



*Academia de Ciencias Políticas y Sociales*

**Libro homenaje a la  
Academia de Ciencias Políticas y Sociales  
en el centenario de su fundación**

**1915 - 2015**

**TOMO III**

**ESTUDIOS DE DERECHO PÚBLICO /  
DERECHO PENAL / DERECHO FISCAL Y TRIBUTARIO /  
DERECHO PROCESAL**

Caracas, 2015

# Reflexiones sobre justicia transicional, deudas odiosas y arbitraje

*Pedro Saghy Cadenas\**

## SUMARIO

A. La defensa de Venezuela frente a las demandas internacionales para el pago de las obligaciones asumidas durante el período anterior. 1. La inquietud. 2. La teoría de las deudas odiosa. B. La creación de un tribunal arbitral permanente que conozca los casos de expropiaciones. 1 Planteamiento. 2. La creación del tribunal arbitral.

La vida transcurre en ciclos, en etapas, en períodos. Uno luego del otro, el siguiente distinto al anterior, se encadenan indeteniblemente y hacen la historia. El período que estamos viviendo en algún momento le dará paso al siguiente. Y luego vendrá otro y luego otro.

Cuándo, cómo y en qué circunstancias se podrán apreciar los efectos de ese fenómeno, no lo podemos saber. Tampoco nos atrevemos a hacer ningún pronóstico. Eso escapa totalmente de nuestras capacidades y del propósito de estas reflexiones.

Lo único que creemos posible afirmar es que ese cambio significará el surgimiento de oportunidades pero también de retos y responsabilidades que debemos asumir para seguir avanzando como sociedad.

Interesados por esa situación, creemos oportuna la honrosa invitación que nos ha hecho el profesor Alfredo Morles Hernandez para participar en la conmemoración de los primeros cien años de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, justo en este momento histórico, para compartir dos de las cosas que vienen a nuestra mente cuando reflexionamos sobre las oportunidades y responsabilidades de ese cambio. En particular, porque creemos que esas dos cosas podrían estar incluidos entre las medidas o decisiones de justicia transicional<sup>1</sup> que se apliquen para facilitar el paso de una etapa a la otra.

---

\* Profesor de Medios Alternativos de Resolución de Conflictos, Universidad Católica Andrés Bello.

<sup>1</sup> De conformidad con el Centro Internacional para la Justicia Transicional, la justicia transicional no es un tipo especial de justicia sino una forma de abordarla en épocas de transición desde una situación de conflicto. Al tratar de conseguir la rendición de cuentas y la reparación de las víctimas, la justicia transicional proporciona a las víctimas el reconocimiento de sus

En particular, se trata, por un lado, de la defensa de Venezuela ante las gestiones judiciales o extrajudiciales que los acreedores internacionales podrían llevar a cabo para procurar el pago de los compromisos asumidos durante el período anterior. Por otro lado, la necesidad de ofrecer una instancia que conozca de forma rápida, independiente y conforme a derecho los reclamos de las personas que se consideran víctimas de expropiaciones u otras acciones en contras de su derecho de propiedad durante el período anterior.

No pretendemos ser exhaustivos. Las lógicas limitaciones de espacio que debemos respetar para la publicación de este trabajo nos exigen concentrarnos en los aspectos fundamentales. Adicionalmente, se trata de unas reflexiones y no de una opinión definitiva.

Por ello, con estas notas aspiramos contribuir modestamente a celebración de los cien años de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales con algunas reflexiones inspiradas en una visión optimista de un futuro lleno de retos, y sobre todo, esperamos despertar el interés por estos asuntos de cuyo éxito estamos convencidos que dependen los planes de reconstrucción que se ponga en marcha cuando las circunstancias lo permitan.

#### A. LA DEFENSA DE VENEZUELA FRENTE A LAS DEMANDAS INTERNACIONALES PARA EL PAGO DE LAS OBLIGACIONES ASUMIDAS DURANTE EL PERÍODO ANTERIOR

Para referirnos a este punto, dividiremos nuestro planteamiento en dos partes. En la primera, expondremos nuestra inquietud (1). En la segunda, nos referiremos a la teoría de las deudas odiosas (2).

##### 1. La inquietud

Puede que nos equivoquemos, pero cuando termine el período actual es probable que Venezuela no sea capaz de cumplir todos los compromisos internacionales asumidos sin poner en riesgo los planes de reconstrucción.

Para darle respuesta a esta interrogante, es necesario analizar los términos y las dimensiones de los compromisos asumidos. Para obtener esta información, pareciera que hay que esperar. Por eso nuestra inquietud.

El sigilo con el que se ha manejado la información legal y financiera de los acuerdos internacionales celebrados por Venezuela en los últimos

derechos, fomentando la confianza ciudadana y fortaleciendo el Estado de derecho. Véase: <https://www.ictj.org/es>

años es evidente. A pesar de que se tienen noticias del número importante de acuerdos internacionales que se firman cada vez que el Presidente de algún país visita Venezuela o cuando el nuestro viaja, muy poco se sabe, oficialmente, del contenido de esos acuerdos.

La información a la que hemos podido tener acceso proviene del trabajo de algunos periodistas. En uno de esos artículos publicado por la empresa Reuters<sup>2</sup> se lee lo siguiente:

Venezuela firmó numerosos acuerdos energéticos durante los 14 años en los que estuvo el fallecido presidente Hugo Chávez en el poder, permitiendo que países del Caribe, América Central y de América del Sur reciban petróleo en términos financieros favorables. Los acuerdos, aunados a los casi 500.000 barriles por día (bpd) que Venezuela envía a China para pagar crecientes compromisos de deuda adquiridos desde el 2007, están pesando sobre el flujo de caja de la petrolera estatal PDVSA. Venezuela despachó el año pasado un promedio de 243.000 bpd de crudo y derivados a los beneficiarios de Petrocaribe, el Acuerdo Energético de Caracas y otros pactos bilaterales. El volumen de los embarques fue el más bajo desde el 2007.

Con un consumo doméstico que crece mientras cae la producción de crudo y una capacidad de refinación en crisis, Petróleos de Venezuela (PDVSA) ha tenido que recortar sus exportaciones de combustibles a muchos de sus clientes en los últimos años. La severa explosión que ocurrió en el 2012 en Amuay, la mayor refinería de Venezuela que procesa hasta 645.000 bpd, terminó por trastocar la red doméstica de refinación de PDVSA, que desde entonces opera a menos del 70 por ciento de su capacidad. Esto está obligando además a PDVSA a importar cerca de 150.000 bpd de productos derivados.

A continuación, una lista de los principales acuerdos petroleros cerrados en el Gobierno de Hugo Chávez:

\* CONVENIO CON CUBA – El más controversial de los convenios energéticos venezolanos y uno de los primeros firmados por Chávez. Entró en vigencia en el 2000 con el envío de crudo a cambio de la prestación de servicios médicos y se amplió hasta abarcar diversos sectores de la economía, como minería, deporte y electricidad.

Venezuela envió 99.000 barriles por día (bpd) de crudo a Cuba el año pasado, según su reporte financiero, un volumen que se ha mantenido estable en los últimos años. PDVSA también es el accionista minoritario de la refinería Cienfuegos de 65.000 bpd de capacidad.

