque no había un inventor humano detrás, ya que se identificaba a DABUS

³⁴ Fabio Moradín-Ahuerma. “¿Quién mató a Elaine? Autos robot y toma de decisiones”. Elementos BUAP, n. 115, pp. 33-38, 2019. Disponible en: <https://elementos.buap.mx/directus/storage/uploads/00000003966>, consultado en fecha 27 de septiembre de 2022.

³⁵ Thaler v. United States Patent And Trademark Office.

³⁶ Thaler v. Controlador General de Patentes, Marcas Comerciales y Diseños [2021] EWCA Civ 1374.

³⁷ Thaler v. Commissioner of Patents [2021] FCA 879’ 160 IPR 72 (J) at [226]-[227].

como inventor único. En el caso de Reino Unido, la justicia británica detectó que se incumplía la Ley de Patentes británica, la cual concibe a los inventores como personas. Sin embargo, la segunda instancia del Tribunal Federal australiano contradujo a la primera instancia, que consideraba que el requisito de una “persona que inventa” no cuadraba con el artículo 15 de la Ley de Patentes australiana.

En este sentido, la mayoría de países rechazan la concepción de IA inventora, aunque hay excepciones. En Asia, tanto China, Indonesia, Malasia, Filipinas, Tailandia como Vietnam solamente reconocen a personas humanas como dueños de patentes. No obstante, tanto Singapur como Camboya sí permiten la IA inventora bajo ciertas condiciones³⁸.

De este análisis jurisprudencial se desprenden ciertos apuntes interesantes en materia de la personalidad de las IA. Los casos presentados, desde la responsabilidad contractual y civil respectivamente, evitan mayoritariamente considerar a los entes de IA como responsables directos y como sujetos de derecho como centros de imputación de normas, en tanto a que los sistemas de IA dependen de las instrucciones del programador humano detrás y de las personas físicas o jurídicas que actúan en el mercado con o para ella. Es con estos sujetos de derechos presentes en el proceso que protagoniza la IA que ambos casos han encontrado a sus responsables para resolver los casos.

También podemos encontrar algo de jurisprudencia referente a la responsabilidad por productos defectuosos. El caso *Jones v. W + M Automation, Inc.* hace referencia a un caso típico de responsabilidad por producto defectuoso, siendo el producto en este caso a un robot. General Motors compró un sistema de carga robótico y lo instaló sin el stop para cuando hubiera gente presente, así permitiendo a los empleados trabajar en el sistema dentro de la zona de riesgo detrás de la puerta de seguridad mientras este seguía funcionando. Unos brazos robóticos golpearon al demandante en la cabeza, aunque se encontraba detrás de la puerta de la seguridad.

El caso se resolvió con la doctrina de *component part*, que se refiere a que el fabricante de un componente no defectuoso de un producto no puede ser responsable civil si su parte está incorporada a un producto que puede que sea defectuoso³⁹.

³⁸ Rosa Ramos, “¿Puede una IA patentar? Esto dice la ley”, *LexLatin*, 2022. Disponible en <https://lexlatin.com/reportajes/puede-una-ia-patentar-inventos-esto-dice-la-ley>, consultado en fecha 24 de septiembre de 2022.

³⁹ *Jones v. W + M Automation, Inc.*, 818 N.Y.S.2d 396 (App. Div. 2006), appeal denied, 862 N.E.2d 790 (N.Y. 2007).

Conclusiones

A lo largo de este artículo, hemos ido acotando nuestra comprensión sobre la intersección entre la responsabilidad civil y la IA. Hemos realizado un análisis desde los puntos de vista histórico, jurídico y jurisprudencial para establecer cuál es para nosotros la posición más acertada para este presente y futuro.

En nuestra opinión, la responsabilidad civil derivada de daños causados por robots dotados con IA necesita de una cierta flexibilidad y capacidad de adaptación. Hemos encontrado posturas variadas que resuelven ciertos problemas, pero ninguna que sea capaz de dar una solución coherente para cualquier sistema legal. Esto tiene cierto sentido, pues cada uno de ellos es distinto y deberá evolucionar sus concepciones legales actuales para poder hacer frente al reto de actualizarse.