<sup>2</sup> PÁRRAGA, Marianna: "DATOS-Los pactos petroleros que dejó el venezolano Hugo Chávez, jueves 21 de agosto de 2014". *Reuters*. <http://ar.reuters.com/article/topNews/idARL2NoQR1CO20140821>

\* PETROCARIBE – Nacida en el 2005, esta iniciativa multilateral permite a una veintena de naciones de Centroamérica y el Caribe recibir petróleo venezolano mediante un laxo mecanismo de pago con dos años de gracia y financiamiento a largo plazo de hasta 60 por ciento de la factura con 1-2 por ciento de interés anual, dependiendo del precio del crudo.

Los países pueden optar por pagar sus deudas con diferentes bienes y servicios, desde ganado hasta nuez moscada. En el 2013, Venezuela recibió 650.217 toneladas de productos –incluyendo diversos alimentos y componentes para hacer cemento– de algunos países beneficiarios. Esto resultó ser 16 por ciento menos que en el 2012.

Partidos de la oposición venezolana han criticado los acuerdos debido a los términos preferenciales que contempla, mientras que los ciudadanos enfrentan una difícil situación económica que ha ralentizado proyectos de infraestructura, deteriorado los servicios básicos, sus salarios reales y su poder de compra.

\* ACUERDO ENERGÉTICO DE CARACAS – Nació en el 2000 para proveer petróleo a los países de Centroamérica y Sudamérica, pero no se activó sino hasta un lustro después con el envío de moderadas cantidades de crudo a países como Uruguay, Paraguay y Bolivia.

Al igual que otros pactos, permite comprar petróleo bajo flexibles condiciones de financiamiento, a cambio de diversos bienes y servicios producidos por los países beneficiarios.

\* ACUERDO CON ARGENTINA: Se firmó en medio de la crisis energética de Argentina para proveer al país sudamericano de combustibles para su mercado eléctrico.

Desde el 2008 se le ha permitido a Argentina importar hasta 27.000 bpd de fuel oil y 8.000 bpd de diésel. Este país paga a Venezuela con diferentes bienes, principalmente alimentos, pero el acuerdo ha permitido incluso la construcción de tanqueros.

\* INTERCAMBIO CON ECUADOR – Chávez y el presidente Rafael Correa acordaron en el 2007 iniciar el intercambio de crudo ecuatoriano por derivados venezolanos con el objetivo de eliminar los intermediarios que estaban abultando los costos de importación para Ecuador.

Venezuela llegó a recibir unos 60.000 bpd de crudo ecuatoriano para refinarlo tanto en su red doméstica como en su subsidiaria en Estados Unidos, Citgo Petroleum. Pero el volumen ha estado declinando.

Más recientemente, otro artículo de prensa<sup>3</sup> hizo referencia a lo siguiente:

<sup>3</sup> El Universal, viernes 30 de enero de 2015. <http://www.eluniversal.com/economia/150130/republica-dominicana-cancela-con-descuento-de-52-su-deuda-con-venezuel>

Venezuela pierde dos mil 34 millones de dólares tras acuerdo secreto con República Dominicana

Después de varios meses en negociaciones secretas entre el Gobierno venezolano y República Dominicana, finalmente se concretó un acuerdo que consistió en reducir en un 52 por ciento la deuda que tenía el país caribeño, por concepto de petróleo a cambio del pago adelantado de la cifra restante.

Eliás Matta, diputado de la Asamblea Nacional por Un Nuevo Tiempo Zulia (UNT) y miembro de la comisión de finanzas del parlamento, advirtió sobre estas negociaciones en diciembre y aseguró que el único en salir perjudicado era el pueblo venezolano.

“El gobierno dominicano abonó esta semana mil 933 millones de dólares, con lo que pagó de forma adelantada la suma de cuatro mil 27 millones de dólares, gracias a un descuento que le hizo Venezuela. En su momento se le exigió al gobierno que se pronunciara y no dijo nada, ahora vemos cómo ayer el Ministro de Finanzas de República Dominicana anunció en su país el acuerdo”.

El parlamentario manifestó que Venezuela pierde 2 mil 34 millones de dólares debido al tipo de contrato que hicieron, donde este tipo de venta de crudo se hacía con plazos para pagarlo a 23 años con tasas del 1 por ciento de interés y muchos beneficios.

“El gobierno de Maduro está atravesando una grave crisis, con una inflación de más del 70 por ciento, con reservas internacionales que apenas están en 20 mil millones y con un barril de petróleo que está alrededor de los 40 dólares, andan desesperados buscando dólares por todas partes y les ha dado por rematar todo lo que tienen”.

Sostuvo que luego de mantener conversaciones secretas durante un año, en ningún momento se le informó al país y tampoco fue consultado en la Asamblea Nacional (AN).

“Sería bueno que el Contralor General de la República investigara si existen daños patrimoniales y en la AN se debería abrir un debate sobre esta situación”.

Matta indicó que este tipo de convenio es dañino para el país, pues el gobierno venezolano accede a este tipo de concesiones para comprar lealtad política internacional.<sup>4</sup>

Con base en estas informaciones, pareciera que existen argumentos para pensar<sup>5</sup> que Venezuela ha suscrito una cantidad importante de acuerdos internacionales a través de los cuales se han asumido obligaciones u otorgado beneficios que no se conocen con exactitud ni sus

<sup>4</sup> La prensa también se refiere a otros acuerdos. Por ejemplo, se han mencionado posibles acuerdos entre Venezuela y Lazard (firma de asesoría financiera), Mattheu Pigasse, Ignacio Ramonet, Oliver Stone, entre otros.

<sup>5</sup> Nótese que hacemos un ejercicio intelectual y que nos referimos a una posibilidad.

términos, ni sus condiciones, ni sus plazos, ni la causa o finalidad de dichos acuerdos.<sup>6</sup>

Esta situación de inseguridad en la que pareciera que nos encontramos, nos inquieta. Los acreedores de Venezuela harán todo lo que esté a su alcance para hacer efectivos los beneficios prometidos. Muestra de la posible determinación de esos acreedores se aprecia en el caso de los llamados fondos buitres en contra de Argentina.<sup>7</sup>

Pero ¿cómo llevar a cabo esta defensa?; ¿Han ocurrido situaciones similares en otros países?; ¿Puede un país desconocer los compromisos internacionales asumidos simplemente porque ocurrió un cambio de período? No tenemos respuestas ni para estas ni para muchas otras interrogantes que se nos presentan cuando reflexionamos sobre este asunto. Nuestra propuesta es compartir esta inquietud.

Para nosotros, es evidentemente y normal que un Estado asuma compromisos internacionales. Además, con base en el principio de presunción de la buena fe, el principio de legalidad y hasta por el principio de presunción inocencia, partimos de la base que todos los acuerdos suscritos por los representantes del país son conformes a derecho tanto en la forma como en el fondo. Que la finalidad de cada uno de esos acuerdos es la satisfacción de los intereses de la nación venezolana y que no hay ningún exceso, desviación o motivo preocupación.

Pero por simple curiosidad intelectual ¿qué sucedería si cuando se conozcan los detalles de todos esos acuerdos internacionales surgieran elementos que probaran en contra de esa presunción que tenemos?

No lo sabemos. Siguiendo la primera recomendación de Descartes en su Discurso de Método, preferimos: “No admitir jamás como verdadero cosa alguna sin conocer con evidencia que lo era; es decir, evitar cuidadosamente la precipitación y la prevención, y no comprender en mis juicios más que lo que se presentare a mi espíritu tan clara y distintamente que no tuviese motivo alguno para ponerlo en duda.”

Sin embargo, entre las muchas obras de doctrina y la jurisprudencia que ha analizado casos con esas circunstancias, hay una que llamó nuestra atención: la teoría de las deudas odiosas.

<sup>6</sup> Entendemos que el 14 de enero de 2013 Venezuela suscribió un contrato con la Cooperativa Agraria de Marinaleda, para la comprar hasta 12.000 toneladas métricas de aceite a un precio de 6.504 euros por tonelada. <http://www.interviu.es/reportajes/articulos/6-7-millones-de-venezuela-para-marinaleda>

<sup>7</sup> Los fondos buitres compran bonos de países en situación económica difícil, a precio muy bajo (entre el 30% y 40 % del valor facial) para luego litigar en los foros internacionales para intentar cobrar la totalidad del valor de los bonos.

## 2. La teoría de las deudas odiosas

Como mencionamos anteriormente, no conocemos ni la extensión ni las condiciones en las que Venezuela ha asumido todos los compromisos internacionales en los últimos años. Por lo tanto, no vemos motivos para no suponer que alguno de esos compromisos internacionales no cumpla con todos los requisitos legales de forma o de fondo.

Sin embargo, hemos aprovechado la curiosidad que nos despierta este asunto para revisar un poco de historia con la ayuda de la doctrina y jurisprudencia internacional. Hemos encontrado casos interesantes de procedimientos internacionales en contra de países por deudas asumidas en períodos anteriores, que no cumplieron con las normas y principio legales necesarios para considerar esos préstamos o esos compromisos como regularmente asumidos.

En efecto, existe una enorme variedad de alternativas jurídicas para enfrentar una situación como esa, desarrolladas por un número importante de doctrinarios cuyos trabajos vienen nutriendo esta interesante discusión desde hace más de 100 años.

Entre todas esas teorías y disquisiciones jurídicas, nos referiremos sólo a la teoría de las deudas odiosas.<sup>8</sup> Primero, por razones de espacio. Segundo, porque esta teoría tiene un antecedente judicial importante y próximo, que resume y aplica esta teoría.

La doctrina explica que, en resumen, la teoría de las deudas odiosas sostiene que la deuda de un gobierno contraída, creada y utilizada contra los intereses de los ciudadanos de país, no tiene por qué ser pagada y por tanto no es exigible su devolución ya que los prestatarios habrían actuado de mala fe, a sabiendas, y por tanto dichos contratos, bonos o contratos comerciales, son nulos legalmente. En todo caso, tales deudas podrían considerarse personales debiendo responder quienes las hayan contraído a título personal —sea el monarca, el presidente, el director del banco central nacional o los ministros correspondientes— y no el Estado en su conjunto y por tanto los ciudadanos.

<sup>8</sup> “The issue of odious debts frequently arise in transitional situations in which a country embarks on a transition to a democratic state after having been governed by an undemocratic regime that committed atrocious human rights violations. Often, in the minds of all other problems that such a transition entails, a transitional state finds itself saddled with a sovereign debt incurred to sustain the prior regime and facilitate its human right violations.” MICHALOWSKI, Sabine and BOHOSLAVSKY, Juan Pablo: “Ius Cogens, Transnational Justice and Other Trends of the Debate on Odious Debts: A Response to the World Bank Discussion Paper on Odious Debts”, *Columbia Journal of Transnational Law*, 48 Colum. J Transnat'l L. 59.

Esta doctrina está presente en la discusión sobre la obligación de pago de la deuda externa en aquellos países donde han existido dictaduras, monarquías o gobiernos no representativos. Incluso se ha utilizado en contra de gobiernos elegidos democráticamente que han contraído deudas a espaldas de sus ciudadanos, sin su consentimiento y con fines de enriquecimiento personal, enriquecimiento corporativo, para la represión social y política y, en todo caso, contra los intereses de los propios ciudadanos.

Según esta teoría,

si un poder despótico incurre en una deuda no por las necesidades o los intereses del Estado sino para otorgar mayor fuerza a su régimen despótico, para reprimir a la población que se le enfrenta, esta deuda es odiosa para la población de todo el Estado. Esta deuda no es una obligación para la nación; es una deuda del régimen, una deuda personal del poder que la ha tomado, por lo tanto ésta cae con la caída del poder que la tomó. La razón por la que no se puede considerar que estas deudas odiosas graven el territorio del Estado es que dichas deudas no cumplen con una de las condiciones que determinan la legalidad de las deudas del Estado, que dice: las deudas del Estado deben ser tomadas y los fondos deben ser empleados para satisfacer la necesidades y los intereses del Estado.<sup>9</sup>

<sup>9</sup> Véase: MARZEC, Darius Adam: "The New Iraq: Resolving Public And Private Obligations Incurred Under Saddam Hussein's Rule In The Context Of International Arbitration"; *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, 163, Fall 2005; GRAY, David C.: "Devilry, Complicity, and Greed: Transitional Justice and Odious Debt in Law and Contemporary Problems", *Duke University Press*, 2006; MICHALOWSKI, Sabine and BOHOSLAVSKY, Juan Pablo: "Ius Cogens, Transnacional Justice and Other Trenes of the Debate on Odious Debts: A Response to the World Bank Discussion Paper on Odious Debts", *Columbia Journal of Transnacional Law*, 48 Colum. J Transnat'l L. 59; YIANNI, Andrew and TINKLER, David: "Is there a Recognized Legal Doctrine of Odious Debts?", *North Caroline Journal of International Law & Commercial Regulation*, Summer 2007, 32 N.C.J. Int'l & Com. Reg. 749; WEIDEMAIER, Mark C.: "A Modern Legal History Of Sovereign Debt: Contracting For State Intervention: The Origins of Sovereign Debt Arbitration", *Law & Contemporary Problems*, Fall 2010, 73 Law & Contmp. Prob. 335; LUDINGTON, Sarah & GULATI, Mitu: "A Convenient Untruth: Fact and Fantasy in the Doctrine of Odious Debt", *Virginia Journal of International Law*, Spring, 2008, 48 Va. J. Int'l L. 595; KING, Jeff A.: "Odious Debt: The Terms of the Debate", *North Caroline Journal of International Law & Commercial Regulation*, Summer, 2007, 32. N.C.J. int'l L & Com. Reg. 605; ADAMS, Patricia: "The debts of corruption: A global movement is asking Western nations to forgive 'odious' debt extended to despotic regimes. The cause has merit, but opposition is building", *National Post, (Canada)* May 10, 1999 Monday National Edition; WAIBEL, Michael: "Opening Pandora's Box: Sovereign Bonds in International Arbitration", *American Journal of International Law*, October, 2007, 101 A.J.I.L. 711; BUCHHEIT, Lee C. and GULATI, G. Mitu and THOMPSON, Robert B.: "The Dilemma of Odious Debt", *Duke Law of Journal*, March, 2007, 56 Dike J.L. 1201; PAULUS, Christoph G., "Odious Debt vs. Debt Trap: Realistic Help?", *Brooklyn Journal of International Law*, 2005, 21 Brooklyn J. Int'l L. 83; LUDINGTON, Sarah, GULATI, Mitu and BROPHY, Alfred L.: "Money Matters:

El creador de la teoría de las deudas odiosas fue Alexander Nahum Sack. Originalmente se llamado Aleksandr Naumovich Zak, nació en Moscú en 1980. Fue jurista y profesor especializado en derecho financiero internacional. Enseñó en la Universidad de San Petersburgo, en el *Institut d'études politiques de Paris*, mejor conocido como *Science Po*, en la Academia de Derecho Internacional de La Haya, en la Northwestern University en Estados Unidos y en la State University of New York. También trabajó en la aseguradora Equitable Life Insurance en Londres y para el Departamento de Justicia de los Estados Unidos. Murió en el Bronx con precaria situación económica mientras vivía con su esposa un asilo de ancianos.

Alexander Sack formalizó la doctrina teórica moderna de la deuda odiosa en un trabajo titulado *Les effets des transformations des Etats sur leurs dettes publiques et autres obligations financières* (Los efectos de las transformaciones de los Estados sobre sus deudas públicas y otras obligaciones financieras), publicado en París en 1927, cuando era profesor de derecho en *Science Po*.

A Alexander Sack se le atribuye la creación de la teoría de la deuda odiosa. Es decir, se considera que fue él quien formuló teóricamente los requisitos y condiciones necesarias para que un país pueda válidamente desconocer total o parcialmente las obligaciones injustamente asumidas por sus anteriores odiosos gobernantes.

Para hacer ese trabajo, el profesor Sack se fundamentó en varios casos prácticos del siglo XIX como el rechazo por parte del Estado mexicano de las deudas contraídas por el Emperador Maximiliano I de México y la tesis expuesta por los Estados Unidos en París en contra de pagar la deuda supuestamente asumida por Cuba durante el período que fue colonia española. En este caso, el argumento de los Estados Unidos, luego de la guerra Hispano-Estadounidense (o Hispano-Cubano-Norteamericana), era que la deuda había sido impuesta sin el consentimiento del pueblo y sirvió para reprimir el movimiento de liberación de Cuba.

A partir de estos casos Alexander Sack concluyó que las deudas odiosas tomadas y usadas con fines que, con el conocimiento de los acreedores, son contrarios a los intereses de la nación, no comprometen a esta última –en el caso que la nación tenga éxito en liberarse del gobierno que incurrió en ellas– excepto por la cantidad con la que obtuvo beneficios de esas

The Law, Economics, and Politics of Currency: Applied Legal History: "Demystifying the Doctrine of Odious Debts", *Theoretical Inquiries in Law*, January 2010, 11 Theretical Inq. L. 247; VAGTS, Detlev F.: "Sovereign Bankruptcy: In Re Germany (1953), in Re Iraq (2004)", *American Journal of International Law*, April, 2004, 98 A.J.I.L. 302, NORTON, Ellie, "International Investment Arbitration and the European Debt Crisis", *Chicago Journal of International Law*, 13 Chi. J. Int'l L. 291.

deudas. Los acreedores han cometido un acto hostil para con la población; ellos, por lo tanto, no pueden esperar que la nación liberada de un poder despótico asuma las deudas odiosas, que son deudas personales de ese poder.

Según explica la doctrina, existen tres tipos de deudas relevantes para esta materia: las deudas de guerra, las deudas hostiles y las deudas corruptas.<sup>10</sup> Actualmente existe una discusión sobre si todas estas deudas constituyen deudas odiosas o sólo las deudas corruptas.

Tradicionalmente la teoría de las deudas odiosas se justifica de varias maneras. Una de ellas, la más tradicional, por aplicación del *Ius Cogen*. De conformidad con el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados del Viena, 23 de mayo de 1969<sup>11</sup> “es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.”

Esta norma es considerada en el derecho internacional como inderogable. En consecuencia, inmodificable aun por acuerdo de las partes expresado en un tratado internacional.<sup>12</sup>

Más recientemente, el fundamento de la teoría de las deudas odiosas ha sido argumentado en el vínculo existente entre los créditos otorgados a los regímenes odiosos y la violación de los derechos humanos por parte de estos regímenes.<sup>13</sup>

En definitiva, la teoría de las deudas odiosas se ha puesto en práctica en muchas ocasiones. Por ejemplo: El ya mencionado repudio de México

<sup>10</sup> GRAY, David C.: “Devilry, complicity, and agreed: Transitional Justice and Odious Debt”, <http://law.duke.edu/journals/lep>.

<sup>11</sup> U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, en vigor desde el 27 de enero de 1980.

<sup>12</sup> Véase MICHALOWSKI, Sabine and BOHOSLAVSKY, Juan Pablo: “Ius Cogens, Transnational Justice and Other Trends of the Debate on Odious Debts: A Response to the World Bank Discussion Paper on Odious Debts”, *Columbia Journal of Transnational Law*, 48 Colum. J Transnat'l L. 59.

<sup>13</sup> FREIBELMAN, Asam, “Equitable subordination, Fraudulent Transfer, and Sovereign Debt”, *70 Law and Contemp. Probs.*, Autumn 2007, at 171, 171-172; HERMAN, Barry, “Doing the Right Thing: Dealing With Developing Country Sovereign Debt”, 32 N.C.J. Int'l L & Com. Reg. 773, 811 (2007); PEREZ, Louis A & WEISSMAN, Deborah M.: “Public Power and Private Purpose: Odious Debt and the Political Economy of Hegemony”, 32 N.C.J. Int'l J. & Com. Reg. 699, 701 (2007), citados por MICHALOWSKI, Sabine and BOHOSLAVSKY, Juan Pablo: “Ius Cogens, Transnational Justice and Other Trends of the Debate on Odious Debts: A Response to the World Bank Discussion Paper on Odious Debts”, *Columbia Journal of Transnational Law*, 48 Colum. J Transnat'l L. 59, pie de página # 155.

a la deuda que tenía con varios países europeos (1867); el repudio de la deuda de la Unión Soviética a las deudas adquiridas por los Zares rusos (1918); El no prorrateo de la deuda Prusiana relativa a la colonización de Polonia (1919); El no reconocimiento de ciertas deudas austriacas luego de la incorporación de Austria a Alemania por los Nazis (1938); el repudio de trece colonias (hoy estado de los Estados Unidos de América) luego de la declaratoria de independencia de Inglaterra; todas las deudas pre-revolucionarias, algunas de las cuales fueron luego clasificadas como odiosas en un litigio (1952); el desconocimiento de Argelia de las deudas contraídas por a la administración francesa (1962); la demanda de Irán sobre ciertas deudas pre-revolucionarias adquiridas para comprar armas eran odiosas (esta demanda fue declarada sin lugar en un proceso arbitral en 1996)<sup>14</sup>.