Nosotros entendemos que hay dos parámetros fundamentales para determinar la responsabilidad civil por daños causados por robots. Por una parte, el nivel de autonomía o personalidad atribuida a estos será previsiblemente muy heterogéneo, no solo entre distintos tipos de robots sino también entre variantes de robots del mismo tipo. Esto no tiene por qué derivar en un futuro donde cualquier tipo de robot sea totalmente autónomo. Por tanto, entendemos que tiene más lógica apostar por algún tipo de test de autonomía del robot para enmarcarlo dentro de una categoría que defina cómo se concibe entonces la responsabilidad extracontractual. Por otra parte, el riesgo de las funciones que desarrolle el robot marcará fuertemente este aspecto. No es lo mismo un robot de cocina que puede quemar el desayuno que un perro robot que pueda morder en la pierna a un peatón, ni es lo mismo un perro robot a imitación de un chihuahua que un perro robot a imitación de un pitbull.

En cualquier caso, somos conscientes de la limitación que supone realizar un análisis basado en apreciaciones de distintos sistemas jurídicos, en tanto que las diferencias entre todos ellos explican con mayor precisión las decisiones de sus respectivos tribunales en el tipo de casos analizados. En este artículo, intentando poner de relieve algunas de las posturas planteadas, no hemos entrado a discutir si cada decisión era congruente con el sistema jurídico en el que estaba enmarcada, puesto que ello nos desviaría de nuestra intención de observar las tendencias jurisprudenciales más interesantes para prever cómo se desarrollarán en el futuro inminente. Consideramos que, una vez las regulaciones de IA y robots en materia de responsabilidad civil hayan conseguido establecerse normativamente, sería recomendable explorar las soluciones jurídicas seleccionadas por distintos países para profundizar en nuestra comprensión del Derecho y poder contar con la seguridad jurídica necesaria para vivir en un verdadero Estado de Derecho.

Sea la solución que sea, quizá cobre más importancia que nunca la formación de los jueces en asuntos básicos de IA y robótica. Si bien es cierto que los jueces han tenido que lidiar con asuntos tecnológicos en los últimos años, la inminencia

de un mundo radicalmente digitalizado urge a la enseñanza de conocimientos suficientes para poder tomar decisiones más fundadas. También cobra relevancia la presencia de expertos peritos en estas áreas de cara a asegurar la correcta realización de las pruebas jurídicas necesarias.

Así, más allá de la posición que tengamos en torno a la robotización de los próximos años, esta es una tendencia que se presenta imparable. Es fundamental conocer qué avances pueden tomar forma para apoyar un sistema jurídico que se inserte en el Estado de Derecho adecuado a las realidades sociales que están a la vuelta de la esquina.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBOT, Ryan, “The Reasonable Computer: Disrupting the Paradigm of Tort Liability”, *The George Washington Law Review*, v. 86, n. 1, 2018. Disponible en: https://heinonline.org/HOL/Page?collection=journals&handle=hein.journals/gwlr86&id=14&men_tab=srchresults, consultado en fecha 15 de septiembre de 2022.

BELL, John, IBBETSON, David J., *European legal development: The case of tort*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014.

BERMEJO CASTRILLO, Manuel A., *Responsabilidad civil y delito en el Derecho histórico español*, Dykinson, Madrid, 2016.

CALO, Ryan, FROMKIN, Michael A., KERR, Ian, *Robot Law*, Edward Elgar Publishing, 2016.

ČERKA, Paulius, GRIGIENĖ, Jurgita, SIRBIKYTĖ, Gintarė, “Liability for damages caused by Artificial Intelligence”, *Computer Law & Security Review*, v. 31, n. 3, Maryland, 2015. Disponible en: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S026736491500062X>, consultado en fecha 30 de septiembre de 2022.

CHUI, Michael, HALL, Bryce, SINGLA, Alex, SUKHAREVSKY, Alex, “The State of AI in 2021”, *McKinsey Global Survey on AI*, 2021. Disponible en: <https://www.mckinsey.com/capabilities/quantumblack/our-insights/global-survey-the-state-of-ai-in-2021>, consultado en fecha 11 de septiembre de 2022.

CÓRDOBA, Jorge E., SÁNCHEZ TORRES, Julio C., *El derecho de daños en el nuevo milenio*, Alveroni Ediciones, Buenos Aires, 2002. Disponible en: <https://app.vlex.com/#/sources/11868>, consultado en fecha 28 de agosto de 2022.