Pero conseguimos un antecedente interesante que creemos que merece ser reseñado con un poco más de detalles en estas reflexiones. Se trata del caso *Tinoco*<sup>15</sup> o del *Laudo Taft*.

Como su nombre lo deja ver, se trata de un caso de arbitraje. Sus características son las siguientes:

Federico Alberto Tinoco Granados, nació en Costa Rica el 21 de noviembre de 1858. Realizó sus estudios con los Jesuitas y luego prosiguió la carrera militar en Estados Unidos y Bélgica. Llegó al cargo de Presidente de Costa Rica entre abril de 1917 y Agosto de 1919 y murió en París el 7 de septiembre de 1931.

Luego de llegar a la Presidencia de la República, dicen que su popularidad bajó rápidamente. Ello como consecuencia de carácter represivo y reclamos por el uso de los fondos públicos.

A fines de febrero de 1918 estalló una rebelión armada contra Tinoco que fue controlada por el gobierno. Sin embargo, según la historia, las presiones de Estados Unidos y las acciones de la oposición interna, hicieron que Tinoco prefiriera abandonar el poder y el 12 de agosto de ese año.

Federico Alberto Tinoco Granados vivió en Francia, España y la Gran Bretaña. Finalmente, Tinoco se estableció en París con su familia. Al momento de partir de Costa Rica llevó consigo a título de gastos de representación cien mil Dólares obtenidos a última hora de la sucursal costarricense del Royal Bank of Canadá. Este hecho fue el origen del litigio en contra de Gran Bretaña llamado Caso Tinoco, resuelto el 18 de octubre de 1923.

<sup>14</sup> Casos citados por Jeff A. King, *Odious Debt: The Terms of the Debate*, North Carolina Journal of International Law & Commercial Regulation, Summer 2007, 32 N.C.J. Int'l L. & Com. Reg. 605.

<sup>15</sup> Se trata del procedimiento arbitral entre AGUILAR-AMORY y el Royal Bank of Canadá cuyas partes fueron Gran Bretaña y Costa Rica y el árbitro único fue el Chief Justice de los Estados Unidos de América William H. Taft.



De conformidad con el propio gobierno de Costa Rica<sup>16</sup> “el internacionalmente denominado “Tinoco Case” fue el producto de una serie de truculentas negociaciones realizadas entre el gobierno costarricense, encabezado por Federico Tinoco Granados, y dos casas británicas: *The Royal Bank of Canada* y la *Central Costa Rica Petroleum Company*.” Al finalizar el período Tinoco, el Estado Costarricense se encontraba en una fuerte crisis administrativa y financiera. La concesión del contrato petrolero conocido como “Aguilar – Amory” el 25 de junio de 1918 y la entrega de 998.000 colones en Billetes de 1.000.00 hecha en “The Royal Bank of Canada”, en pago de un cheque girado por la Administración de Tinoco a cargo del Banco Internacional de Costa Rica y depositado en la cuenta del Gobierno en el Royal Bank of Canada, contribuyeron con esa crisis.

Ante esta situación, el 22 de agosto de 1920 el Estado costarricense dictó la Ley 41, denominada “Ley de Nulidades” a fin de anular todos los actos de la Administración Tinoco. Consecuencia de esta ley las compañías afectadas comenzaron negociaciones con las nuevas autoridades costarricenses que no dieron los resultados esperados. Por este motivo, Su Majestad Británica salió en defensa de las empresas y se inició una controversia diplomática que concluyó con la firma de un acuerdo para someter la controversia a arbitraje: La Convención Alvaro-Bennett.

El encargado de decidir la controversia fue el árbitro único William Howard Taft. Nació el 15 de septiembre de 1857, en Cincinnati. Estudio derecho en la Universidad de Yale. En 1890 fue nombrado Procurador General de los Estados Unidos. En 1891 fue nombrado juez de la Corte de Apelaciones del 6º circuito. En 1901 el presidente William McKinley lo nombró Gobernador General de Filipinas. Entre 1904 y 1908 fue nombrado Secretario de Defensa durante las administraciones de Theodore Roosevelt y Gobernador Temporal de Cuba a petición del Primer Presidente de la República de Cuba, Tomás Estrada Palma,<sup>17</sup> para evitar una guerra interna en el país entre las diferentes tendencias políticas. Luego de servir como Secretario de Defensa durante las administraciones de Theodore Roosevelt (1904-1908) con el apoyo del partido Republicano ganó las elecciones y se convirtió fue el vigésimo séptimo Presidente de los Estados Unidos de América (1909-1913). Posteriormente, el 11 de julio de 1921 fue nombrado

<sup>16</sup> Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, Instituto de Servicio Exterior, “Manuel María de Peralta”, El Laudo Taft, presentación de Carlos Humberto Cascante Segura, Serie Mariano Montealegre N° 3.

<sup>17</sup> Del 20 de mayo de 1902 al 2 de diciembre de 1906. Durante su mandato se fueron vendidas, con su aprobación personal, las mejores tierras a precios de centavos a varios inversionistas norteamericanos, además se contrajeron grandes deudas con la banca de ese país. Tras una crisis interna, derivada de sus intenciones se reelegirse, solicitó la presencia de las fuerzas militares norteamericanas motivando la Segunda Intervención Norteamericana en Cuba.

Presidente de la Corte Suprema de los Estados Unidos hasta el 3 de febrero de 1930. Es la única persona en haber desempeñado los cargos de Presidente de los Estados Unidos y de la Corte Suprema.

Taft fue uno de los precursores del arbitraje internacional para la solución de disputas entre Estados. Como parte de su política, Taft representó a su país en la firma de tratados con Francia y Gran Bretaña “bajo la premisa de que éste se aplicase a cualquier tema. No obstante, estos tratados fueron modificados por el Senado, que redujo y prohibió muchas materias”.<sup>18</sup>

Para resolver el caso Tinoco, Taft planteó en su laudo dos grandes problemas jurídicos, que terminaron por convertirse en “razonamientos de referencia obligada en esta temática. Por un lado, el carácter permanente del Estado como persona jurídica internacional y, por el otro, el desarrollo de la teoría de las deudas odiosas. En esta línea el Taft estableció que la responsabilidad del Estado no desaparece por el hecho de que su gobierno legítimo, o bien, producto de un golpe de Estado. Por el contrario, internacionalmente, basta con que el gobierno de facto tenga control y autoridad sobre el territorio estatal para que pueda realizar actos que comprometan internacionalmente al país. Estos actos, salvo casos excepcionales, se conservan tras un cambio de gobierno.”<sup>19</sup> Esto lo hace con base en la tesis expuesta por el Dr. John Bassett Moore, entonces miembro de la Corte Permanente de Justicia Internacional, en su Digesto de Derecho Internacional, tomo I, p. 249, en el que se expone “el principio general, tan universalmente admitido, que ha llegado a formar parte integrante del Derecho Internacional.”<sup>20</sup>

En relación a la teoría de las deudas odiosas, el laudo afirma lo siguiente: “El descrédito del gobierno de Tinoco y los gastos del mantenimiento del ejército levantado en su defensa, produjeron un desequilibrio tan grande en sus finanzas que obligó a dar la ley que autorizó la emisión de los quince millones de colones.”<sup>21</sup> “El caso del dinero pagado al hermano, el

<sup>18</sup> Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, Instituto de Servicio Exterior, “Manuel María de Peralta”, El Laudo Taft, presentación de Carlos Humberto Cascante Segura, Serie Mariano Montealegre N° 3, p. 2 y 3.

<sup>19</sup> Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, Instituto de Servicio Exterior, “Manuel María de Peralta”, El Laudo Taft, presentación de Carlos Humberto Cascante Segura, Serie Mariano Montealegre N° 3.

<sup>20</sup> Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, Instituto de Servicio Exterior, “Manuel María de Peralta”, El Laudo Taft, presentación de Carlos Humberto Cascante Segura, Serie Mariano Montealegre N° 3. P. 9.

<sup>21</sup> Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, Instituto de Servicio Exterior, “Manuel María de Peralta”, El Laudo Taft, presentación de Carlos Humberto Cascante Segura, Serie Mariano Montealegre N° 3. P 37.



Secretario de Guerra, nombrado Ministro en Italia, es más o menos igual. La partida de los libros del Gobierno le carga esa cantidad como un pago que hizo para los gastos que se ocasionaran en el establecimiento de una legación en Italia. Incluye los sueldos y gastos durante cuatro años. Pagar por adelantado sueldos de cuatro años es lo más insólito y absurdo en el curso de los negocios.”<sup>22</sup> Más adelante, afirmó que “la Ley de Nulidades en cuanto afecta la validez de los 998 billetes de mil colones y la demanda presentada en nombre del Royal Bank, no causa ningún perjuicio por el cual pueda reclamar la Gran Bretaña, siempre que Costa Rica traspase al Royal Bank todo su interés en la hipoteca por \$ otorgada por la viuda de José Joaquín Tinoco, junto con los intereses pagados por razón de la misma. (...) además, que la Ley de Nulidades al detectar la nulidad de la concesión Amory no causó ningún perjuicio a la Central Costa Rica Petroleum Company, Limitada, al cesionario de la concesión, ni a la British Controlled Oil Company, Limitada, dueña de las acciones, que dé lugar a una reclamación de la Gran Bretaña, porque la concesión era de hecho nula, conforme a la Constitución de 1917.” Es decir, la Constitución anterior al régimen de Tinoco.

Aunque recomendamos la lectura del corto, fundamentado y bien redactado laudo del juez Taft, en las cortas líneas arriba transcritas se aprecia que las circunstancias del caso permitieron llegar a la conclusión de que las deudas contraídas por Taft eran deudas odiosas. Es decir, que no comprometieron al Estado costarricense sino al propio Federico Alberto Tinoco Granados.

Este es pues, un caso cercano a Venezuela, geográficamente hablando, en el que se aplicó las bases expuestas de la teoría de las deudas odiosas. Lo que no tiene nada de odioso es la noble elegancia con la que William Howard Taft termina su laudo:

En lo que respecta al pago de los gastos del juicio arbitral, no veo cuáles haya de fijar. Por mi parte me es grato contribuir con mis servicios a la consideración, discusión y decisión de las cuestiones presentadas. Es un placer para mí tener la oportunidad de manifestar mi intenso interés en el fomento del arreglo judicial de los conflictos internacionales, y acepto por toda recompensa de cualquier servicio prestado por mí, el honor de haber sido escogido para decidir estas importantes cuestiones entre las Altas Partes Contratantes.

No hay duda que el caso Tinoco no tiene nada que ver con Venezuela. Sin embargo, lo que curiosamente sí tiene relación es un antecedente

<sup>22</sup> Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, Instituto de Servicio Exterior, “Manuel María de Peralta”, El Laudo Taft, presentación de Carlos Humberto Cascante Segura, Serie Mariano Montealegre N° 3. P. 38.

que cita el propio laudo Taft el caso conocido como *Jarvis case* que resolvió la controversia que existía entre Nathaniel Jarvis y el General José Antonio Paez.

La cita del laudo Taft es la siguiente:<sup>23</sup> “Paez, ciudadano venezolano insurrecto contra el Gobierno de Venezuela existente en 1849, enroló en su conspiración al reclamante americano Jarvis, el cual le suministró un buque, armas y municiones. Esto constituía, de parte de Jarvis, un crimen contra los Estados Unidos porque estos estaban en términos amistosos con Venezuela. La expedición fracasó. Sin embargo, en 1861, sea trece años más tarde, estando Páez en Venezuela, una súbdita revolución lo llevó al poder. En 1863, precisamente cuando con la caída de su gobierno estaba por retirarse, emitió unos bonos a favor de Jarvis para pagarles los gastos que éste había hecho en la fracasada insurrección de 1849, esto es doce años antes.”<sup>24</sup> El Comisionado decidió que no existía causa legal que justificara la emisión de los bonos. Tal conclusión fue, en verdad, acertada. Se trata de una obligación personal de Páez, caso que existiera, en realidad, una obligación. No era una deuda de Venezuela. Era más ilegal a casusa de su viciado origen, tanto por las leyes de los Estados Unidos que por las de Venezuela.”<sup>25</sup>

La referencia a las sentencias arbitrales del caso Tinoco y del caso Jarvis nos sirven de puente natural para abordar el segundo punto que nos hemos planteado con este trabajo como parte de las cosas que, desde nuestro punto de vista, estar incluidos entre las medidas o decisiones de justicia transicional que se apliquen para facilitar el paso de una etapa a la otra.

<sup>23</sup> Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, Instituto de Servicio Exterior, “Manuel María de Peralta”, El Laudo Taft, presentación de Carlos Humberto Cascante Segura, Serie Mariano Montealegre N° 3. P. 19.

<sup>24</sup> El laudo se refiere al pago de “*Mr Jarvis's opportune Service and generous contribution to the aid of the Paez cause in 1849*”.

<sup>25</sup> Esta decisión fue tomada por la *American-Venezuela Commission* de las Naciones Unidas entre 1903 y 1905. Parte del texto original de esta laudo, dice lo siguiente: “*It is doubtless true that the question whether the Páez government was or was not the de facto government of Venezuela at the time the bonds were issued is one of fact. But the decision of the political department of the United States Government on November 19, 1862, that there was not such conclusive evidence that the Páez government was fully accepted and peacefully maintained by the people of Venezuela as to entitle it to recognition must be accorded great weight as to the fact, and is in any event conclusive upon its own citizens. And certainly the evidence that the Páez government was “submitted to by the great body of the people” was no stronger on April 14, 1863, when the Jarvis bonds were issued and, when as a matter of historical fact, it was encompassed by its enemies and tottering to its fall.*”

Para más detalles sobre este interesante caso, véase Nations Unies - United Nations, Reports Of International Arbitral Awards - Recueil des sentences arbitrales, Woodruff Case 1903-1905, VOLUME IX pp. 208-223: [http://legal.un.org/riaa/cases/vol\\_IX/213-223.pdf](http://legal.un.org/riaa/cases/vol_IX/213-223.pdf)

## B. LA CREACIÓN DE UN TRIBUNAL ARBITRAL PERMANENTE QUE CONOZCA LOS CASOS DE EXPROPIACIONES

### 1. Planteamiento

Es un hecho público y notorio que durante los últimos años se han llevado a cabo una cantidad de medidas de expropiación, de forma directa o indirecta<sup>26</sup> y otras medidas que han afectado el derecho de propiedad de muchas personas.