De BRUYNE, Jan, “Who pays the bill when an AI system causes damage - Some Thoughts”, AI-Cafe WEBCAFE, 2022. Disponible en <https://futurium.ec.europa.eu/en/european-ai-alliance/events/ai-cafe-who-pays-bill-when-ai-system-causes-damage>, consultado en 10 de marzo de 2022.

GARCÍA SÁNCHEZ, Justo, “La responsabilidad civil en el Derecho romano y el Derecho civil boliviano”, *Fundamentos romanísticos del derecho contemporáneo*, vol. 6, Burgos, 2001. Disponible en https://boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-R-2021-60086300874, consultado en fecha 10 de septiembre de 2022.

GIFFORD, Donald J., “Technological Triggers to Tort Revolutions: Steam Locomotives, Autonomous Vehicles, and Accident Compensation”, *Journal of Tort Law*, v. 11, n. 1, De Gruiter, Berlin, 2018. Disponible en <https://www.proquest.com/docview/2313897493?pq-origsite=primo&parentSessionId=lapqtoIrOqwAgqX%2FYnTQTXkaZL3tk%2BJH4hWOHr4LkdM%3D>, consultado en fecha 20 de septiembre de 2022.

GOLDBERG, David; HOLLAND, John, “Genetic algorithms and machine learning”, *Machine learning*, v. 3, Suiza, 1988. Disponible en: <https://link.springer.com/article/10.1023/A:1022602019183>, consultado en fecha 10 de septiembre de 2022.

HERNÁNDEZ TORRES, Daniel, “Responsabilidad civil, inteligencia artificial y tecnologías disruptivas: La responsabilidad por daños causados por robots autónomos”, *Trabajo de Fin de Máster en Responsabilidad Civil de la Universidad Carlos III de Madrid*, Madrid, 2020.

MINSKY, Marvin, “Matter, mind, and models”. *Proc. International Federation of Information Processing Congress*, v. 1, 1968. Disponible en: <https://groups.csail.mit.edu/medg/people/doyle/gallery/minsky/mmm.html>, consultado en fecha 28 de agosto de 2022.

MORANDÍN-AHUERMA, FABIO. “¿Quién mató a Elaine? Autos robot y toma de decisiones”. *Elementos BUAP*, n. 115, 2019. Disponible en: <https://elementos.buap.mx/directus/storage/uploads/00000003966>, consultado en fecha 27 de septiembre de 2022.

NÚÑEZ, Javier F., “Inteligencia artificial: experiencias y propuestas de regulación en el derecho comparado”, *Jurisprudencia argentina*, tomo III, p. 5, 2020.

OLIPHANT, Ken, ZAGBAYOU, Nancy, REDKO, Olga, “Tort Law, Risk, and Technological Innovation in England”, *McGill Law Journal*, v. 59, n. 4, Montreal, 2014. Disponible en: <https://web.p.ebscohost.com/ehost/pdfviewer/pdfviewer?vid=0&sid=220c03b3-19cd-49ce-8ee2-0cd5956faed%40redis>, consultado en fecha 2 de septiembre de 2022.

PLATERO ALCÓN, Alejandro, “Breves notas sobre el régimen de responsabilidad civil derivado de los sistemas de Inteligencia Artificial: especial referencia al algoritmo de recomendaciones de Netflix”, *Ius et scientia*, v. 7, n. 1, Editorial Universidad de Sevilla, 2021. Disponible en: https://institucional.us.es/revistas/Ius_Et_Scientia/VOL_7-1/Art_10.pdf, consultado en fecha 19 de septiembre de 2022.

RAMOS, Rosa, “¿Puede una IA patentar? Esto dice la ley”, *LexLatin*, 2022. Disponible en <https://lexlatin.com/reportajes/puede-una-ia-patentar-inventos-esto-dice-la-ley>, consultado en fecha 24 de septiembre de 2022.

SANTOS DIVINO, Sthéfano Bruno, “Critical considerations on Artificial Intelligence liability: e-personality propositions”, *Revista Eletrônica Direito e Sociedade*, v. 8, n. 2, Canoas, 2020. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.18316/REDES.v8i2.5614>, consultado en fecha 23 de septiembre de 2022.

VINEY, Geneviève, *Introduction à la responsabilité: Evolution générale, responsabilité civile et responsabilité pénale, responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle*, 2^a edición, LGDJ, París, 1995.