Por ejemplo, un número importante de empresas han sido objeto de controles de precios. Este control priva a la persona de una parte del monto que legítimamente pensaba recibir a cambio de su producto o servicio. En algunos casos, esa privación consiste en la ganancia o incluso en parte del costo de la producción y/o comercialización del producto.

En Brasil, por ejemplo, las líneas aéreas presentaron una demanda de indemnización por los daños y perjuicios sufridos por el llamado *Plano Crizado* que congeló el precio de los boletos aéreos entre octubre de 1985 y enero de 1992.<sup>27</sup> Las decisiones fueron tomadas el 18 de septiembre de 2014 y el 12 de marzo de 2014, por el Superior Tribunal de Justicia y por el Superior Tribunal Federal, respectivamente. Ambas decisiones resultaron favorables a las líneas aéreas Varig y Vasp, acordando una indemnización cercana a los 3.5 billones de Reales para la primera y de cerca de 4 millones de Reales para la segunda. Ambas instancias consideraron que “el control de precios impactó negativamente en el desempeño económico y financiero de las empresas y que las dos experticias realizadas concluyeron que hubo un rompimiento del equilibrio económico-financiero del contrato, con divergencias sólo en el monto”.<sup>28</sup>

En el proceso, las líneas aéreas alegaron que los ajustes de precios realizados por la Unión durante las décadas de los 80 y 90 fueron inferiores a los costos de la empresa, lo que generó la necesidad de indemnización. “Como la compañía prestaba un servicio público, no podía cerrar los vuelos deficitarios. La empresa operaba en rojo”.<sup>29</sup>

<sup>26</sup> *Creepy expropriations.*

<sup>27</sup> “A empresa cobra da União os prejuízos que teria sofrido em razão do congelamento das tarifas aéreas, entre 1985 e 1991, determinado pelo Plano Cruzado. O processo chegou ao Supremo no fim de 2007” Véase: [http://www.wald.com.br/imprensa\\_ver.asp?id=154](http://www.wald.com.br/imprensa_ver.asp?id=154)

Valor Económico: *Vas obtém no STJ direito a indenização bilionária.* <http://www.valor.com.br/legislacao/3702332/vasp-obtem-no-stj-direito-indenizacao-bilionaria#ixzz3Dlbtmowe>

<sup>28</sup> Decisión: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6761677>

<sup>29</sup> Declaración de uno de los abogados de la línea aérea Vasp: Arnoldo Wald Filho. Véase: <http://alfonsin.com.br/vasp-obtm-no-stj-direito-a-indenizacao-bilionaria/>

En Venezuela, desde nuestro punto de vista, no todas las personas que manifiestan considerarse víctimas de medidas en contra de sus propiedades han tenido la posibilidad de acceder a un tribunal que pueda decidir de forma imparcial e independiente si la compensación recibida fue justa o incluso obligar al expropiante a pagar por la expropiación realizada.

Las víctimas que tuvieron acceso a esas instancias, acudieron a los tribunales arbitrales internacionales. Ello, gracias a que se trataba de inversionistas extranjeros, que las inversiones se realizaron correctamente para gozar de la protección de un Tratado Internacional de Protección de Inversiones y que tenían la capacidad de sufragar, directamente o a través de terceros, los costos y honorarios profesionales que se requieren para un proceso de esa naturaleza.

En otras palabras, las personas venezolanas que se consideran víctimas de estas medidas no han podido acceder a un tribunal arbitral internacional para presentar sus reclamaciones.

Esta situación es una ventaja para el Estado. Estadísticamente, el número de víctimas que cumplen los requisitos para demandar ante un tribunal arbitral internacional, es muy pequeño.

En el marco de un eventual programa de reconstrucción, sería imposible dejar de pensar en los venezolanos que se consideran afectados por algunas medidas que hayan afectado sus derechos de propiedad. Lo razonable es brindarles la oportunidad de presentar sus demandas con las garantías necesarias y que sean los tribunales, así como ha ocurrido en arbitrajes internacionales, que decida quién tiene la razón, con base en pruebas y argumentos.

En nuestra opinión, la institución más adecuada para decidir esas posibles controversias es un tribunal arbitral permanente. Es decir, un tribunal arbitral que no tenga sólo la competencia de decidir un caso, sino que tenga la competencia para decidir todos los casos relacionados con medidas que hayan afectado de forma directa o indirecta la propiedad de alguna persona y que no haya sido debidamente compensada.

### 2. La creación del tribunal arbitral

Existen muchas formas de poner a disposición de las víctimas el tribunal arbitral permanente que se encargará de atender estos conflictos. En nuestra opinión, lo más razonable sería que el Estado dicte una ley a través de la cual se realice una oferta de arbitraje dirigida a todas las personas naturales y jurídicas que se consideren víctimas de una expropiación o de alguna medida que haya afectado su propiedad, en un período determinado. De este modo, cualquier interesado podría manifestar su aceptación a

la oferta de arbitraje a través de la presentación de la demanda arbitral en un tiempo razonable determinado en esa misma ley.

Adicionalmente, esta ley debería crear y organizar el tribunal arbitral, su funcionamiento, presupuesto y demás formalidades que le otorguen lo necesario para que sus decisiones puedan ser definitivas y de estricto cumplimiento por ambas partes. El establecimiento de una instancia de apelación, igualmente arbitral, es una idea que debe ser discutida.

En este orden de ideas, creemos que la Declaración de Resolución de Controversias<sup>30</sup> del 19 de enero de 1981 que creó el tribunal arbitral encargado de resolver las controversias que surgieron entre Irán y los Estados Unidos como consecuencia de la revolución islámica, es un texto que puede usarse como guía para la redacción de esa ley, en vista del comprobado éxito que ha tenido ese texto que creó un sistema que tiene más de 30 años de funcionamiento ininterrumpido.

Respecto al procedimiento aplicable y las facultades o derechos de las partes y el tribunal arbitral, consideramos que no se deben hacer innecesarias innovaciones. Los procedimientos arbitrales presentan una forma básica y generalmente conocida en el mundo jurídico nacional e internacional. En este sentido, nuestra propuesta sería la aplicación de la Ley de Arbitraje Comercial venezolana o la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) sobre Arbitraje Comercial.

La ventaja de aplicar la Ley de Arbitraje Comercial venezolana es que se trata de la ley naturalmente aplicable. En efecto, aunque poco utilizada para regular los procedimientos arbitrales,<sup>31</sup> es la norma especial en la materia y tiene la vigencia temporal adecuada para ser aplicada a los conflictos que nos referimos. Por su parte, el beneficio de aplicar la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) sobre Arbitraje Comercial, como lo hace, por ejemplo, el tribunal arbitral permanente que resuelve los conflictos entre Irán y Estados Unidos. La ventaja del uso de esta Ley Modelo, es que facilitaría dos aspectos que consideramos fundamentales. Por un lado, la participación de árbitros internacionales. Por otro lado, el uso de doctrina y jurisprudencia internacional que resuelva los posibles conflictos procesales que

podieran surgir entre las partes. Como la Ley de Arbitraje Comercial no ha tenido experiencias prácticas considerables, carecemos de jurisprudencia que pueda resolver los problemas de interpretación al momento de su aplicación. En consecuencia, la inclinación será a importar dichas soluciones.<sup>32</sup>

Antes de iniciar el proceso arbitral, creemos que sería razonable que la ley previera una etapa de negociación entre el Estado y las víctimas para explorar la posibilidad de llegar a un acuerdo amigable. Esta etapa, además de ofrecer la posibilidad de una solución expedita, tiene la gran ventaja de reducir considerablemente los costos para ambas partes deben necesariamente invertir en un proceso arbitral y, sobre todo, se basa en el acuerdo de las partes, más que en la determinación de un ganador y un perdedor. Situación que pareciera lo más aconsejable en estas circunstancias.

Por razones de elemental prudencia, el período de negociaciones debería ser limitado. Los tratados que prevén la negociación como una etapa previa al acceso al arbitraje internacional normalmente limita esta etapa a seis meses. Creemos que se trata de un tiempo prudencial. Sin embargo, nada obstaría para que las partes, en ejercicio del principio de autonomía de la voluntad de las partes, extiendan el período de negociaciones.

Existen elementos fundamentales sobre este tribunal arbitral sobre los que preferimos no pronunciarnos en esta oportunidad. Elementos como el número de árbitros, la forma de escogerlos, el idioma de los procedimientos, entre otros, deberán ser analizados en su debida oportunidad, tomando en cuenta todos los elementos que afecta cada una de esas decisiones. En efecto, para tomar esas decisiones se deberán sopesar elementos como la facilitación al acceso a la justicia, los costos del procedimiento, la celeridad de los procedimientos, entre otros. Sobre lo que sí consideramos oportuno referirnos en esta oportunidad es sobre el lugar en que se instalará el tribunal arbitral.

Normalmente, los criterios que más pesan al momento de escoger el lugar del arbitraje son tres: la comodidad para que los árbitros y las partes puedan hacer su trabajo, si el país escogido suscribió o no la Convención de Nueva York y la jurisprudencia de los tribunales locales frente al arbitraje. Un elemento adicional podría ser el tiempo y costo de desplazamiento hasta ese lugar.

En el caso del tribunal arbitral que proponemos, creemos que el aspecto de la jurisprudencia de los tribunales locales, no debería aplicar. En nuestra opinión, la ley que ofrece esta posibilidad debería incluir la imposibilidad de ejercer ningún tipo de recurso en contra del laudo definitivo, salvo el eventual recurso de apelación que ya comentamos. Tomando en

<sup>32</sup> Sin embargo, esta misma carencia pareciera ser un argumento convincente para comenzar a aplicar esta ley.

<sup>30</sup> Declaration of the Government of the Democratic and Popular Republic of Algeria Concerning the Settlement of Claims by the Government of the United States of America and the Government of the Islamic Republic of Iran (Claims Settlement Declaration), 19 January 1981. Véase: <http://www.iusct.net/>

<sup>31</sup> Normalmente los arbitrajes en Venezuela son institucionales. Es decir, se rigen por los Reglamentos de los Centros de Arbitraje de la Cámara de Caracas o del CEDCA (Centro Empresarial De Conciliación y Arbitraje).

consideración los otros criterios, pareciera razonable ubicarlo el tribunal arbitral en algún país vecino a Venezuela. Por ejemplo Costa Rica, Colombia o Perú.

En definitiva, la creación de un tribunal arbitral permanente para resolver las controversias surgidas con ocasión de las actuaciones hostiles en contra de la propiedad es una medida de justicia transicional que consideramos necesaria para asentar las bases de reconstrucción del país. Además, el hecho de tratarse de un procedimiento arbitral, y no judicial, ofrecerá a ambas partes la posibilidad de un procedimiento rápido y expedito, en donde podrán participar árbitros y expertos internacionales en la mejor solución para cada uno de estos casos, aplicando criterios de justicia que estén en armonía con las teorías y tendencias internacionales en esta materia. Así, además de hacer justicia, se estaría invirtiendo en el futuro del país a través de la creación de una ventana por la que podrá entrar la luz de los análisis, formas de trabajo, teorías y razonamientos jurídicos aplicados a nivel internacional, que permitirá la formación de muchos profesionales y el mejoramiento indirecto, pero seguro, de nuestra administración de justicia.

## Una visión de la legitimación o cualidad procesal desde la teoría de la acción

Rafael Ortiz-Ortiz\*

### SUMARIO

A. Introducción. B. Precisiones Conceptuales. 1. Introducción. 2. La cualidad como ente relacional en Loreto. a. Cualidad y acción procesal. b. La definición de cualidad. c. Las deficiencias en esta tesis. 1) ¿Titularidad del derecho o autoatribución?. 2) Cualidad sin interés jurídico-sustancial. 3. Nuestra opinión: la cualidad como condición de poderes procesales. a. El carácter subjetivo-procesal de la cualidad. b. Las fuentes de la cualidad procesal. 1) La "autoatribución" del interés o derecho sustantivo. 2) La cualidad extraordinaria por previsión legal. a) Cualidad sin titularidad de intereses. b) Cualidad restringida o ampliada por voluntad legal. c. La cualidad procesal y los poderes procesales. d. La separación entre cualidad y legitimación. 4. La cualidad y otras figuras procesales. a. Cualidad y derecho de accionar. b. Cualidad e interés. c. Cualidad y pretensión jurídica. d. La cualidad y la capacidad procesal. 5. Clasificación de la Legitimación: *legitimatio ad processum* y *legitimatio ad causam*. a. Visión tradicional. b. La *legitimatio ad processum* o capacidad. 1) Definición. 2) Naturaleza de presupuesto procesal. c. La *legitimatio ad causam* o cualidad. C. Clasificación de la Cualidad. 1. La cualidad ordinaria y cualidad extraordinaria. a. Cualidad ordinaria y la autoatribución. b. La cualidad extraordinaria y la expresa previsión de Ley. 1) Los supuestos de sustitución procesal ("pretensión oblicua"). 2) Supuesto de legitimación calificada ("pretensión pauliana"). 2. La cualidad originaria y cualidad derivada. 3. El carácter bifronte de la falta de cualidad: *inadmisibilidad* e *improponibilidad*. D. CONCLUSIONES.

### A. INTRODUCCIÓN

Uno de los aspectos más subyugantes del Derecho procesal está constituido por la "legitimación" o "cualidad", y ello así porque se pone a

\* Abogado egresado de la Universidad Católica Andrés Bello, con especialización y maestría en Derecho procesal en la UCAB; especialista en Derecho del trabajo (UCV), y Especialista en Derecho administrativo (UCAB), con estudios doctorales en Derecho (UCAB), y Ciencias Políticas UCV. Profesor Asociado de pre y posgrado en la UCAB, y profesor invitado en las Universidades Central de Venezuela, Carabobo, Los Andes, del Zulia, Fermín Toro, de Margarita y Católica del Táchira. Ex Juez Superior en lo Contencioso Administrativo, y ex Magistrado Presidente de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo.