

INSTITUCIONES GENERALES DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO: MÁS ALLÁ DEL PROBLEMA CONFLICTUAL*

Claudia Madrid Martínez**

En: Estudios de Derecho internacional privado, Homenaje a Tatiana Maekelt, Coord. V.H. Guerra, C. Madrid Martínez, Y. Pérez, (Universidad Católica Andrés Bello), Caracas, pp. 155-226.

CONTENIDO

I. INTRODUCCIÓN. ALGUNAS NOTAS SOBRE LA TEORÍA GENERAL DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. II. CALIFICACIONES. III. INSTITUCIÓN DESCONOCIDA. IV. REENVÍO. V. CUESTIÓN INCIDENTAL. VI. SITUACIONES JURÍDICAS VÁLIDAMENTE CREADAS. VII. ADAPTACIÓN. VIII. ORDEN PÚBLICO EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. IX. FRAUDE A LA LEY. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN. ALGUNAS NOTAS SOBRE LA TEORÍA GENERAL DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

“Sin la parte general, el Derecho internacional privado se convertiría en una disciplina sin vida propia, sin sus características esenciales y sin la base de la cientificidad”¹. Así lo afirmó, con la honestidad y la claridad que siempre caracterizó su obra, Tatiana B. de Maekelt. Así lo demostró tanto en sus clases de pregrado, como al frente de la asignatura Teoría general del Derecho internacional privado, disciplina que impartiera, con su natural generosidad, en el primer semestre de la Maestría en Derecho Internacional Privado y Comparado en la Universidad Central de Venezuela. Así lo defendió con vehemencia en las distintas reuniones de la cátedra. Es por ello que no dudamos en elegir un tema relacionado con la teoría general del Derecho internacional privado, para participar en este homenaje que hoy le hacemos, quienes tuvimos el enorme privilegio de ser los alumnos de una Maestra que, sin duda, mereció con creces este título.

La teoría general del Derecho internacional privado viene a ratificar su autonomía y a construir el andamiaje necesario para su funcionamiento, y es que “...una ciencia sin Parte General es como

* Estas líneas constituyen una actualización de nuestro trabajo: “Instituciones generales en la Ley de Derecho internacional privado venezolana”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, UCV*, 2000, N° 117, pp. 107 ss.

** Abogado (UCV), *Magister Scientiarum* en Derecho Internacional Privado y Comparado (UCV), Doctora en Ciencias, Mención Derecho (UCV), Profesora Asociado en Derecho internacional privado (pregrado y postgrado) y Derecho Civil III (Obligaciones) en la UCV, Profesora Asociado en Derecho internacional privado en la UCAB. Jefe de las Cátedras de Derecho Internacional Privado, Derecho Civil III (Obligaciones) y Contratos y Garantías en la UCV y de Derecho Internacional Privado en la UCAB.

¹ T.B. MAEKELT, *Teoría general de Derecho internacional privado*, 2ª ed. actualizada y ampliada, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Estudios N° 87, 2010, Presentación a la segunda edición, pp. XXX-XXXI.

una persona sin cabeza”². Es necesario dotar al legislador y al juez de una teoría general del Derecho internacional privado que abarque sus problemas esenciales de filosofía jurídica, de método y de técnica³. Es necesario pensar los problemas de Derecho internacional privado, en clave de Derecho internacional privado.

Por tales razones, su importancia ha sido reconocida por la gran mayoría de los autores, con muy pocas excepciones⁴. En lo que sí no ha habido acuerdo es en determinar las materias que constituyen el objeto de la teoría general. Algunos autores la han vinculado, directamente, con todos los problemas derivados del funcionamiento de la norma de conflicto⁵. Sin embargo, la manera en que se entiende hoy el objeto del Derecho internacional privado nos obliga a hacer otras consideraciones.

En efecto, la concepción que se tenga del objeto de esta disciplina será determinante en la forma de entender su teoría general. Así, abandonada la tesis normativista, y entendiendo que el Derecho internacional privado se ocupa de dar solución a las relaciones jurídico privadas de carácter internacional, además de las cuestiones de Derecho aplicable –consideradas a través de la llamada pluralidad metodológica del Derecho internacional privado⁶–, en la teoría general debe

² W. GOLDSCHMIDT, *Derecho internacional privado. Derecho de la tolerancia*, 8ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1995, p. 18.

³ J. MAURY, « Règles générales des conflits de lois », *Recueil des Cours*, 1936 III. Tomo 57, pp. 329 ss., especialmente pp. 330-332 y 416.

⁴ La teoría general, en opinión de Juenger, revela las tensiones que la falta de normas uniformes de Derecho aplicable provocan en el sistema multilateral. Ver: F.K. JUENGER, *Derecho internacional privado y justicia material* (Trad. D. Fernández Arroyo/C. Fresnedo de Aguirre), México, Editorial Porrúa, Universidad Iberoamericana, 2006, p. 77.

⁵ M. AGUILAR NAVARRO, *Derecho internacional privado*, 2ª reimp. de la 4ª ed., Madrid, Sección de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, 1982, Volumen I, Tomo I, p. 94.

⁶ C. MADRID MARTÍNEZ, *La norma de Derecho internacional privado*, Caracas, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, UCV, 2004, Serie Trabajos de Grado N° 2, pp. 28-32. Ya en la década de los ochenta del siglo pasado, Aguilar Navarro escribía: “*No se podrá seguir confinando la parte general al método indirecto y las reglas de colisión. La valoración de otros métodos y de otras formas de normación pasará a constituir un nuevo centro de interés de la futura parte general*”. Ver: M. AGUILAR NAVARRO (nota 5), Volumen I, Tomo I, p. 95. Esta referencia a la determinación del Derecho aplicable no se limita, desde luego, al funcionamiento de la norma de conflicto, sino que considera la llamada pluralidad metodológica del Derecho internacional privado (Ver:). Recordemos que a partir de la obra de FRANCESKAKIS, *La théorie du renvoi et les conflits des systèmes en Droit international privé* (Publicada en París, por Sirey en 1958), se reconoce la diferencia entre determinar el campo de aplicación de cada Ley y determinar el Derecho aplicable a cada relación humana. El autor estima que ambas operaciones están cubiertas por el Derecho internacional privado, pero no son resueltas únicamente por normas de conflicto. Seguidamente, emprende un sumario estudio sobre los tres métodos que comparten la reglamentación de supuestos de tráfico jurídico externo: las normas de aplicación necesaria o inmediata, las normas materiales de Derecho internacional privado y las normas de conflicto, las cuales tendrán como misión dar una apreciación adecuada de relaciones humanas de Derecho privado consideradas como internacionales (pp. 10 y 26).

incluirse el Derecho procesal internacional y una introducción referida a las nociones fundamentales (objeto, contenido, fuentes, historia)⁷.

En Venezuela, la teoría general del Derecho internacional privado ha estado tradicionalmente vinculada a los temas generales que rodean la determinación del Derecho aplicable a las relaciones jurídico privadas de carácter internacional, sin limitarse a la metodología conflictual, mas dejando de lado las cuestiones de Derecho procesal internacional. Esta concepción puede verse en el contenido de la *Teoría general del Derecho internacional privado* de la Maestra Tatiana B. de Maekelt⁸ y del *Curso General de Derecho internacional privado*, de Gonzalo Parra-Aranguren⁹.

Además, esta necesidad de una teoría general no se limita al campo meramente teórico. Las diversas fuentes del sistema venezolano de Derecho internacional privado han reconocido su existencia, considerándose un tema fundamental a la hora de enfrentar metodológicamente una relación de Derecho internacional privado. Así, hemos de destacar que Venezuela es parte en la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado¹⁰, instrumento único en su género en el mundo y cuyo objeto es “...dar las pautas generales del Derecho internacional privado, y su fin está en que se garantice el respeto hacia el derecho extranjero cuya realización es la meta de nuestra materia”¹¹.

Por su parte, la Ley de Derecho internacional privado venezolana¹² dedica su Capítulo I a las “*Disposiciones Generales*”, y en él se regula todo lo relativo a las fuentes del Derecho internacional privado, la aplicación del Derecho extranjero y las instituciones generales. Este capítulo recoge, en palabras de la profesora Maekelt, “*las normas fundamentales de la Ley*”¹³.

⁷ D. FERNÁNDEZ ARROYO, *Derecho internacional privado. Una mirada actual sobre sus elementos esenciales*, Córdoba, Advocatus, 1998, pp. 42-43.

⁸ MAEKELT (nota 1).

⁹ G. PARRA-ARANGUREN, *Curso general de Derecho internacional privado. Problemas selectos y otros estudios*, 3ª ed. revisada, Caracas, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, UCV, 1998.

¹⁰ Ley aprobatoria publicada en la Gaceta Oficial N° 33.252 de fecha 26/06/1985.

¹¹ W. GOLDSCHMIDT, “Normas generales de la CIDIP II. Hacia una teoría general del Derecho internacional privado interamericano”. *Anuario Jurídico Interamericano*, Washington, D.C., Consultoría Jurídica, Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, 1979, pp. 141 ss., especialmente p. 150.

¹² Publicada en la Gaceta Oficial N° 36.511, de fecha 06/08/1998, entró en vigencia el 06/02/1999.

¹³ T.B. MAEKELT, *Ley venezolana de Derecho internacional privado. Tres años de su vigencia*, (Trabajo de incorporación a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales). Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2002, p. 58.

Ahora bien, dentro del discutido contenido de esta teoría general, destacan las llamadas instituciones generales del Derecho internacional privado, consideradas por Neuhaus como el corazón de los “*Principios básicos del Derecho internacional privado*”¹⁴. Las calificaciones, la cuestión incidental, las situaciones jurídicas válidamente creadas, la adaptación, el reenvío, el fraude a la Ley, la institución desconocida y el orden público, figuran entre ellas.

Estas instituciones generales surgen como respuesta a los problemas propios de la extranjería de las relaciones y de la necesidad consecuencial de determinar el Derecho que regirá las mismas. Constituyen, en tal sentido, herramientas que da el legislador al juez para enfrentar las vicisitudes del funcionamiento de la norma de conflicto y de la posible aplicación del Derecho extranjero. Algunas de ellas se trasladan desde el Derecho interno y adquieren características especiales en el Derecho internacional privado –es el caso de la calificación o el orden público–, otras dependen en exclusiva de la metodología del Derecho internacional privado –es el caso de reenvío o la adaptación.

Pero a pesar de su estrecha relación con el método utilizado por el Derecho internacional privado, algunos autores como Juenger, las han criticado duramente, afirmando que más que verdaderas soluciones, estas instituciones reflejan los síntomas de malestares subyacentes. No entiende el autor como los tradicionalistas parecen estar orgullosos de los enigmas que generan, como celebran, como un importante avance intelectual, el descubrimiento de “*perturbadores engendros*”. Así –en su opinión– imbuidos estos autores en la idea de reducir el conflicto de leyes a un aparato lógico, no han dudado en buscar las más improbables “*soluciones mágicas*”, en el vano intento de remediar los defectos congénitos de su sistema¹⁵.

Si bien en algunos casos resultaría razonable cuestionar la forma en que han nacido algunas de estas instituciones, lo cierto es que la crisis experimentada por el sistema conflictual¹⁶ y su posterior transformación para adaptarse a las nuevas realidades, ha abarcado a estas instituciones generales. Al lado de la especialización, materialización y flexibilización de la norma de

¹⁴ P.H. NEUHAUS, *Die Grundbegriffe des Internationalen Privatrechts*, 2ª ed., Tubinga, Paul Siebeck, 1976, pp. 41-46.

¹⁵ JUENGER (nota 4), pp. 77-78.

¹⁶ Se ha reconocido que el primero en referirse a la crisis del Derecho internacional privado fue Neuhaus, en un trabajo publicado en 1948 (*Die Krise im Internationalen Privatrecht*). Resulta de especial interés: G. KEGEL, “The crisis of conflicts of laws”, *Recueil des Cours*, 1964 II, Tomo 112, pp. 91 ss. Kegel admite que si bien puede hablarse de crisis, ante la dura crítica de que ha sido objeto el método clásico, sus principios fundamentales continúan inamovibles y “*they are solid enough to support the house of conflict of laws*” (p. 95).

conflicto, las instituciones generales, cada una con sus propias peculiaridades y campos de aplicación, constituyen un nuevo elemento que permitirá conseguir una solución más acorde con los objetivos de nuestras normas de conflicto¹⁷ y lograr así la justicia material del caso concreto¹⁸.

Ya desde la década de los setenta, Neuhaus reconocía el papel de las instituciones generales en la evolución del método del Derecho internacional privado. En efecto, el autor germano sistematizó la parte general del Derecho internacional privado en tres grupos. El primer grupo contiene los factores de conexión que tienen su origen en la obra de Savigny; el segundo grupo está integrado por las instituciones que se refieren a la naturaleza, alcance y modalidades de la aplicación del Derecho extranjero y que son: la calificación, la cuestión incidental, el reenvío, el orden público, el fraude a la ley y la institución desconocida. El tercer grupo contiene las llamadas instituciones “valorativas” y en él se ubican las situaciones jurídicas válidamente creadas, el equilibrio de intereses y la adaptación¹⁹. Maekelt agrega a este último grupo, “*sin titubeo*”, la calificación y la cuestión incidental²⁰.

Ahora bien, la metodología del Derecho internacional privado ha estado siempre en evolución. Actualmente se reconoce la necesidad de una revisión metodológica orientada a la conciliación de una adecuada técnica jurídica (justicia formal) con el resultado justo y equitativo de cada caso concreto (justicia material). En este panorama, las instituciones generales de nuestra disciplina se han encaminado hacia la consecución de estos objetivos. La preocupación porque los particulares en sus relaciones internacionales no se hallen menos protegidos que en sus relaciones meramente internas justifica la adopción de esquemas flexibilizados, en los que ya no sólo importa la aplicación mecánica de la norma de conflicto. Hoy día interesa el resultado práctico de esa aplicación.

¹⁷ Cada norma puede tener un objetivo, pero en general, la Ley busca la solución equitativa de cada caso concreto. Ver: C. MADRID MARTÍNEZ, *La responsabilidad civil derivada de la prestación de servicios. Aspectos internos e internacionales*, Caracas, Academia de Ciencias Jurídicas y Políticas, Serie Tesis N° 4, 2009, p. 372). El respeto a la irrestricta autonomía de las partes (Art. 29); la validez formal de los actos (Art. 37); la protección de la víctima (Art. 32); la protección de los hijos (Art. 24) y de los incapaces (Art. 26) son mencionados por Hernández-Bretón como objetivos específicos de las normas de conflicto venezolanas. Ver: E. HERNÁNDEZ-BRETÓN, “Los objetivos de las normas venezolanas de conflicto”, *Avances del Derecho internacional privado en América Latina. Liber Amicorum Jürgen Samtleben*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2002, pp. 169 ss., especialmente p. 178.

¹⁸ T.B. MAEKELT, “Antecedentes y metodología del Proyecto. Parte general del Derecho internacional privado”, *Proyecto de Ley de Derecho Internacional Privado (1996). Comentarios*. Caracas, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Eventos N° 11, 1998, pp. 15-49, especialmente p. 26.

¹⁹ P. H. NEUHAUS, „Entwicklungen im Allgemeinen Teil des Internationalen Privatrechts“, *Festschrift für Gerhard Kegel*, Frankfurt am Main, Alfred Metzner Verlag GmbH, 1977, pp. 23 ss., especialmente pp. 23-24.

²⁰ MAEKELT (nota 1), p. 320.

Así, la creciente preocupación por el resultado concreto ha conducido, por una parte, a que la doctrina dedique mayor atención y analice con mayor detenimiento las soluciones jurisprudenciales de sus respectivos países, y por el otro a la aparición de corrientes más próximas a la denominada jurisprudencia de intereses y a la búsqueda de una justicia material, frente a la tradicional jurisprudencia de conceptos dominante en nuestra disciplina²¹.

Maekelt estima que las instituciones son imprescindibles para la flexibilización del método conflictual y para su adaptación a los verdaderos fines del Derecho internacional privado. En tal sentido, se pregunta si incluso las instituciones que tradicionalmente se han considerado como negativas pueden contribuir a la justicia material. Así, sobre la base del sistema venezolano, afirma que el deber de aplicar el Derecho extranjero, de manera que se realicen los objetivos de las normas venezolanas de conflicto, puede hacer que sea necesario recurrir al orden público o al reenvío para lograr la justicia material del caso concreto²².

Esta búsqueda de una solución más justa y equitativa para los particulares, requiere, si se desea evitar fundadas críticas de falta de seguridad y arbitrariedad, de una mayor concreción. Es preciso determinar qué criterios objetivos permiten al juez afirmar cuál resultado material es justo y cuál no lo es²³. En todo caso, es necesario determinar hasta qué punto las clásicas y generales normas de conflicto, tal como están formuladas en la mayoría de los ordenamientos jurídicos, continúan siendo aptas para regular las relaciones privadas internacionales en el mundo actual. Que sean necesarias, nadie lo duda, el problema es más bien determinar la mejor manera de adaptarlas a las exigencias del Derecho internacional privado de hoy, calificado como un Derecho internacional privado postmoderno²⁴.

²¹ N. BOUZA VIDAL, *Problemas de adaptación en Derecho internacional privado e interregional*. Madrid, Editorial Tecnos, 1977, p. 22.

²² MAEKELT (nota 1), p. 320.

²³ BOUZA VIDAL (nota 21), p. 14.

²⁴ Esta expresión se ha popularizado a partir del brillante Curso General dictado por Erik Jayme en la Academia de La Haya en 1995. Sin embargo, ya otros autores la habían referido y así lo reconoce el propio Jayme (L. BRILMAYER, "Postmodernism in America choice of Law", *Liber Memorialis François Laurent, 1810-1870*, Bruxelles, E. Story-Scientia, 1989, pp. 695 ss.; S. SÁNCHEZ LORENZO, "Postmodernismo y Derecho internacional privado", *Revista Española de Derecho Internacional*, 1994, pp. 557 ss.). Puede afirmarse brevemente, que pluralismo, comunicación, narración y retorno de los sentimientos son elementos que caracterizan la cultura postmoderna. Elementos que pueden verificarse en el Derecho, especialmente en el Derecho internacional privado. El Derecho internacional privado postmoderno tiene un nuevo centro: la persona humana. El pluralismo se refleja en el mundo jurídico a través del derecho a la diferencia, cuya aparición es el reflejo de una transformación radical en la percepción de la humanidad. Por su parte, la comunicación intercultural exige del Derecho internacional privado, normas que salvaguarden la integración y que, a través de la cooperación judicial internacional y de la coordinación de las diferentes fuentes, se garantice la efectiva fluidez de las relaciones jurídicas. La narración se refleja en normas

El propósito de este trabajo es, precisamente, el estudio de las instituciones generales del Derecho internacional privado a la luz del sistema venezolano, con el objetivo de determinar hasta qué punto pueden ser herramientas útiles en la búsqueda de la justicia material. En tal sentido, partiremos de una afirmación de la profesora Maekelt: “*No podemos dejar de reiterar nuestro criterio, según el cual las instituciones generales juegan en el Derecho Internacional Privado neoclásico un rol fundamental, debido a que constituyen elementos que coadyuvan al juez en la búsqueda de la solución en el marco del juego de intereses y del logro de la justicia material del caso concreto*”²⁵.

II. CALIFICACIONES

La institución de las calificaciones es uno de los problemas más intrincados de todo el Derecho internacional privado. Así lo reconoce la propia Ley de Derecho Internacional Privado venezolana, en su Exposición de Motivos, al referirse a las calificaciones como “*la más difícil y problemática cuestión de todo el Derecho internacional privado*”²⁶. Se trata de un complejo proceso de subsumir un *quid* concreto en los conceptos que delimitan el objeto o el ámbito de conexión de las normas de conflicto²⁷ e, incluso, de las normas del Derecho extranjero²⁸.

En nuestra opinión, la complejidad que se ha atribuido a esta institución general, se debe a que la expresión calificación comporta tres procesos plenamente diferenciados²⁹, cuya confusión no contribuye en nada a aclarar el panorama³⁰. En primer término, la expresión calificación se utiliza para referir la delimitación de la competencia normativa llevada a cabo por el juez, es

que, antes que imponer obligaciones, describen los valores que deben considerarse al aplicar el Derecho. Finalmente, la salvaguarda de la identidad cultural es reflejo del retorno de los sentimientos en la cultura jurídica postmoderna. Ver: E. JAYME, «*Identité culturelle et intégration: le Droit international privé postmoderne*», en: *Recueil des Cours*, 1995, Tomo 251, pp. 9 ss., especialmente pp. 36-37 y 251-261.

²⁵ MAEKELT (nota 1), p. 321.

²⁶ Ver texto en: T. B. MAEKELT y otros, *Ley de Derecho internacional privado. Derogatorias y concordancias*, 2ª reimpresión de la 5ª edición actualizada, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2011, p. 59.

²⁷ I. DE MAGALHÃES COLLAÇO, *Da qualificação em Direito internacional privado*, Lisboa, Editorial Império, Ltd., 1964, p. 215.

²⁸ Tradicionalmente, el proceso de calificación se ha entendido como unido al funcionamiento de la norma de conflicto, mas no debe descartarse su necesaria intervención a la hora de seleccionar, interpretar y aplicar las normas sobre determinación de la jurisdicción. Por tal razón, aunque la mayoría de las referencias doctrinales se inclina en un primer sentido, nosotros aceptamos el necesario funcionamiento de esta institución tanto en materia de determinación del Derecho aplicable, como en materia de determinación de la jurisdicción. Así lo hemos sostenido en: MADRID MARTÍNEZ (nota 17), pp. 185-186.

²⁹ Ver: B. SANSÓ, “La función de la interpretación en la búsqueda y adaptación de la Ley extranjera aplicable”, *Libro Homenaje a la Memoria de Roberto Goldschmidt*, Caracas, Facultad de Derecho, UCV, 1967, pp. 677 ss.

³⁰ Algunas de las críticas hechas a esta institución pueden verse en: E. HERNÁNDEZ-BRETÓN, “En materia de calificaciones, reenvío y otros asuntos de Derecho internacional privado”, *Cuadernos Unimetanos*, septiembre 2007, N° 11, pp. 227 ss., especialmente pp. 228-229.

decir, aquel proceso mediante el cual el operador jurídico determina la naturaleza del caso concreto que ha de analizar, para subsumirlo dentro del supuesto de hecho de una determinada norma jurídica. Es este proceso el que constituye la calificación propiamente dicha. En segundo lugar, también suele usarse el término calificación para referir lo que de manera más adecuada ha de denominarse “interpretación” de los elementos de la norma, especialmente de los factores de conexión³¹ –e incluso de los criterios atributivos de jurisdicción. En tercer lugar, este término puede designar el proceso mediante el cual, una vez determinado el Derecho aplicable, el juez habrá de atender a los propios criterios de éste en orden a la interpretación de sus disposiciones³². Este tercer proceso sí parece exclusivamente conectado con las normas de conflicto y con su principal consecuencia: la aplicación del Derecho extranjero.

De estos tres procesos, es el tercero del que se ha ocupado en mayor medida el legislador venezolano. Así, en el artículo 2 de la Ley de Derecho Internacional Privado se ha establecido que “El Derecho extranjero que resulte competente se aplicará de acuerdo con los principios que rijan en el país extranjero respectivo”³³. También el artículo 2 de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado ordena “aplicar el Derecho extranjero tal como lo harían los jueces del Estado cuyo Derecho resultare aplicable”³⁴. De esta manera, la

³¹ Ver: E. BETTI, *Interpretación de la Ley y de los actos jurídicos*, (Trad. J. L. de los Mozos), Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1975, pp. 95 y 102; A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, 3ª ed., Granada, Comares, 2002, Vol. I, pp. 224-225; H. BARRIOS, “La interpretación del contrato por el juez en el Derecho interno y en el Derecho internacional privado”, *Libro Homenaje a José Mélich Orsini*, Caracas, Instituto de Derecho Privado, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, UCV, 1982, Vol. I, pp. 15 ss., especialmente, p. 26.

³² Recuérdese que entre las consecuencias sistemáticas de la aplicación del Derecho extranjero como tal Derecho extranjero, Alfonsín refiere, justamente, que la calificación y la interpretación dependerán del propio Derecho extranjero. Sin embargo, el autor entiende que la calificación de la relación conforme al Derecho extranjero aplicable, no debe confundirse “con la que tiene por fin escoger la norma de derecho privado internacional aplicable a la relación”. Ver: Q. ALFONSÍN, *Teoría del Derecho privado internacional. Introducción. Elaboración del Derecho privado internacional. Funcionamiento del Derecho privado internacional*, Montevideo, Ediciones Idea, 1982, pp. 496 (nota 5) y 498.

³³ “...it is incontestable that the bill of Rules does contain a regulation on the problem of characterization in Article 2 regardless of how simple it may be. This is the conclusion to be drawn from the reference to the problem of characterization contained in the Statement of Purposes of the Bill”. Ver: E. HERNÁNDEZ-BRETÓN, “An attempt to regulate the problem of ‘characterization’ in Private International Law”, *Sonderdruck aus der Festschrift für Erik Jayme*, Sellier, European Law Publishers, 2004, pp. 331 ss., especialmente p. 336. Guerra Hernández, por su parte, ha afirmado que “...del contenido del artículo 2 puede deducirse la posibilidad de calificar según el ordenamiento jurídico extranjero”. Ver: V.H. GUERRA HERNÁNDEZ, “La aplicación del Derecho extranjero, la eficacia de las sentencias extranjeras y la cooperación judicial internacional”, *Proyecto de Ley de Derecho Internacional Privado (1996). Comentarios*, Caracas, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 1998, Serie Eventos N° 11, pp. 109 ss., especialmente pp. 120-121. Entendemos que el último de los autores citados se refiere a la calificación del propio Derecho extranjero.

³⁴ Esto, a pesar de que la expresión utilizada por el legislador supranacional sugiere, quizá por la influencia que la figura de Goldschmidt ha ejercido en la codificación americana, la adopción de la tesis del uso jurídico, de acuerdo

interpretación de Derecho extranjero se hará conforme a los criterios vigentes en el propio Derecho extranjero.

Debe reconocerse, no obstante, que el artículo 2 de la Ley de Derecho Internacional Privado venezolana añade a esa interpretación del Derecho extranjero conforme al propio Derecho extranjero, un elemento que nos coloca en el terreno de la llamada calificación teleológica. En efecto, al establecerse la necesidad de realizar los objetivos de las normas venezolanas de conflicto, se reconoce que el operador jurídico, partiendo de los criterios materiales del foro, compare la función de la norma extranjera con la que cumple la norma de conflicto venezolana, “*siendo así irrelevante el carácter técnico-jurídico atribuido por el ordenamiento extranjero aplicable*”³⁵.

Ahora bien, tradicionalmente la doctrina ha propuesto tres soluciones al problema que, para el Derecho internacional privado, plantea el tema de las calificaciones y que tiene que ver con la determinación del ordenamiento jurídico que aportará los elementos materiales de interpretación de las normas involucradas con el caso concreto.

Así, Kahn³⁶ y Bartin³⁷, autores reconocidos como los primeros en identificar el problema de las calificaciones en el Derecho internacional privado, propusieron, en primer lugar, la calificación *ex lege fori*, tesis de conformidad con la cual deben considerarse los criterios contenidos en el Derecho material del juez. Ésta es la solución acogida por gran parte de la doctrina, la

con la cual “*si se declara aplicable a una controversia un Derecho extranjero, hay que darle el mismo tratamiento de fondo que con el máximo grado asequible de probabilidad le daría el juez del país cuyo Derecho ha sido declarado aplicable; como punto de referencia, es preciso tomar al juez ante quien la controversia podría haberse radicado si realmente se hubiese planteado en aquel país*”. Ver: GOLDSCHMIDT (nota 2), p. 137.

³⁵ HERNÁNDEZ-BRETÓN (nota 30), p. 232. Aunque Hernández-Bretón reconoce que no hubo una relación directa entre el Proyecto de Ley de Aplicación de Derecho Internacional Privado (1963-1965) y la obra de Isabel de Magalhães Collaço (1964), afirma que la de la autora es la presentación más clara de esta doctrina: “*...na fixação do sentido e alcance próprio das categorias utilizadas pela norma de conflitos, terão de estar sempre presentes as finalidades específicas da norma em questão... este princípio dispensa-nos de optar, de uma vez por todas, por um único dos caminhos propostos em tese geral par interpretação dos conceitos classificativos. Nada garante a priori que a mesma solução se imponha frente a todas as normas que recorrem a conceitos desse tipo. Mas, como resulta de todo o exposto, só perante cada norma positiva poderá em última análise decidir-se acerca do valor a atribuir aos conceitos classificativos que ela utiliza...*”. Ver: DE MAGALHÃES COLLAÇO (nota 27), pp. 211-212.

³⁶ F. KAHN, „Gesetzeskollisionen, Ein Beitrag zur Lehre des Internationalen Privatrechts“, *Jherings-Jahrbücher*, 1891, pp. 1 ss.

³⁷ E. BARTIN, « De L'impossibilité d'arriver a une suppression définitive des conflits de lois », *Journal de Droit International*, 1897, pp. 25 ss. ; E. BARTIN, « Le doctrine des qualifications et ses rapports avec le caractère national du conflits de lois », *Recueil des Cours*, 1930 I, T. 31, pp. 561 ss.

legislación³⁸ y la jurisprudencia. Sin embargo, se admiten excepciones relacionadas con los bienes, los contratos, la forma de los testamentos y la institución desconocida, entre otras.

A favor de esta tesis, se afirma que cuando el legislador nacional elabora la norma de conflicto –o de jurisdicción– tiene en cuenta los conceptos de su propio sistema. Además, la aplicación del Derecho extranjero constituye una merma en la soberanía del foro, lo menos que puede reservarse el Estado es la medida de esa merma. Finalmente, se afirma que calificar conforme al Derecho extranjero es dificultoso. Por otra parte, se acusa a la calificación *ex lege fori* de representar una concepción cerrada y chauvinista, que fracasa cuando se trata de instituciones desconocidas³⁹.

A pesar de las críticas, una lógica interpretación de nuestro sistema de Derecho internacional privado nos conduce a entender que la primera aproximación a la naturaleza de la relación concreta, con lo cual se determina la norma competente, ha de llevarse a cabo necesariamente de conformidad con los criterios materiales consagrados por el Derecho del juez⁴⁰. No hay otra manera de llegar al Derecho aplicable, o presumiblemente aplicable, que brinde elementos de calificación a la relación jurídica de que se trate. Más aun, no hay otra manera posible de proceder, cuando el juez busca la norma que determinará si tiene o no jurisdicción.

La segunda teoría propuesta es la llamada calificación *ex lege causae*. Despagnet⁴¹, a quien se le atribuye esta tesis, propone que la calificación se haga conforme a los criterios del Derecho

³⁸ Por ejemplo, artículo 12,1 del Código Civil español: “La calificación para determinar la norma de conflicto se hará siempre con arreglo a la ley española”, artículo 3,1 de la Ley húngara: “Cuando ante la determinación del derecho aplicable existe diferencia sobre la calificación jurídica de los hechos o de las relaciones que deberán ser juzgadas en un litigio, deberá procederse conforme a las reglas de interpretación aplicables a las disposiciones y a los conceptos del derecho húngaro”, artículo 3078 del Código Civil de Quebec: “La calificación se realizará según el sistema jurídico del tribunal que conoce del caso; sin embargo la calificación de los bienes, como muebles o inmuebles, se somete a la ley del lugar de su situación”. Ver, además, ejemplos citados en: HERNÁNDEZ-BRETÓN (nota 30), pp. 231-232.

³⁹ MAEKELT (nota 1), pp. 325-326.

⁴⁰ Magalhães Collaço propone tomar una tercera vía: “...na fixação do sentido e alcance próprio das categorias utilizadas pela norma de conflitos terão de estar sempre presentes as finalidades específicas da norma em questão...”. Ver: DE MAGALHÃES COLLAÇO (nota 27), pp. 211-212. Comentando a DE MAGALHÃES COLLAÇO, Betti ha afirmado que “En líneas generales se puede seguir que esta regla, que nosotros llamaríamos de prudencia hermenéutica, está orientada a ubicar en primer plano la interpretación teleológica de las normas individuales de colisión”. Betti aprecia que existe, sin embargo, una antinomia entre el carácter internacional del problema práctico a regular y “el carácter interno de dichas normas que, por estar vinculadas a un ordenamiento determinado, no pueden evitar estar coligadas y coordinadas con las categorías dogmáticas de éste, que constituye el ordenamiento de la *lex fori*”. Justamente, para superar esta antinomia, Rabel propone su tesis de la calificación autónoma. Ver: E. BETTI, “La interpretación de los conceptos calificadores en el Derecho internacional privado”, (Trad. B. Sansó), *Libro Homenaje a la Memoria de Roberto Goldschmidt*, Caracas, Facultad de Derecho, UCV, 1967, pp. 677 ss., especialmente p. 679.

⁴¹ F. DESPAGNET, « Des conflits de lois relatifs à la qualification des rapports juridiques », *Journal de Droit International*, 1898, pp. 253 ss.

material del ordenamiento jurídico presumiblemente aplicable a la relación. Esta tesis resulta algo complicada, pues no podemos calificar una determinada relación sobre la base del ordenamiento jurídico competente para regular la propia relación, por la sencilla razón de que antes de la calificación no sabemos aún cuál es el Derecho aplicable, no sabemos siquiera cuál es la norma que nos conducirá a ese Derecho; pues es justamente la calificación el proceso a seguir para individualizar la norma de conflicto –o de jurisdicción– a utilizar.

Además, haciendo suyo el razonamiento de Quintín Alfonsín, Maekelt ha afirmado que al recurrir a la calificación *ex lege causae*, se incurre en el error de interpretar una norma proveniente de un determinado ordenamiento jurídico con los criterios y técnicas de otro, es decir, se produce una “interpretación extra ordinem”⁴². Así, “teniendo presente que las normas de Derecho internacional privado forman parte del ordenamiento jurídico de la *lex fori*, debemos concluir que ellas deben ser interpretadas según los criterios hermenéuticos de dicho ordenamiento, en consecuencia, es evidente que debemos recurrir a la *lex fori* sea para determinar el exacto significado de las expresiones generales usadas por el legislador, sea para averiguar si en el caso concreto se han presentado los extremos necesarios para incluirlos en una determinada expresión y aplicarle así una determinada norma de Derecho internacional privado”⁴³.

En la práctica, por las dificultades planteadas, las normas a través de las cuales se consagra la calificación *ex lege causae* no asumen la consideración del Derecho material aplicable a la relación de que se trate, sino más bien, se considera como tales, a aquellas que ordenan tener en cuenta un Derecho diferente del Derecho del foro⁴⁴.

A pesar de este matiz, la tesis de la calificación *ex lege causae* no ha logrado imponerse. Y los inconvenientes que presenta, han motivado a la doctrina italiana a proponer un sistema de doble calificación, de conformidad con el cual se realizaría una calificación primaria de los términos de la norma de conflicto del juez, conforme al propio Derecho del juez, luego de la cual se realizaría una calificación secundaria de los términos contenidos en el Derecho extranjero de acuerdo a la

⁴² ALFONSÍN (nota 32), pp. 398-398; MAEKELT (nota 1), p. 327.

⁴³ SANSÓ (nota 29), p. 709.

⁴⁴ Por ejemplo, el Código Civil brasileño, artículos 8: “Para calificar los bienes... se aplicará la ley del país en que estuvieren situados” y 9: “Para calificar y regir las obligaciones, se aplicará la ley del país en el que se constituyeren”, artículo 2.055 del Código Civil peruano: “Las disposiciones del derecho extranjero aplicable se interpretan de acuerdo al derecho al que pertenezcan”.

norma material de ese Derecho extranjero. La calificación secundaria no influiría sobre la primaria⁴⁵.

Estas soluciones, sin embargo, tienen el inconveniente de tener que recurrir siempre para interpretar el sistema de Derecho internacional privado, al Derecho material interno de los Estados. Por tal razón, Ernst Rabel propuso la tesis de la calificación autónoma⁴⁶. En su opinión, si la norma de Derecho internacional privado es autónoma del Derecho interno, ella es diferente en cuanto a su estructura, naturaleza y función, por ello no puede obedecer a los mismos criterios de calificación del Derecho interno. Así, a través del método comparado puede llegarse a obtener calificaciones unitarias y universales que serían empleadas por el juez en los casos de Derecho internacional privado.

De acuerdo a Rabel, cuando el Código Civil alemán se refiere a que la tutela se rige por la Ley nacional del interesado, el concepto que debe formar el juez no debe depender ni del Derecho material del foro ni del Derecho material extranjero, sino que se debe obtener mediante una operación lógica de abstracción realizada sobre la base de las respectivas nociones que brinda el Derecho comparado. Esto es, entender por tutela lo que el mundo civilizado entiende, en general, por tutela: *“institución de derecho que tiene por objeto la representación o protección de las personas que no tienen capacidad plena y que no están sometidos a la potestad de sus padres”*.

Esta relativa abundancia de soluciones teóricas no ha tenido sin embargo un reflejo contundente en los diversos sistemas. Al respecto, Hernández-Bretón ha afirmado que la falta de acuerdo en cuanto a las soluciones teóricas y las deficiencias conceptuales y prácticas en las decisiones de los tribunales han generado *“una actitud negativa y un estado de desesperación con respecto a la imposibilidad de una solución legislativamente formulada para el problema de las calificaciones”*. Así, además del caso italiano y austriaco, el autor cita lo ocurrido con la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, durante cuyas discusiones la falta de consenso entre la doctrina y jurisprudencia nacionales determinó la

⁴⁵ R. AGO, « Règles Générales des conflits de lois », *Recueil des Cours*, 1936 Tomo 58, pp. 243 ss., especialmente pp. 323-324.

⁴⁶ E. RABEL, „Das Problem der Qualifikation“, *RabelsZ*, 5-1931, pp. 241 ss.

ausencia de una solución expresa en materia de calificaciones⁴⁷. “*Mucho más valió no resolver un problema que solucionarlo deficientemente*”⁴⁸.

Ahora bien, el sistema venezolano dispone de algunas normas referidas al problema de las calificaciones. La primera norma identificada por la doctrina⁴⁹ está contenida en el artículo 6 del Código Bustamante⁵⁰. De acuerdo con la citada norma ha de recurrirse, salvo disposición en contrario, a los criterios materiales del Derecho del juez⁵¹.

Por su parte, ni la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado⁵², ni la Ley de Derecho Internacional Privado venezolana⁵³ dan directrices generales al juez para resolver el problema de las calificaciones, más allá de las ya citadas soluciones en materia de interpretación del Derecho extranjero. La idea fue no atarlo de manos con las soluciones tradicionales en esta materia, es decir, no se buscó obligarlo a calificar exclusivamente con los criterios materiales de la Ley del foro, ni de acuerdo a los criterios imperantes en el ordenamiento jurídico presumiblemente aplicable a la relación jurídica, con las dificultades que apareja una y otra solución. Mas no podemos obviar que la codificación interamericana en general, y la propia Ley venezolana, muestran cierta tendencia a la consagración de calificaciones autónomas⁵⁴.

⁴⁷ HERNÁNDEZ-BRETÓN (nota 30), p. 229.

⁴⁸ GOLDSCHMIDT (nota 11), p. 150.

⁴⁹ MAEKELT (nota 1), p. 330.

⁵⁰ Ley aprobatoria promulgada en fecha 23/12/1931, depósito del instrumento de ratificación el 12/03/1932, publicado en la Gaceta Oficial del 09/04/1932.

⁵¹ CB, Art. 6 “*En todos los casos no previstos por este Código cada uno de los Estados contratantes aplicará su propia calificación a las instituciones o relaciones jurídicas que hayan de corresponder a los grupos de leyes mencionados en el artículo 3º*”.

⁵² Según confiesa Tatiana Maekelt, el silencio de la Convención responde al deseo de dar mayor libertad al juez y debe ser interpretado como una tendencia favorable a la calificación autónoma. Ver: MAEKELT (nota 1), p. 331.

⁵³ Esta vez el silencio obedece al deseo de dejar el desarrollo de la institución de las calificaciones en manos de la doctrina y la jurisprudencia. Ver: MAEKELT (nota 18), p. 25.

⁵⁴ Ver, entre otros tratados, las Convenciones Interamericanas sobre Conflicto de Leyes en materia de Sociedades Mercantiles (Art. 2), sobre Domicilio de las Personas Físicas en el Derecho Internacional Privado (Arts. 4 y 5), sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares (Art. 1), sobre Personalidad y Capacidad de las Personas Jurídicas en el Derecho Internacional Privado (Art. 2), sobre Restitución Internacional de Menores (Arts. 2, 3 y 4), sobre Obligaciones Alimentarias (Art. 2), sobre Contrato de Transporte Internacional de Mercaderías por Carretera (Art. 1), sobre Tráfico Internacional de Menores (Art. 2) y, sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales (Art. 1). LDIPV, Arts. 11 (domicilio de las personas físicas) y 20, en su aparte único (lugar de constitución de las personas jurídicas).

Por su parte, dentro de nuestra jurisprudencia destaca la sentencia dictada en el célebre caso Quintana c. Sión⁵⁵, referido a la acción cambiaria ejercida por un cheque emitido sin fecha. En este caso, el juez entendió, en primer lugar, que la fecha en el instrumento cambiario era, conforme al Derecho venezolano, un elemento de forma, por lo que recurrió a la norma de conflicto contenida en el artículo 484 del Código de Comercio⁵⁶, y luego calificó el factor de conexión de la misma –lugar de emisión– también conforme al Derecho venezolano. Posteriormente, una vez ubicado en el Derecho extranjero, en este caso el Derecho del estado de Nueva York, procedió a interpretar sus términos conforme a ese ordenamiento. A este caso volveremos con detalle al analizar el reenvío.

Esta decisión acoge, en nuestra opinión, el criterio de la doble calificación al subsumir el caso concreto en el supuesto de la norma, de conformidad con los criterios del Derecho material venezolano –la fecha como un requisito de forma. Derecho que también utilizó para definir el factor de conexión lugar de emisión. Luego, al determinar el Derecho de Nueva York como competente para regular el caso concreto, llevó a cabo la interpretación de sus normas conforme al propio Derecho de Nueva York.

Hay otras decisiones en las que, al interpretarse el domicilio de las personas jurídicas, como criterio atributivo de jurisdicción *ex* artículo 39 de la Ley Derecho Internacional Privado, se ha recurrido, sin mayores explicaciones, al Derecho material del juez. En efecto, en diversas oportunidades se ha sostenido que si se trata de una persona jurídica de carácter civil, se entenderá que ésta tiene su domicilio “*en el lugar donde esté situada su dirección o administración*” (Art. 28 CCV); y en el caso de personas jurídicas de carácter mercantil, éstas se considerarán domiciliadas “*en el lugar que determina el contrato constitutivo de la sociedad, y a falta de esta designación, en el lugar de su establecimiento principal*” (Art. 203 CCom.)⁵⁷.

⁵⁵ Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Mercantil, Sentencia 29/09/1966, confirmada en Casación, en: Jurisprudencia de los Tribunales de la República, Vol. XIV, pp. 128 ss.

⁵⁶ CCom., Art. 484: “*La forma de las obligaciones contraídas en materia de letra de cambio se regula por la Ley del Estado, sobre cuyo territorio dichas obligaciones han sido suscritas*”. Tal norma es aplicable al cheque en virtud de la remisión contenida en el artículo 491 del propio Código.

⁵⁷ Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, Sentencia 11/08/1999, (Pedro Glucksmann c. Metales Internacionales Paraguaná); Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político Administrativa, Sentencia 21/11/2000, (Hazalett, Strip-Casting Corporation e Industria Venezolana de Aluminio, CVG–Venalum c. Productos Industriales Venezolanos S.A., Pivensa); Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político Administrativa, Sentencia 10/10/2000, (Miguel Delgado c. Rust Environment and Infrastructure Inc. y otros). Consultada la primera en original, las segundas en <http://www.tsj.gob.ve>. También lo ha aceptado así la doctrina: F. ROMERO, “Las personas jurídicas y

Pero si bien admitimos, en primer término, la consideración de los criterios materiales de la *Lex fori*, es necesario también tener en cuenta que la relación ante la cual se encuentra el juez, es una relación de carácter internacional, lo cual, definitivamente, ha de influir en su calificación⁵⁸. Esta situación puede conducir al juez, incluso, a considerar ciertas características de que pueda gozar la relación en cuestión en el Derecho extranjero presumiblemente aplicable, sin olvidar, por supuesto, la “*neccesària dose de arbitrio*” de la cual está dotada la labor interpretativa⁵⁹. Pensemos, especialmente, en las normas contenidas en los tratados internacionales, las cuales han de “*interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin*” (Art. 31, Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados). La interpretación ha de responder, en otras palabras, al origen internacional de la norma y ha de ajustarse a la necesaria uniformización que orienta a la codificación convencional.

Ahora bien, si nosotros consideramos que el artículo 6 del Código Bustamante consagra una regla de calificación *ex lege fori* y que, por su parte, los respectivos artículos 2 de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado y de la Ley de Derecho Internacional Privado establecen la interpretación del Derecho extranjero conforme al propio Derecho extranjero, hemos de inclinarnos por admitir que en Venezuela funciona una especie de doble calificación, en el sentido aceptado por la sentencia del caso Quintana c. Sión, antes comentada.

III. INSTITUCIÓN DESCONOCIDA

Tal como mencionamos en la sección anterior, uno de los problemas con los que se enfrenta el operador jurídico al tratar de subsumir un caso en el supuesto de hecho de una norma de Derecho internacional privado, es decir, al momento de calificar, es la institución desconocida. En efecto, este proceso de subsunción o calificación resulta aún más complicado cuando la figura ante la cual se encuentra es desconocida para su ordenamiento jurídico. Pero los problemas que tal situación plantea no terminan allí. En efecto, le corresponde al operador jurídico determinar en

las obligaciones en la Ley de Derecho internacional privado”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, UCV*, 2000, N° 117, pp. 163 ss., especialmente p. 168; MAEKELT (nota 13), p. 95.

⁵⁸ En este sentido: F. DE CASTRO, “La cuestión de las calificaciones en el Derecho internacional privado”, *Revista de Derecho Privado*, 1933, pp. 217 ss., especialmente p. 242.

⁵⁹ Ver: DE MAGALHÃES COLLAÇO (nota 27), p. 174. Ver también: BETTI (nota 40), pp. 680-681; y SANSÓ (nota 29), p. 710.

qué casos no conoce una determinada institución y cuáles son los efectos de tal desconocimiento, especialmente, sobre la aplicación del Derecho extranjero.

La historia de esta figura se inicia en la obra de Savigny, quien en el tomo VIII de su “*Sistema de Derecho Romano Actual*” planteó dos excepciones a la normal aplicación del Derecho extranjero dentro de su comunidad jurídica internacional, la primera constituida por aquellas normas de naturaleza positiva rigurosamente obligatoria, hoy normas de aplicación necesaria⁶⁰, la segunda se refiere a aquellas “*instituciones de un Estado extranjero cuya existencia no está reconocida en el nuestro, y que, por consiguiente, no pueden pretender la protección de los Tribunales*”⁶¹.

El problema que generó el planteamiento de Savigny y que, de alguna manera, generó el olvido en que se instaló a esta institución, tiene que ver con los ejemplos elegidos por el autor para explicar las dos excepciones a la aplicación del Derecho extranjero⁶². Ciertamente, el maestro alemán ejemplificó la institución desconocida a través de la esclavitud y la poligamia, supuestos que pueden encuadrar perfectamente dentro de las normas de naturaleza positiva rigurosamente obligatoria⁶³.

A Mancini se debe la unificación de ambas excepciones bajo un concepto calificado como “*más sonoro*”⁶⁴. De hecho, a partir de su obra, el estudio de la institución desconocida fue dejado

⁶⁰ Sobre este tema ver: C. MADRID MARTÍNEZ, “Artículo 10. Normas de aplicación necesaria”. VV.AA., *Ley de Derecho Internacional Privado comentada*. Caracas, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, UCV, Consejo de Desarrollo Científico y Humanístico, UCV, 2005, T. I, pp. 337 ss.; F. ROMERO, “La norma de aplicación necesaria o inmediata”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, UCV*, 1999, N° 112, pp. 125 ss.

⁶¹ F. K. SAVIGNY, *Sistema de Derecho romano actual* (Trad. J. Mesía y M. Poley), 2ª ed., Madrid, F. Góngora y Cía., 1879, T. 8º de la ed. alemana, 6º de la española, pp. 138-139.

⁶² “*El juez de un Estado que no reconoce la muerte civil de la legislación francesa o rusa, no aplicará la incapacidad jurídica resultante de la muerte civil impuesta en Francia o en Rusia, aunque según las reglas generales sobre la colisión, la capacidad personal de los individuos esté determinada por el Derecho de su domicilio. De igual manera, en un país donde es desconocida la esclavitud, el esclavo negro que en él resida no será tratado como una propiedad de su señor, ni como privado de la capacidad de derecho. Respecto a este último caso, los dos puntos de vista que acabo de exponer conducen al mismo resultado. La esclavitud, como institución de Derecho, no está reconocida entre nosotros, y según nuestras ideas hay inmoralidad en tratar a un hombre como una cosa. El primer motivo es también aplicable al caso de la muerte civil; pero no lo es el segundo, porque la muerte civil no es más inmoral que cualquier otra pena más rigurosa*”. Ver: SAVIGNY (nota 61), p. 141.

⁶³ Garde Castillo refiere lo poco afortunados de estos ejemplos, pues considera que existen, dentro de las instituciones que Savigny considera como desconocidas, unas claramente contradictorias con las “*ideas morales*” del foro, lo cual las enmarca dentro de la noción de orden público, es el caso de la esclavitud. Las segundas son simplemente desconocidas, es el caso de la muerte civil. Pero esta última es inaplicable, no porque sea una institución desconocida, sino por formar parte de las materias reguladas por Leyes “*íntimamente relacionadas con el ejercicio de atribuciones soberanas, como son las penas y de policía, que revisten carácter absolutamente territorial*”. Ver: J. GARDE CASTILLO, *La “institución desconocida” en Derecho internacional privado*, Madrid, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1947, pp. 90-91.

⁶⁴ Así lo estimó GARDE CASTILLO (nota 63) p. 97. En su opinión, Mancini “*dentro de la noción de orden público vino a comprender, no sólo el caso o los casos de quedar sin aplicación la Ley extranjera normalmente aplicable,*

definitivamente de lado, incluso por los seguidores de la doctrina savignyana. Así, las causas de *evicción* del Derecho extranjero quedaron reducidas al orden público y al fraude a la Ley⁶⁵. Quienes sobre la institución desconocida opinaron lo hicieron para desestimarla como excepción a la aplicación del Derecho extranjero⁶⁶, afirmando que sus efectos pueden ser soportados por el orden público. Sin embargo, estima con razón Garde Castillo, al ser excepcional, la cláusula de orden público ha de ser interpretada en su justa medida y no podría hacerse extensiva a aquellos casos en que el juzgador se encuentre frente a una institución desconocida sin violentar su finalidad fundamental⁶⁷.

Ahora bien, a los fines de determinar en qué casos nos enfrentamos a una institución desconocida, partiremos de los cinco grupos de instituciones extranjeras que el juez puede encontrar en la búsqueda y aplicación del Derecho designado por su norma de conflicto, propuestos por Garde Castillo⁶⁸. En este sentido, el autor refiere en primer término, un grupo de instituciones extranjeras con una identidad o gran analogía con las correspondientes de nuestra legislación, siendo más frecuente la analogía que la identidad. Las instituciones comprendidas en este grupo no plantean problemas en cuanto a su aplicación.

El segundo grupo comprende las instituciones desconocidas por la imprevisión del legislador. En esta categoría no sólo se incluyen las instituciones no previstas en la Ley positiva, sino también aquellas que no han sido consideradas siquiera por una regulación consuetudinaria. El tercer conjunto se compone de instituciones que son desconocidas debido a discrepancias técnicas, se trata de instituciones que, en un sentido muy amplio, están presentes en todos los ordenamientos jurídicos, pero en las que el juez puede hallar una falta de paralelismo con la propia. En el cuarto grupo se ubican las instituciones prohibidas, por considerarse contrarias a uno de los principios

sino aquellos que caen claramente en la hipótesis de aplicación normal de la lex fori. No es de extrañar que en la escuela de la personalidad del Derecho desaparezca la sustantividad del concepto de institución desconocida”.

⁶⁵ Esta noción de *evicción* fue acuñada por Maury para referirse a lo casos de desaplicación del Derecho extranjero competente. Ver: J. MAURY, *L'éviction de la Loi normalement compétente: L'ordre public et la fraude a la Loi*, Valladolid, Cuadernos de la Cátedra del doctor James Brown Scout, Universidad de Valladolid, 1952.

⁶⁶ Bustamante llegó a afirmar: “*Un país sin costas, y de ello se puede citar algún ejemplo práctico, no tiene Derecho marítimo, ni reconoce ninguna institución de esa índole como objeto de sus prescripciones legales. ¿Tal circunstancia deberá ser suficiente para estimar ineficaz la venta en ese territorio de un buque destinado a la navegación trasatlántica, o la celebración de contratos de fletamento o de seguro marítimo? Un país que no conozca la dote ¿resultará lesionado en su Derecho porque el padre extranjero que viva en su territorio entregue algunas sumas a su hija con dicho carácter, al contraerse el matrimonio? En manera alguna”.* Ver: A. SÁNCHEZ DE BUSTAMANTE, *El orden público*, La Habana, Imprenta y Papelería La Universal, 1893, p. 92.

⁶⁷ GARDE CASTILLO (nota 63), pp. 103-104.

⁶⁸ GARDE CASTILLO (nota 63), pp. 45-50.

esenciales del ordenamiento del foro, lo que hará que la institución sea rechazada, pero no por ser desconocida sino por razones de orden público. Finalmente, en el quinto grupo encontramos las instituciones desconocidas por falta de información del juez, cuestión que guarda estrecha relación con los problemas producidos en el foro, por el proceso de aplicación de un Derecho extranjero.

Luego de tal examen, el profesor español afirma que sólo pueden considerarse desconocidas, aquellas instituciones totalmente imprevistas por el legislador y carentes de una regulación consuetudinaria en nuestro ordenamiento que supla tal imprevisión, y algunos casos de gran discrepancia técnica.

En todo caso, hay dos elementos que pudieran considerarse para evaluar el desconocimiento de una institución determinada, pero que deben descartarse como elementos definitivos de juicio. En primer lugar, la doctrina suele referirse al nombre que una institución recibe, éste sólo podría considerarse como un indicio y no como un dato definitivo para determinar la naturaleza de la misma⁶⁹. En segundo término, puede pensarse en la consagración de una institución por la Ley positiva, considerándose como desconocida aquella que no lo ha sido. Semejante afirmación nos conduce directamente al problema de las lagunas de la Ley. Una respuesta contagiada de cierta áurea positivista nos haría afirmar que la institución extranjera no contemplada por nuestra Ley, simplemente no existe en nuestro sistema. Sin embargo, en nuestra opinión, la no previsión legislativa no significa la no existencia^{70 71}.

En estos términos, la calificación que como desconocida pueda recibir una institución depende de una consideración del ordenamiento jurídico en su conjunto, y no sólo de las normas positivas. Tampoco la existencia de una laguna, sea en la norma de conflicto, sea en el Derecho material, es

⁶⁹ Para Maury, el nombre no constituye más que una simple presunción; sólo el contenido real puede ser decisivo y, para ello, es preciso apreciar la función cumplida por la institución considerada dentro del orden del que forma parte. MAURY (nota 3), p. 503.

⁷⁰ En tal sentido, hay quienes definen como desconocidas, aquellas instituciones que son simplemente ignoradas, por la fuerza de elementos históricos en la formación de un Derecho determinado. Ver: F. DE SOUZA DEL'OLMO, *Direito internacional privado*, 2ª ed., Brasil, Editora Forense, 2000, p. 59.

⁷¹ En el marco del Derecho venezolano, tenemos un excelente ejemplo de este segundo aspecto. En efecto, con la vigencia en abril de 2000 de la primera versión de la Ley Orgánica de Protección al Niño y al Adolescente (Gaceta Oficial N° 5.266 Extraordinario de fecha 02/10/1998. La última versión, bajo el nombre Ley Orgánica de Protección de Niñas, Niños y Adolescentes, fue publicada en la Gaceta Oficial N° 5.859 Extraordinario de fecha 10/12/2007), desapareció la adopción simple. Nosotros dudamos seriamente que un juez venezolano niegue aplicación a un Derecho conforme al cual se haya decretado una adopción de este tipo, so pretexto de desconocimiento. Recordemos que Savigny hace referencia a instituciones cuya existencia no sea reconocida en nuestro Estado, sin hacer mención directa a que deba tratarse de un reconocimiento positivo.

un indicio de desconocimiento. Habrá que agotar necesariamente las herramientas de integración del Derecho, para poder determinar si nuestro sistema conoce o no una institución extranjera. De hecho, en la analogía se ha encontrado un instrumento para no rechazar *a priori* el Derecho extranjero que consagra una institución en principio desconocida⁷².

En efecto, el operador jurídico ha de realizar una tarea de Derecho comparado que le conduzca a desentrañar la naturaleza de la institución que tiene ante sí, con el objeto de determinar si no existe en su ordenamiento jurídico una institución que desempeñe idénticas funciones⁷³. Tal operación constituye la llamada *calificación funcional*, es decir, como quiera que no existe en nuestro ordenamiento jurídico una configuración de tales instituciones, la única vía de solución consiste en determinar su función social, para de esta forma hallar la institución que en nuestro Derecho desempeña la función social o económica más próxima a la institución extranjera. Así, fundamentados en la “*equivalencia de instituciones*”, Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo se refieren a la técnica de la “*transposición de instituciones*”, cuyo fin último es transportar o trasponer la institución desconocida a una conocida por el foro, con el fin de garantizar su continuidad y reconocimiento⁷⁴.

Si no encuentra una figura análoga dentro de su ordenamiento jurídico, el juez debe rechazar la aplicación del Derecho extranjero. Sin embargo, nosotros nos preguntamos, cuál es la verdadera razón de esta evicción de la Ley extranjera. Como hemos afirmado, descartado queda que se trate de una contrariedad con nuestros principios fundamentales, pues en ese caso estaríamos más bien frente a una actuación del orden público⁷⁵.

⁷² En este sentido: G. PARRA-ARANGUREN, “La institución desconocida en la convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho internacional privado”, *Revista de Derecho*, Tribunal Supremo de Justicia, 2002, N° 7, pp. 313 ss., especialmente pp. 334-336.

⁷³ Múltiples son los ejemplos que registra la doctrina. El *trust* anglosajón, el *Erbvertrag* o contrato de delación hereditaria alemán, el matrimonio entre mujeres del Derecho tribal consuetudinario de Sudán y Tanzania, el *lobola* o matrimonio mediante compra del Derecho sudafricano, el *talaq* o repudio unilateral de los sistemas islámicos, la *kalafa* o especie de prohijamiento del Derecho musulmán o la incapacitación de los silvícolas del Derecho brasileño, se mencionan entre ellos. Llegar a tal conclusión supuso un estudio de la esencia de estas instituciones. Ver: C. Madrid Martínez, “Artículo 9. Institución desconocida”. VV.AA., *Ley de Derecho Internacional Privado comentada*, Caracas, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, UCV, Consejo de Desarrollo Científico y Humanístico, UCV, 2005, T. I, pp. 321 ss., especialmente p. 327.

⁷⁴ J.C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional privado*, 3ª ed., Madrid, Thomson-Civitas, 2004, p. 131.

⁷⁵ Para el profesor Quintín Alfonsín, si una institución foránea es desconocida en un Estado determinado porque afecta al orden público, basta con esta excepción para excluirla y, si es meramente desconocida, no hay razón suficiente para no aplicar el ordenamiento jurídico extranjero (Ver: ALFONSÍN [nota 32], pp. 605-606). Con tal afirmación, el profesor uruguayo niega toda posibilidad de actuación a esta causa de evicción del Derecho extranjero

Luego, no parece ser el simple desconocimiento una razón suficiente para producir la evicción del Derecho extranjero. Tal vez sea ésta la causa para que actualmente, esta institución haya dejado de entenderse como un mecanismo de rechazo al Derecho extranjero y se la conciba, más bien, como una institución valorativa, de manera que se obligue al juez a revisar su propio Derecho, para determinar si no existen instituciones análogas⁷⁶.

De hecho, su estricta interpretación como causa de evicción del Derecho extranjero podría convertirse en una manifestación del territorialismo, con miras a reducir excesivamente la actuación de Derecho extranjero⁷⁷. De tal manera, la institución carente de una versión análoga en nuestro ordenamiento jurídico, que no contradiga nuestros principios fundamentales –caso en el cual actuaría la excepción de orden público– sólo puede quedar sin efecto en el caso de imposibilidad técnica de aplicación⁷⁸.

Quizá por esta razón, sistemas como los de Hungría⁷⁹ y Quebec⁸⁰ prefieren regular la institución desconocida, no como un mecanismo para rechazar el Derecho extranjero, sino más bien como una herramienta para tender a su aplicación, pues en ambos casos se ordena que, en los supuestos de instituciones desconocidas por el foro, la calificación se realice conforme al Derecho extranjero, con lo cual el rechazo de éste ha de ser siempre el último recurso.

Sin llegar a ese grado de flexibilidad, el sistema venezolano es bastante favorable a la aplicación de un Derecho extranjero, a pesar de existir una institución desconocida. En efecto, los artículos 3 de la Convención Interamericana sobre Normas Generales y 9 de la Ley de Derecho internacional privado, con una redacción bastante parecida⁸¹, disponen que “*Cuando el Derecho extranjero declarado aplicable al caso establezca instituciones o procedimientos esenciales para*

⁷⁶ MAEKELT (nota 18) p. 25.

⁷⁷ T. B. MAEKELT, *Normas generales de Derecho internacional privado en América*, Caracas, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, UCV, 1984, p. 160.

⁷⁸ GARDE CASTILLO (nota 63), p. 156.

⁷⁹ Decreto Ley húngaro sobre Derecho Internacional Privado, Art. 3,2: “*Si el derecho húngaro desconoce ciertas instituciones jurídicas, o reconoce la institución jurídica bajo otra forma o por otro nombre, y ésta no puede ser definida interpretando las normas del derecho húngaro, al realizarse la calificación, también deberán ser tomadas en cuenta las disposiciones del derecho extranjero que rige tal institución jurídica*”.

⁸⁰ Código Civil de Québec, Art. 3078: “*Cuando el tribunal ignora una institución jurídica y no la conoce sino bajo un nombre o con un contenido distintos, la ley extranjera podrá ser tomada en consideración*”.

⁸¹ La única diferencia que puede anotarse entre las normas citadas es que la Ley hace referencia a “Derecho”, mientras la Convención se refiere a “Ley”. Tal diferencia tiene que ver con la evolución del Derecho internacional privado, en el sentido de admitirse que la remisión a un determinado ordenamiento jurídico no se limita a la Ley positiva si no que incluye todas sus fuentes. Esta diferencia puede verse en la regulación de otras instituciones como la cuestión incidental y la adaptación, tal como examinaremos *infra*.

su adecuada aplicación que no estén contemplados en el ordenamiento jurídico venezolano, podrá negarse la aplicación de dicho Derecho extranjero, siempre que el Derecho venezolano no tenga instituciones o procedimientos análogos”.

Con esta fórmula se logró prever los casos justificables de inaplicabilidad del Derecho extranjero por desconocimiento de la institución, sin ser una excepción demasiado amplia que reduzca la aplicación del mismo. A través de ella se autoriza al juez a examinar si se justifica o no aceptar la excepción en el caso concreto, por ello –considerando la expresión “*podrá negarse*”– se la califica como una excepción facultativa. Además, ha de considerarse la posibilidad de recurrir a ella sólo cuando no existan instituciones o procedimientos análogos, tratándose de una “*perspectiva amplia que permite el ejercicio positivo de la adaptación*”⁸².

En nuestra opinión, debe destacarse igualmente la amplitud de la fórmula utilizada por las normas citadas, al referirse no sólo a “*instituciones*”, sino también a “*procedimientos desconocidos*”⁸³. Sin embargo, la amplitud es sólo en este sentido pues ambas consagran la institución desconocida de manera restrictiva, ya que sólo se puede excluir el Derecho extranjero si no hay instituciones o procedimientos análogos en el ordenamiento jurídico del foro. Debemos igualmente resaltar que con la expresión “*podrá*”, su aplicación se consagra, no como una obligación para el juez, sino como una facultad que éste puede ejercer, después de examinar cada caso concreto para

⁸² Maekelt afirmó que la norma contenida en el artículo 3 de la Convención es clara desde el punto de vista terminológico y conceptualmente precisa al especificar los casos en que puede aplicarse la excepción. Así mismo, su carácter facultativo da al juez la suficiente flexibilidad para apreciar su pertinencia en cada caso concreto, considerando siempre la imposibilidad técnica o fáctica de aplicar una disposición extranjera. Ver: MAEKELT (nota 77), p. 161.

⁸³ La expresión “*procedimientos*” parece acompañar la norma de la Convención Interamericana desde su primera formulación, propuesta por el delegado estadounidense, Arthur von Mehren (OEA/Ser.K/XXI.2-COM.II/Doc.25. Ver: Actas y Documentos. Segunda Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho internacional privado [CIDIP-II], Washington, Secretaría General de la OEA, 1980, Volumen III, p. 427). Como ejemplo de estos procedimientos puede considerarse lo dispuesto en el artículo 6 de la Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero (Gaceta Oficial N° 33.170, 22/02/1985), de acuerdo con el cual: “*A solicitud del órgano jurisdiccional del Estado requirente podrá aceptarse la observancia de formalidades adicionales o de procedimientos especiales adicionales en la práctica de la diligencia solicitada a menos que sean incompatibles con la legislación del Estado requerido o de imposible cumplimiento por éste*”. En sentido similar se pronuncia el artículo 15 del Protocolo Adicional a esta Convención (Gaceta Oficial N° Extraordinario 4.580, 21/05/1993). Al respecto resulta de especial interés el trabajo: G. PARRA-ARANGUREN, “La contribución del profesor von Mehren a la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado (CIDIP-II, Montevideo 1979)”, *Law and Justice in a Multistate World. Essays in Honor of Athur T. von Mehren* (Ed. J.A.R. Nafziger/S. Symeonides), Ardsley, New York, Transnational Publishers, Inc., 2002, pp. 353 ss., especialmente pp. 362-363.

determinar si realmente se justifica la exclusión del Derecho extranjero, por eso algunos autores califican tal excepción como facultativa⁸⁴.

Además de estas normas generales, debemos mencionar la Convención Interamericana sobre Régimen Legal de Poderes para ser Utilizados en el Extranjero⁸⁵, cuyo artículo 3 dispone: “*Cuando en el Estado en que se otorga el poder es desconocida la solemnidad especial que se requiere conforme a la Ley del Estado en que haya de ejercerse, bastará que se cumpla lo dispuesto en el artículo 7 de esta convención*”. Debemos destacar que esta norma, más que regular el efecto negativo de la institución desconocida, buscar eliminarlo, estableciendo un procedimiento especial al cual habrá de adaptarse la formalidad especial requerida para no ser desconocida por el Estado en que se otorga el poder⁸⁶.

Nos queda finalmente una duda. Ante la exclusión del Derecho extranjero por desconocimiento en nuestro sistema de una institución o procedimiento análogos, ¿cuál Derecho habrá de aplicar el juez? Recordemos que nuestra Ley y la Convención se refieren simplemente a que “*podrá negarse la aplicación de dicho Derecho extranjero*”, sin disponer qué tendrá que hacer el operador jurídico cuando su sistema no contenga instituciones o procedimientos análogos. Savigny sólo refería que tales instituciones “*no pueden pretender la protección de los Tribunales*”⁸⁷, lo cual, en la práctica, podría traducirse en el desconocimiento de derechos válidamente adquiridos.

En nuestra opinión, nos encontramos nuevamente frente al problema del simple desconocimiento como fundamento de la evicción del Derecho extranjero. Lo primero que hemos de considerar es que si nos encontramos frente a la constitución de una relación, el operador jurídico venezolano podrá negarla. Mas si se trata de una controversia sobre una relación ya constituida, el planteamiento es diferente. Pensemos en una sucesión discutida ante el juez venezolano, en la que se encuentra constituido, conforme al Derecho inglés, un *trust*. De acuerdo con la concepción actual de la institución desconocida, el operador jurídico deberá realizar una calificación funcional y encontrará que en el sistema venezolano existe el fideicomiso, figura con

⁸⁴ MAEKELT (nota 1), p. 367.

⁸⁵ Gaceta Oficial N° 33.511, 30/01/1985.

⁸⁶ Esta norma ha sido incluso calificada como un ejemplo de acercamiento entre el Civil Law y el Common Law. Ver: T.B. MAEKELT y C. MADRID MARTÍNEZ “Civil y Common Law: un acercamiento”, *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, enero-diciembre 2003, N° 141, pp. 229 ss..

⁸⁷ SAVIGNY (nota 61), p. 139.

la cual podría establecerse cierto paralelismo. Así, una vez verificada la analogía, el juez podrá aplicar el Derecho inglés; pero si tal analogía no fuere posible ¿se aplicaría el Derecho venezolano?

En nuestra opinión, el simple desconocimiento lo que hace es indicarle al juez la consideración del Derecho extranjero a la luz del cual ha nacido tal relación. Es por ello que estimamos conveniente no exagerar el papel de la institución desconocida como excepción a la aplicación del Derecho extranjero, y entenderla más bien como una institución que busca no excluirlo *–a priori–* sin antes realizar el examen analógico que permitirá al operador jurídico llenar la especie de laguna a que le puede conducir el desconocimiento de una figura jurídica extranjera.

IV. REENVÍO

De acuerdo con la doctrina, el reenvío surge cuando la norma de conflicto del Estado cuyos tribunales conocen del asunto remite, para la regulación del caso, a un Derecho extranjero; este ordenamiento contiene, a su vez, una norma de conflicto que remite la regulación de la relación privada internacional al Derecho de otro país, que puede ser el Derecho del Estado que está conociendo o el de un tercer Estado⁸⁸.

Tal situación es conocida como conflicto negativo de leyes, es decir, la norma de conflicto del foro y la norma de conflicto correspondiente al Derecho extranjero declarado aplicable se inhiben de la regulación del caso, al estimar que ninguno de los dos sistemas es competente. De tal manera, tanto nuestro Derecho, como el indicado como competente por nuestra norma de conflicto, adoptan una actitud de abstención, de decidido propósito de no reglamentar la relación jurídica de que se trate dando, inicialmente, la impresión de que existe una laguna legal, un posible *non liquet*⁸⁹.

Ahora bien, para que se produzca ese conflicto negativo resulta necesaria la concurrencia de tres presupuestos. En primer término, es necesario que exista una diversidad en los puntos de conexión utilizados por las normas de conflicto de los ordenamientos que concurren en un supuesto de tráfico jurídico externo. Tal diversidad puede derivarse de la literalidad del propio factor de conexión (nacionalidad/domicilio) o de su interpretación (domicilio de hecho/domicilio de derecho). En segundo lugar, el sistema del foro debe admitir la aplicación de la norma de

⁸⁸ CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ (nota 31), p. 294.

⁸⁹ AGUILAR NAVARRO (nota 5), Volumen I, Tomo II, Parte Segunda, p. 150.

conflicto extranjera o, en otras palabras, debe considerar al Derecho extranjero en su integridad, tanto sus normas materiales como las de conflicto. Finalmente, es necesario que la norma de conflicto extranjera remita a la aplicación de otro Derecho⁹⁰.

Esa remisión del Derecho extranjero puede hacerse al Derecho del foro, caso en el cual nos encontramos frente a un reenvío de primer grado, o al ordenamiento jurídico de un tercer Estado que acepta la competencia, lo cual nos ubica ante el reenvío de segundo grado. También puede ocurrir que el Derecho de ese tercer Estado remita al foro en un reenvío circular, o a otro Estado en un reenvío ulterior.

Tradicionalmente, la doctrina se ha encontrado dividida entre quienes se muestran a favor del reenvío y quienes niegan su utilidad⁹¹. Lo que no puede ignorarse es el problema de superar la laguna legal derivada de la impracticabilidad de la norma de conflicto del foro, en los casos en que, el Derecho extranjero declarado competente por ella, manifieste también su desinterés en regular el supuesto⁹².

Harto conocido es el argumento favorable a esta institución según el cual, el reenvío facilita la solución uniforme de los conflictos de leyes. Sin embargo, esto no es del todo cierto, pues las soluciones varían dependiendo del foro en el que se plantee la controversia. Para que se produzca una armonía internacional de soluciones en Derecho internacional privado, es preciso que el ordenamiento jurídico extranjero no acepte el reenvío, ya que en tal supuesto, las soluciones que

⁹⁰ J.C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, *Curso de Derecho internacional privado*, reimp. de la 3ª ed., Madrid, Civitas, 1997, p. 394.

⁹¹ Esta actitud hacia el reenvío se registra desde sus primeros reconocimientos jurisprudenciales. Podemos mencionar en este sentido, el caso *Collier vs. Rivaz* (Inglaterra, 1841) y el caso *Forgo* (Francia, 1878). En el primer caso, se trató de la validez formal de un testamento otorgado en Bélgica por un inglés domiciliado en este país y de acuerdo a la forma inglesa. Según el Derecho inglés la validez del testamento era sometida en materia mobiliaria a la ley del domicilio del testador. Por su parte la norma belga remitía a la Ley nacional del testador, esto es, a la ley inglesa. El juez inglés terminó aplicando el Derecho inglés y declaró válido el testamento. En el caso *Forgo* se trató también de una sucesión, en este caso de un bávaro que se traslada a Francia a la edad de 5 años, luego contrae matrimonio con una francesa a la que sobrevive. Muere *ab-intestato* sin haber adquirido domicilio legal en Francia. La Administración francesa sostuvo que le correspondía el caudal hereditario, fundándose en el artículo 768 del Código Civil, precepto que afirma que, a falta de descendientes o cónyuge supérstite, la sucesión de los hijos ilegítimos –y *Forgo* era ilegítimo– corresponde al Estado. Unos parientes bávaros de *Forgo* sostenían la aplicación de una norma de conflicto francesa a cuyo tenor la sucesión mobiliaria queda sujeta al Derecho del domicilio legal del causante, que *Forgo* siempre había mantenido en Baviera hasta su muerte. La casación francesa afirmó que la remisión hecha por la norma de conflicto francesa debía entenderse efectuada a favor de la norma de conflicto bávara en materia de sucesiones, que declaraba aplicable la ley del Estado correspondiente al domicilio de hecho del causante, que estaba en Francia, por lo que se aplicó el Derecho material francés y los bienes fueron definitivamente al Estado francés.

⁹² Autores como Niboyet y Quadri ven en el desinterés del Derecho extranjero, una supresión del carácter internacional del problema y una consecuente aplicación del Derecho material del foro, invocando inclusive razones de orden público. Ambos citados en AGUILAR NAVARRO (nota 5), Volumen I, Tomo II, Parte Segunda, pp. 170-171.

darían al caso los tribunales extranjeros serían contrarias, nuevamente, a las suministradas por los tribunales del foro⁹³. Sólo el reenvío de segundo grado y en ciertas condiciones, se afirma, resulta útil para alcanzar esta armonía internacional de soluciones⁹⁴.

También –como argumento favorable al reenvío– se resalta el respeto a la indivisibilidad del Derecho extranjero, pues, a través de esta institución, nunca se aplica una norma material extranjera que no sea declarada competente por la propia norma de conflicto de ese sistema. De tal manera, si se tiene en cuenta el principio que señala que el Derecho extranjero debe aplicarse conforme a sus propios criterios, de manera que no se debe aplicar una norma material cuando el legislador que la dictó no quiere que sea aplicada.

Finalmente, puede decirse que cuando, para solucionar un conflicto se recurre a la concepción pluralista del Derecho, localizando tanto las normas materiales como las indirectas, es posible introducir el mecanismo de reenvío como el medio idóneo de integración de los distintos sistemas nacionales, de manera que el reenvío permite la aplicación de todos los Derechos vinculados con la relación en cuestión, lo cual favorece una positiva armonización de los mismos. Además, la doctrina del reenvío se justifica porque desalienta la selección deliberada del foro, promoviendo la uniformidad de los resultados⁹⁵

Los detractores del reenvío alegan que el ordenamiento jurídico del foro también es indivisible y cuando se aplica un Derecho diferente a aquel a que se refiere su norma de conflicto, se está desatendiendo el mandato del propio legislador. Debe considerarse que la remisión a la norma material del Derecho extranjero, se debe a que esa es la intención probable del legislador. Cuando el legislador dicta una norma de conflicto y escoge un factor de conexión es porque piensa que ese es el mejor Derecho, el de la nacionalidad o el del domicilio o el del lugar de ubicación del bien o el del lugar de celebración del acto⁹⁶, aplicar un Derecho diferentes es desobedecer su mandato.

No es poco conocida la expresión de Kahn, para quien el reenvío es un *circulus viciosus*, o la de Buzatti, autor que se refiere al juego de tenis internacional. Estas concepciones buscan resaltar la

⁹³ H. LEWALD, « La théorie du renvoi », *Recueil des Cours*, 1929 IV, Tomo 29, pp. 519 ss., especialmente p. 526.

⁹⁴ CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ (nota 31), p. 254.

⁹⁵ MAEKELT (nota 1), p. 348.

⁹⁶ E. BARTIN, « Encore le renvoi », *Clunet*, 1931, pp. 1256 ss., especialmente p. 1260; A. PILLET, « Contre la théorie du renvoi », en: *Revue de Droit International Privé et de Droit Pénal International*, 1913, pp. 1 ss., especialmente p. 10.

inseguridad jurídica a que conduce la aceptación de esta institución, pues la determinación del Derecho aplicable depende, en última instancia, del ordenamiento jurídico competente para regular el caso concreto⁹⁷.

El panorama descrito nos permite concluir el desacuerdo que, en el ámbito doctrinal y legislativo, gira en torno al reenvío en los diversos sistemas de Derecho internacional privado⁹⁸. Sin embargo, hay ciertas cuestiones en las que comienza a percibirse cierta uniformidad en las soluciones. Por ejemplo, la exclusión de esta institución en materia de obligaciones convencionales cuando las partes tienen la posibilidad de escoger el Derecho aplicable. Algunos

⁹⁷ CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ (nota 31), p. 254.

⁹⁸ Por ejemplo, aceptan el reenvío, entre otros sistemas, la Ley de Derecho Internacional Privado italiana (Art. 13: *“(1) Cuando en los artículos sucesivos se recurre a la ley extranjera, se toma en consideración el reenvío efectuado por el derecho internacional privado extranjero a la ley de otro Estado: (a) si la ley de ese Estado acepta el reenvío, (b) si el reenvío se hace a la ley italiana. (2) La aplicación del párrafo 1 se excluye: (a) en los casos en que las disposiciones de la presente ley declaren aplicable la ley extranjera sobre la base de la escogencia efectuada en este sentido por las partes interesadas; (b) respecto a las disposiciones relativa a la forma de los actos, (c) con relación a las disposiciones del Capítulo XI, del presente Título (Obligaciones no contractuales). (3) En el caso de los artículos 33 (filiación), 34 (legitimación) y 35 (reconocimiento de un niño natural), no se toma en cuenta el reenvío sino cuando él conduce a la aplicación de una ley que permita el establecimiento de la filiación. (4) Cuando la presente ley declara, en todo caso, aplicable una convención internacional, se sigue siempre, en materia de reenvío, la solución adoptada por la convención”*); la Ley de Derecho Internacional Privado suiza (Art. 14: *“(1) Cuando el derecho aplicable reenvía al derecho suizo o a otro Derecho extranjero, este reenvío no es tomado en consideración sino cuando la presente ley lo prevé. (2) En materia de estado civil, es aceptado el reenvío de la ley extranjera al derecho suizo”*); la Ley Federal austriaca sobre Derecho Internacional Privado (Art. 5: *“(1) La remisión al Derecho extranjero comprende también sus normas de remisión. (2) Si el orden jurídico extranjero reenvía al derecho austriaco, se aplicarán sus normas materiales (las normas jurídicas con excepción de las normas de remisión); en caso de reenvío ulterior se aplicarán, tomando en cuenta otros reenvíos, las normas materiales del ordenamiento jurídico que no remite más o que recibe primero un reenvío. (3) Si el ordenamiento jurídico extranjero comprende varios ordenamientos parciales, se aplicará el ordenamiento parcial al que remiten las normas de aquel. A falta de tales normas, se aplicará el ordenamiento parcial con el cual existe la conexión más fuerte”*); el Decreto-Ley húngaro sobre Derecho Internacional Privado (Art. 4: *“Si en virtud del presente decreto-ley debe aplicarse una ley extranjera, el caso será regido por las normas del Derecho extranjero aplicable que regulan directamente la cuestión litigiosa. Sin embargo, si el Derecho extranjero reenvía, en lo que a esta cuestión se refiere al derecho húngaro, este último será aplicado”*); el Código Civil español (Art. 12,2: *“La remisión al Derecho extranjero se entenderá hecha a su ley material, sin tener en cuenta el reenvío que sus normas de conflicto puedan hacer a otra ley que no sea la española”*). En cambio ha rechazado en el Código Civil peruano (Art. 2048: *“Los jueces aplicarán únicamente el Derecho interno del Estado declarado competente por la norma peruana de Derecho Internacional Privado”*); el *Restatement second* de Estados Unidos (Sección 7: *“Cuando la ley del juez prevé la aplicación de la ley de otro Estado a una determinada relación, la ley extranjera aplicable es la que concierne al caso previsto y no la regla de conflicto de las leyes del Estado extranjero, pues el único Derecho Internacional Privado a que se puede recurrir para juzgar el caso es el de la lex fori”*; y Sección 8: *Excepciones a la regla anterior: “a) Cuando se trata de un derecho real de propiedad inmobiliaria, se aplica la ley del lugar de la situación, comprendidas sus reglas de conflicto. b) Cuando se trata de la validez de un divorcio, se aplica la ley del domicilio de las partes, comprendidas las reglas de conflicto de este Estado”*); el Código Civil egipcio (Art. 27: *“En casos de reenvío a una ley extranjera, deberán aplicarse sus disposiciones internas, con exclusión de las de Derecho Internacional Privado”*); el Código Civil griego (Art. 32: *“Las reglas de Derecho Internacional Privado del Estado extranjero no se tomarán en cuenta en la aplicación de la ley extranjera”*); y la Ley de Introducción al Código Civil brasileño (Art. 16: *“Cuando en los términos de los artículos precedentes, se hubiere de aplicar la ley extranjera, se tendrá en cuenta la disposición de ésta, sin considerar cualquier remisión hecha por ella a otra ley”*).

sistemas extienden este rechazo a todos los supuestos en que se permite el juego de la autonomía de las partes, es el caso del artículo 4,2 del Código Civil alemán⁹⁹.

También suele excluirse el reenvío cuando el caso concreto es regulado por normas de carácter convencional o internacional. Tal exclusión se fundamenta en el hecho de que la finalidad de las normas de conflicto convencionales es sustituir a las normas indirectas de los Estados contratantes. Luego, sería inconcebible que cuando la norma de conflicto convencional designa el Derecho aplicable a una relación determinada, incluya también las normas conflictuales de ese Derecho, puesto que, precisamente, son esas disposiciones las que deben ser reemplazadas con las reglas de carácter convencional¹⁰⁰.

La codificación convencional venezolana se caracterizó por el silencio en materia de reenvío, hasta 1995 cuando se ratificó la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales¹⁰¹, cuyo artículo 17 dispone que “*Para los efectos de esta convención se entenderá por ‘derecho’ el vigente en un Estado, con exclusión de sus normas relativas al conflicto de leyes*”. En este sentido, la exclusión del reenvío en materia contractual se justifica por la función localizadora que permite determinar con cuál ordenamiento jurídico estatal se encuentra relacionado el contrato. Por tal razón, este razonamiento también es válido si las partes no han escogido el Derecho aplicable, caso en el cual entra en juego el principio de proximidad, pues una vez que se ha determinado cuál es el Derecho más vinculado con el contrato, tal propósito se vería frustrado si se aplican las normas de conflicto de ese sistema. Además, se ha reconocido que nada impide que los contratantes puedan también seleccionar un sistema conflictual determinado, con lo cual habría reenvío¹⁰².

Por lo que respecta a la codificación interna debemos destacar, antes de referirnos a la Ley de Derecho internacional privado, que el inicio del reconocimiento del reenvío en Venezuela fue marcado por la práctica judicial. El primer caso –conocido como el caso Schunek– se presentó en 1906, en un decreto de adopción emanado de la Corte Superior del Distrito Federal, en fecha

⁹⁹ Código Civil alemán, Art. 4,2: “*Si las partes tienen la facultad de escoger ellas mismas el Derecho de un Estado, ellas sólo podrán optar por sus reglas materiales*”.

¹⁰⁰ LEWALD (nota 93), p. 578.

¹⁰¹ Gaceta Oficial N° Extraordinario 4.974 de fecha 22/09/1995.

¹⁰² F. ROMERO, “El Derecho aplicable al contrato internacional”, *Liber Amicorum Homenaje a la Obra Científica y Académica de la profesora Tatiana B. de Maekelt*, Caracas, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, UCV, Fundación Roberto Goldschmidt, pp. 203 ss., especialmente p. 257.

24 de noviembre¹⁰³. En tal asunto se planteó la determinación de la capacidad para adoptar de dos ciudadanos de nacionalidad austriaca domiciliados en Venezuela. El tribunal los consideró capaces para adoptar conforme al Derecho venezolano, de acuerdo a la remisión que hiciera la norma de conflicto austriaca a nuestro ordenamiento jurídico y, de esta manera, sin referirse expresamente al reenvío, se admitió la devolución que, a criterio del tribunal, hacía el Derecho austriaco al venezolano. Más tarde se determinó que, para la época, el factor de conexión austriaco no era el domicilio sino la nacionalidad.

La consagración jurisprudencial definitiva del reenvío se registró en una sentencia del Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Mercantil de la Circunscripción Civil del Distrito Federal y Estado Miranda, de fecha 29 de septiembre de 1966¹⁰⁴. Debemos mencionar que para la fecha, el Juez a cargo del mencionado tribunal era el profesor Gonzalo Parra-Aranguren. En este caso, el juez venezolano debió determinar el Derecho aplicable a la validez formal de un cheque emitido sin fecha en la ciudad de Nueva York y entregado en Caracas, donde se presentó al cobro. Lo primero que hizo el juez fue calificar la fecha como un requisito de forma, razón por la cual aplicó el artículo 484 del Código de Comercio, según el cual, *“La forma de las obligaciones contraídas en materia de letras de cambio se regula por la Ley del Estado sobre cuyo territorio dichas obligaciones han sido suscritas”*.

Esta norma de conflicto lo llevó a aplicar, de oficio, el Derecho de Estados Unidos y, en aplicación, como doctrina, del artículo 3 del entonces Proyecto de Ley de Normas de Derecho Internacional Privado de 1963/65¹⁰⁵, específicamente la Ley del Estado de Nueva York. Ahora bien, aun cuando tanto el ordenamiento jurídico venezolano como el del Estado de Nueva York poseían idénticas normas de conflicto, el Derecho aplicable cambió por efecto de la calificación. En esta ocasión el tribunal calificó el factor de conexión *“lugar de emisión”* de acuerdo con el Derecho venezolano –lugar donde se cumplen los requisitos de forma y fondo–; mas al determinar el Derecho *“presumiblemente”* aplicable –Derecho del Estado de Nueva York– calificó nuevamente con los criterios materiales de ese Derecho, que entendía el lugar de emisión como el lugar de la entrega efectiva. Con tal razonamiento cambió, por efecto de la calificación,

¹⁰³ El texto del caso puede verse en: J. MUCI-ABRAHAM, “Jurisprudencia venezolana en materia de reenvío”, *Revista de la Facultad de Derecho, UCV*, 1955, N° 3, pp. 120 ss.

¹⁰⁴ Datos en nota 55.

¹⁰⁵ *“Cuando en el Derecho extranjero que resulte competente coexistan diversos ordenamientos jurídicos, el conflicto de leyes que se suscite entre esos ordenamientos se resolverá de acuerdo con los principios vigentes en el correspondiente Derecho extranjero”*.

el ordenamiento jurídico aplicable, produciéndose un reenvío de primer grado al Derecho venezolano, sobre la base del artículo 483 del Código de Comercio, norma que para el momento regulaba el reenvío en el sistema venezolano¹⁰⁶.

Ahora bien, con la entrada en vigencia de la Ley de Derecho internacional privado se introdujo en nuestro sistema una norma general en materia de reenvío. Nos referimos al artículo 4 de la Ley, norma de conformidad con la cual *“Cuando el Derecho extranjero competente declare aplicable el Derecho de un tercer Estado que, a su vez, se declare competente, deberá aplicarse el Derecho interno de ese tercer Estado. Cuando el Derecho extranjero competente declare aplicable el Derecho venezolano, deberá aplicarse este Derecho. En los casos no previstos en los dos párrafos anteriores, deberá aplicarse el Derecho interno del Estado que declare competente la norma venezolana de conflicto”*.

La inclusión de esta norma se consideró útil, de acuerdo con la Exposición de Motivos de la Ley, *“en nombre de un principio de seguridad jurídica”*. La propia Exposición señala que el artículo 4 acoge el reenvío *“cuando propende a unificar la solución nacional con la solución del Derecho extranjero o cuando, como ocurre frecuentemente en el reenvío simple, ambas son inevitablemente divergentes”*¹⁰⁷. Llama igualmente la atención que el artículo 4 se refiera en primer lugar al reenvío de segundo grado. En opinión de Maekelt, este orden obedece a que al legislador venezolano le interesa más la armonía internacional de soluciones que la aplicación de su propio Derecho a través del reenvío simple, cuando esto conduce a la solución equitativa del caso concreto¹⁰⁸.

Ahora bien, el artículo 4, que es la regla general, acepta el reenvío hasta el segundo grado y aparentemente no tiene excepciones; sin embargo, hemos de hacer algunas consideraciones al respecto. En primer término, el artículo 29 *eiusdem*, permite que las partes determinen el Derecho aplicable a sus relaciones contractuales, razón por la cual operaría una de las excepciones admitidas por la doctrina¹⁰⁹ y por la mayoría de las codificaciones modernas, tanto

¹⁰⁶ Sobre esta norma ver: C.L. REYNA DE ROCHE, *Estudio sobre el reenvío en el Derecho internacional privado venezolano*, Caracas, Instituto de Derecho Privado, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, UCV, Cuadernos Colección de Derecho internacional privado, 1974. Ver también, MAEKELT (nota 1), pp. 350-354.

¹⁰⁷ MAEKELT y otros (nota 26), p. 58.

¹⁰⁸ MAEKELT (nota 1), p. 354.

¹⁰⁹ MAEKELT (nota 1), p. 355; ROMERO (nota 102), p. 257.

estatales¹¹⁰ como convencionales¹¹¹, incluida la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales (Art. 17); mas, en nuestra opinión, el reenvío podría resultar útil si ayuda a establecer el Derecho con el cual el contrato presenta los vínculos más estrechos.

Por otra parte, también podría pensarse excluido el reenvío del funcionamiento del artículo 32, en materia de hecho ilícito, pues tal norma da entrada, en cierta medida, a la autonomía de la víctima, al establecer que ésta podrá elegir la aplicación del Derecho del lugar donde se produjo la causa generadora del daño o del Derecho del lugar del efecto dañoso¹¹². Igualmente, podríamos afirmar que el reenvío es aplicable si contribuye a lograr el objetivo de esta norma de conflicto, es decir, compensar integralmente a la víctima por el daño sufrido.

Finalmente, podemos mencionar el artículo 37 de nuestra Ley, que establece: “*Los actos jurídicos son válidos, en cuanto a la forma, si cumplen con los requisitos exigidos en cualquiera de los siguientes ordenamientos jurídicos: 1º) El del lugar de celebración del acto; 2º) El que rige el contenido del acto; o 3º) El del domicilio de su otorgante o del domicilio común de sus otorgantes*”.

Se ha aceptado, en primer lugar, que admitir el reenvío en este caso atentaría contra el objetivo de esta norma venezolana de conflicto, que es evitar la nulidad formal del acto (principio *pro validitatis*). La segunda razón tiene que ver con la redacción de la norma, pues sólo una norma material puede exigir ciertos “*requisitos*”, no así la norma de conflicto y, al no aplicarse esta última no puede haber reenvío¹¹³. Pero, al igual que en los casos anteriores, pensamos que si el

¹¹⁰ Código Civil portugués, Art. 19,2: “*Cesa igualmente lo dispuesto en esos mismos artículos (reenvío), si la Ley extranjera ha sido designada por los interesados, en los casos en que la designación sea permitida*”. Código Civil alemán, Art. 4,2: “*Si las partes tienen la facultad de escoger ellas mismas el Derecho de un Estado, ellas sólo podrán optar por sus reglas materiales*”. La Ley suiza tampoco lo admite en materia contractual. Recordemos que la regla general lo excluye, salvo en los casos en que la propia Ley lo admita (Art. 14) y éste no es el caso de los contratos. Ley de Derecho internacional privado italiana, Art. 13,2: “*La aplicación del Parágrafo 1 se excluye: a) en los casos en que las disposiciones de la presente Ley declaren aplicable la Ley extranjera sobre la base de la escogencia efectuada en este sentido por las partes interesadas*”.

¹¹¹ Reglamento 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), Art. 20: “*Cuando el presente Reglamento establezca la aplicación de la ley de un país, se entenderá por tal las normas jurídicas materiales en vigor en ese país, con exclusión de las normas de Derecho internacional privado, salvo que el presente Reglamento disponga otra cosa*”.

¹¹² “*Esta facultad de la víctima de elegir entre dos ordenamientos jurídicos el que le resulta más favorable, también se protege mejor con la directa aplicación del derecho material*”. MAEKELT (nota 1), pp. 355-356.

¹¹³ MAEKELT (nota 1) p. 355; R. D’ONZA, “Ley aplicable a las sucesiones, Ley aplicable a la forma de los actos y Ley aplicable a la prueba de los actos en la nueva Ley de Derecho internacional privado”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, UCV*, 2000, N° 118, pp. 95 ss., especialmente pp. 108-109.

reenvío conduce a la aplicación de una Ley que declare válido al acto, objetivo de la norma de conflicto contenida en el artículo 37, debería entonces aceptarse.

Resulta interesante en este sentido, la interpretación propuesta por el profesor Hernández-Bretón en torno a la relación de los objetivos de las normas de conflicto, cuya realización es exigida al aplicar el Derecho extranjero por el artículo de la Ley de Derecho internacional privado y la institución del reenvío.

Según el autor, el artículo 4 ha de ser leído en concordancia con el artículo 2 de la propia Ley, de lo cual resulta que *“el Derecho extranjero reclamado por la norma venezolana de conflicto se aplicará de acuerdo con los principios que rijan en el país extranjero respectivo, de manera que se realicen los objetivos de las normas venezolanas de conflicto. Así tendríamos que aun cuando el artículo 4 de la LDIP no contempla excepciones expresas al principio de remisión global o máxima a un Derecho extranjero hecho por la norma venezolana de conflicto, una lectura concordada del artículo 4 y del artículo 2 de la LDIP conduce a negar el principio de la remisión global o máxima –y aceptar como excepción la remisión mínima– en aquellos casos en que la remisión global, es decir la posibilidad de intervención de las normas de conflicto extranjeras en la determinación del Derecho aplicable, impidiere la realización de los objetivos perseguidos por las normas venezolanas de conflicto”*. Así –concluye el profesor Hernández-Bretón– la validez formal del acto no podría lograrse si se admite el funcionamiento de las normas de conflicto extranjeras; sin embargo, si las normas indirectas de los ordenamientos jurídicos señalados por el artículo 37 remiten a un Derecho que declare válido el acto, tal reenvío ha de ser aceptado¹¹⁴.

V. CUESTIÓN INCIDENTAL

Sin duda, de todas las instituciones generales del Derecho internacional privado es quizá la cuestión incidental¹¹⁵, la que tenga más reflejo sobre el proceso, pues el condicionamiento de la

¹¹⁴ E. HERNÁNDEZ-BRETÓN, “Capacidad y forma en materia de letra de cambio en la nueva Ley de Derecho internacional privado”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, UCV*, 2000, N° 117: 27 ss., especialmente pp. 38-40. Estas ideas han sido ratificadas en HERNÁNDEZ-BRETÓN (nota 30), pp. 236-238.

¹¹⁵ Hemos empleado esta denominación que es una de las usadas por la Ley de Derecho Internacional Privado venezolana (*“cuestiones previas, preliminares o incidentales”*), aunque reconocemos que el primer problema planteado por la doctrina en relación con la cuestión incidental tiene que ver, justamente, con su propia denominación. En este sentido, no ha faltado quien haya criticado las expresiones *incidental* o *prejudicial* por su *“excesivo sabor procesalista”* y se haya inclinado por los términos *cuestión previa* o *cuestión preliminar* (E. PECOURT GARCÍA, “Problemática de la cuestión preliminar en Derecho internacional privado”. *Revista de Derecho Español y Americano*, Madrid, octubre-diciembre, 1966, pp. 11 ss., especialmente p. 15). Los autores alemanes,

cuestión incidental sobre las modalidades y alcance de la principal, obliga al juez a pronunciarse sobre ella con anterioridad al objeto del juicio¹¹⁶. De hecho, se ha afirmado que la cuestión incidental no se concibe si no se la encuentra inmersa en un proceso^{117 118}.

Ahora bien, en Derecho internacional privado existe cuestión incidental cuando, para dar respuesta a una relación jurídico-privada de carácter internacional –la cuestión principal–, es necesario resolver antes otra relación jurídica diferente que opera como presupuesto de la anterior, es esta última la cuestión incidental¹¹⁹. En otros términos, la cuestión incidental se suscita, cuando al enjuiciar una situación regulada por una determinada norma de conflicto, aparece una cuestión jurídica que presenta cierta autonomía, pero que precisa ser resuelta previamente para abordar la cuestión principal¹²⁰.

Resulta necesario aclarar que para *resolver* cada una de las cuestiones planteadas, es necesario haber determinado previamente el Derecho aplicable. Y esa determinación del Derecho aplicable, justo es reconocerlo, se hace antes a la cuestión principal que a la incidental, pero una vez que se determine el ordenamiento jurídico que regulará la cuestión principal no se la puede resolver, desde el punto de vista material, sin antes determinar el Derecho aplicable y resolver con éste la cuestión incidental. Es justamente, la elección de un sistema conflictual para

encabezados por Melchior y Wengler, le han dado el nombre de *Vorfrage*, expresión equivalente a la francesa *question préalable*, utilizada especialmente por Maury (MAURY [nota 3]) y a las correspondientes españolas *cuestión previa o preliminar*, las cuales, según el criterio de Garde Castillo, son términos equívocos e inexactos, pues si hay alguna cuestión previa en Derecho internacional privado, ella no puede ser otra que la calificación (GARDE CASTILLO [nota 63], p. 17). De acuerdo con Wolff, el término *cuestión incidental* es más adecuado que *cuestión preliminar* –ambos usados por los autores ingleses *incidental or preliminary question*–, en razón de que se trata de un asunto postliminar antes que preliminar, si se atiende al hecho de que ella surge después que se ha encontrado el Derecho aplicable a la cuestión principal (M. WOLFF, *Derecho internacional privado*, [Trad. A. Marín López], Barcelona, Bosch, 1958, pp. 197-198).

¹¹⁶ MAEKELT (nota 77), p. 100.

¹¹⁷ J.L. BONNEMAISON, “La cuestión incidental en la problemática del Derecho internacional privado”. *Libro Homenaje a la Memoria de Joaquín Sánchez Covisa*, Caracas, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, UCV, 1975, pp. 33 ss., especialmente, p. 37.

¹¹⁸ Desde el punto de vista del sistema adjetivo, no todas las condicionantes de la acción han de ser calificadas como prejudiciales o incidentales. Para que una cuestión tenga tal carácter, debe fundarse en una relación sustancial independiente de la que motiva la litis y cuyo conocimiento corresponda, por disposición de la Ley o por la naturaleza jurídica de la cuestión, en juicio autónomo, a otro tribunal; además, la decisión que, con efecto de cosa juzgada en ella se tome, habrá de influir en la resolución final a dictarse respecto de la cuestión principal (H. ALSINA, *Las cuestiones prejudiciales en el proceso civil*, Buenos Aires Editorial Jurídica Europa América, Brevarios de Derecho, 1959, p. 66). Tal parece ser el sistema acogido por el legislador procesal venezolano, cuando en el artículo 346,8 del Código de Procedimiento Civil hace referencia a “*La existencia de una cuestión prejudicial que deba resolverse en un proceso distinto*” (Véase: A. RENGEL-ROMBERG, *Tratado de Derecho procesal civil venezolano*, Caracas, Editorial Arte, 1994, Tomo III, El procedimiento ordinario, pp. 78-79).

¹¹⁹ CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ (nota 31), p. 235.

¹²⁰ FERNÁNDEZ ROZAS y SÁNCHEZ LORENZO (nota 90), p. 407. Luce curioso que en la edición de 2004 de esta obra, no aparece referencia alguna a la cuestión incidental.

determinar el Derecho aplicable a la cuestión incidental el principal problema que esta institución plantea al Derecho internacional privado, en términos de examinar la posibilidad de derogar la aplicación de la norma de conflicto del foro¹²¹.

Bien, la calificación de una cuestión como principal o incidental depende del lugar que ocupe dentro de un litigio concreto¹²². De hecho Goldschmidt reconoce que los negocios accesorios en Derecho material –fianza, hipoteca, aval– constituyen procesalmente siempre problemas principales, mientras que los negocios principales que dan nacimiento a los créditos garantizados, procesalmente resultan previos¹²³.

En todo caso, por lo general, la cuestión incidental es producida por el demandado al proponer las excepciones o defensas. Es el caso del cónyuge que reclama alimentos al otro invocando el matrimonio que los une y la parte demandada cuestiona la validez de esa unión. Pero también puede ocurrir que sea el propio demandante quien la proponga, cuando la cuestión incidental está íntimamente ligada al problema principal. Por ejemplo la solicitud de anulación de un matrimonio, invocando la ineficacia de un divorcio que disolvió un vínculo precedente.

Otra cuestión fundamental que marca la forma de entender y solucionar el problema de la cuestión incidental, es que generalmente ésta se presenta en la problemática práctica del Derecho internacional privado, cuando un Derecho extranjero llama al goce de un derecho a personas investidas de cierta cualidad jurídica¹²⁴. De ahí también la estrecha relación de esta institución con el respeto a las situaciones jurídicas válidamente creadas o derechos adquiridos. La solución, en todo caso, dependerá de la norma de conexión aplicable, pues mientras un ordenamiento jurídico admitirá que la persona posee el *status* determinante del derecho que se discute, otro ordenamiento negará, a la relación considerada, la relevancia productora de los efectos jurídicos discutidos¹²⁵.

Ahora bien, para que en Derecho internacional privado se genere una cuestión incidental en sentido estricto, es necesario que concurren tres condiciones. La primera condición es que la

¹²¹ A. ABARCA JUNCO, “Problemas de aplicación de las normas de Derecho internacional privado (I)”, *Derecho internacional privado*, 2ª ed., Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Vol. I, pp. 138 ss., especialmente p. 139.

¹²² BONNEMAISON (nota 117), p. 37.

¹²³ W. GOLDSCHMIDT, *Sistema y filosofía del Derecho internacional privado*, 2ª ed., Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa América, 1952, pp. 289-292.

¹²⁴ J.A. CARRILLO SALCEDO, *Derecho internacional privado. Introducción a sus problemas fundamentales*, 2ª ed., Madrid, Tecnos, 1976, p. 242.

¹²⁵ BONNEMAISON (nota 117), pp. 35-36.

cuestión principal esté gobernada, según la norma de conflicto del foro, por un Derecho extranjero, pues si resultare aplicable la Ley del foro, no sería necesaria la derogación del principio general de aplicación del sistema conflictual del juez¹²⁶. En segundo término, la cuestión subsidiaria o accesoria con elementos de extranjería deviene en cuestión incidental cuando es capaz de poseer una norma de conexión propia. Finalmente, la norma de conflicto competente para regir la cuestión incidental debe conducir a un resultado diferente al que corresponde a la norma de conflicto que rige la cuestión principal¹²⁷. Resalta en estos requisitos, la importancia conferida a la norma de conflicto.

La exigencia de estas condiciones, condujo a la doctrina a afirmar que el paradigmático caso *Ponnoucannamalle v. Nadimoutoupouille*, resuelto por la Casación francesa en 1931 –muy comentado en su época por haber dado origen a esta institución de Derecho internacional privado y en el que autores como Maury¹²⁸, vieron un problema de calificaciones– no constituyó una verdadera cuestión incidental *problemática* para nuestra disciplina¹²⁹. Sin embargo puede decirse que, a partir de este caso, Melchior¹³⁰ y Wengler¹³¹ plantearon un nuevo problema para nuestra disciplina.

¹²⁶ FERNÁNDEZ ROZAS y SÁNCHEZ LORENZO (nota 90), p. 408. Lagarde expresa que cuando la cuestión principal queda gobernada por la Ley material del foro, no cabe duda que la cuestión preliminar debe también quedar regida por ella; de manera que han de quedar excluidas de esta teoría, todas aquellas cuestiones que se presenten como previas de una relación jurídica regulada por la *Lex fori*. Ver: P. LAGARDE, « La règle de conflit applicable aux questions préalables », *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1960, N° 4, pp. 459 ss., especialmente pp. 464-465.

¹²⁷ BONNEMAISON (nota 117), pp. 33-53

¹²⁸ MAURY (nota 3), p. 454.

¹²⁹ Recordemos su supuesto. Un hindú propietario de bienes en Indochina –para la época territorio francés– excluye de su testamento al hijo de un hijo adoptivo premuerto. La adopción se hizo conforme al Derecho de India, teniendo el adoptante, para el momento de la adopción, hijos legítimos. Cuando la cuestión se plantea ante el juez francés, se discute la validez de la adopción para poder determinar si el hijo del hijo adoptivo premuerto tenía o no derechos sucesorales. Así, de acuerdo con el Derecho francés, las sucesiones inmobiliarias se rigen por el Derecho del lugar de ubicación de los bienes, con lo cual resultó aplicable el propio Derecho francés. Luego, el juez francés declaró nula la adopción, basándose para ello en un precepto del Código Civil (Art. 357) que prohibía la adopción a personas que tuviesen descendencia legítima. Así, en primer lugar, la cuestión principal resultó regulada por el Derecho francés –Derecho del foro– y para la cuestión incidental, el juez recurrió a una norma de aplicación necesaria y no al sistema conflictual. Estos hechos hacen que definitivamente este caso, aun cuando dio origen a ricas discusiones doctrinales, no sea considerado una verdadera cuestión incidental relevante para el Derecho internacional privado. Pecourt García estima que el tribunal francés se limitó a absorber la cuestión preliminar en la principal, aplicando a aquella el Derecho material válido para esta última. PECOURT GARCÍA (nota 115), p. 27.

¹³⁰ G. MELCHIOR, *Die Grundlagen des Deutschen Internationalen Privatrechts*, Berlin, De Gruyter, 1932, pp. 245 ss.

¹³¹ W. WENGLER, *Internationales Privatrecht* 1, Berlin, Teilband, De Gruyter, 1981, pp. 179-184.

Ahora bien, para dar respuesta a la problemática que plantea la determinación del Derecho aplicable a la cuestión incidental, la doctrina se debate entre dos posibles soluciones¹³². La primera conlleva a la aplicación de la norma de conflicto del foro, por ello se la denomina *Lex fori* o teoría de la equivalencia o independencia. Su fundamento se encuentra, básicamente, en el principio de la independencia propuesto por Vallindas y que consiste en que el juez sólo ha de aplicar las normas de conflicto emanadas de su legislador. Tal solución presenta la indiscutible ventaja de la armonía interna de soluciones a la cual conduce; además de potenciar la seguridad jurídica¹³³.

Mas también ha sido criticada por su tendencia a desconocer situaciones jurídicas válidamente creadas. Por ello se propuso una fórmula según la cual, si la cuestión previa incide de tal modo que afecta a una situación jurídica que vive predominantemente en el medio jurídico del sistema del foro, entonces se otorgará primacía a la solución de la *Lex fori*; pero si el contacto con el foro es pequeño, accidental y coincidente con la valoración de los ordenamientos extranjeros, habrá que preconizar como más importante el criterio de la uniformidad, de la armonía internacional y aplicar una segunda solución a la que haremos referencia *infra*.

La segunda solución aconseja la aplicación de la norma de conflicto del ordenamiento jurídico que rige la cuestión principal; se trata de la solución *Lex causae* o teoría de la remisión global o de la jerarquización. De acuerdo con esta tesis, cuando el juez aplica Derecho extranjero, debe resolver el caso conforme a los criterios del ordenamiento jurídico de que se trate y, por ello, ha de aplicar a la cuestión incidental, la norma de conflicto del Derecho extranjero que rige la

¹³² Ello a pesar que hay autores que plantean cuatro posibilidades. La primera implica la aplicación de la Ley material del foro; la segunda, aconseja determinar el Derecho aplicable a través de la norma de conflicto de juez; la tercera, prefiere la aplicación del sistema conflictual del ordenamiento jurídico al que pertenecen las normas materiales que han de regular la cuestión principal; y, finalmente, se recomienda recurrir a la Ley material del sistema jurídico directamente aplicable a la cuestión principal. Actualmente, se han descartado la primera y la última hipótesis y el problema se reduce a la elección entre la norma de conflicto del foro y la perteneciente al ordenamiento jurídico que regula la cuestión principal. Robertson citado en PECOURT GARCÍA (nota 115), pp. 16-17.

¹³³ En el sistema español, por ejemplo, aunque no hay una solución expresa a este problema, la orden contenida en el artículo 12,6 del Código Civil, según la cual la norma de conflicto española ha de ser aplicada de oficio, el juez deberá atender a la solución aportada por su propio sistema conflictual a la hora de resolver la cuestión incidental (FERNÁNDEZ ROZAS y SÁNCHEZ LORENZO [nota 90], p. 408). Igual conclusión puede extraerse de aquellos sistemas que, como el brasileño (Código Civil, Art. 16: “*Cuando en los términos de los artículos precedentes, se hubiere de aplicar la ley extranjera, se tendrá en cuenta la disposición de ésta, sin considerar la remisión hecha por ella a otra ley*”), el peruano (Código Civil, Art. 2.048: “*Los jueces aplicarán únicamente el Derecho interno del Estado declarado competente por la norma peruana de Derecho internacional privado*”) o el de Québec (Código Civil Quebec, Art. 3080: “*Cuando en virtud de las reglas del presente libro, resulte aplicable la Ley de un Estado extranjero, se tomarán en cuenta las reglas de Derecho interno de ese Estado, con exclusión de sus reglas de conflicto de leyes*”), excluyen la posibilidad de aplicar las normas de conflicto extranjeras.

cuestión principal. Esta solución evita la escisión del caso y aporta un cierto grado de armonía internacional. Lagarde defiende esta tesis basándose en dos argumentos: de acuerdo con el primero, cuando la norma de conflicto designa un Derecho extranjero para regular la cuestión principal, éste se aleja del ordenamiento jurídico del foro y, si este Derecho se desinteresa de la cuestión principal, ha de entenderse que también pierde interés en la regulación de la cuestión incidental. El segundo argumento tiene que ver con la necesidad de respetar la lógica interna del Derecho extranjero aplicado a la cuestión principal¹³⁴.

Esta teoría ha sido hartamente criticada por conducir a soluciones diversas, según la cuestión principal con la cual esté conectada la cuestión incidental. Por ejemplo, la validez del matrimonio puede estar vinculada a un problema de filiación, sucesiones o régimen patrimonial matrimonial, lo cual produce una disonancia interna de soluciones. En todo caso, la aplicación de la norma de conflicto del sistema que rige la cuestión principal a la cuestión preliminar asegura el respeto a los grupos normativos y la coherencia en la regulación final, lo cual evitaría los problemas de sustitución¹³⁵.

En definitiva, lo que se enfrenta a través de las dos soluciones tradicionales es la supremacía de la armonía interna de soluciones (solución *Lex fori*) sobre la armonía internacional (solución *Lex causae*) y viceversa, y ante este dilema no existe una respuesta absoluta. Si bien el ordenamiento jurídico del foro debe sacrificarse en beneficio del Derecho extranjero en aquellas hipótesis en que la cuestión previa es esencial, es decir, ésta supone la existencia de relaciones jurídicas que tienen carácter permanente, que constituyen un *status*, en las que la situación elaborada es fuente y no mera condición de la situación jurídica a elaborar, tal sacrificio no es posible cuando la cuestión incidental incide sobre una situación jurídica que vive predominantemente en el sistema del foro, con lo que la primacía de éste resulta indiscutible y necesaria, ya que la adaptación con el Derecho extranjero es imposible¹³⁶. Justamente por esta razón, Francescakis se pronunció por la inaplicabilidad de las normas de conflicto del foro a situaciones jurídicas que han sido adquiridas en el extranjero sin conexión alguna con dichas normas¹³⁷.

Ante las innumerables críticas suscitadas por estas dos soluciones, la doctrina planteó algunas tesis intermedias. Resalta, en primer término, la solución basada en el respeto a las situaciones

¹³⁴ LAGARDE (nota 126), pp. 468-470.

¹³⁵ FERNÁNDEZ ROZAS y SÁNCHEZ LORENZO (nota 90), p. 408.

¹³⁶ CARRILLO SALCEDO (nota 124), pp. 243-245.

¹³⁷ FRANCESCAKIS (nota 6), p. 165.

jurídicas válidamente creadas propuesta por Niederer¹³⁸, Makarov¹³⁹ y Meijers^{140 141}, a esta solución volveremos al estudiar aquella institución. Verplaetse, por su parte, afirmó que si la cuestión principal resulta regulada por el Derecho del foro, será el sistema conflictual de éste, el encargado de indicar el ordenamiento jurídico aplicable a la cuestión incidental. Si, en cambio, es un Derecho extranjero el competente para regular la cuestión principal, la competencia de la norma indirecta del foro no puede mantenerse y será la disposición conflictual extranjera la competente para indicar el Derecho aplicable a la cuestión incidental¹⁴².

Ahora bien, el sistema venezolano cuenta, en materia de cuestión incidental con dos normas que recogen idénticas soluciones: el artículo 8 de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho internacional privado y el artículo 6 de la Ley de Derecho Internacional Privado¹⁴³. Ninguna de estas normas impone al juez alguna de las dos soluciones tradicionales en la materia, es decir, resolver la cuestión incidental de acuerdo a la norma de conflicto del foro (*Lex fori*) o de acuerdo con las normas de conflicto del ordenamiento jurídico que rige la cuestión principal (*Lex causae*).

De acuerdo con las normas citadas las cuestiones previas, preliminares o incidentales que pueden surgir con motivo de una cuestión principal, no deben resolverse necesariamente de acuerdo con el Derecho que regula esta última. Aunque algunos autores ven en esta redacción cierta inclinación hacia la solución *Lex causae*¹⁴⁴, en nuestra opinión la *ratio legis* de esta norma es dar discrecionalidad al juez para resolver de manera equitativa el caso concreto, es decir, el juez favorecerá la solución que le permita llegar a un resultado justo. En efecto, con esta solución se

¹³⁸ W. NIEDERER, *Einführung in die allgemeinen Lehren des internationalen Privatrechts*, Zurich, 1954, pp. 319 ss.

¹³⁹ A. MAKAROV, « Les cas d'application des règles de conflit étrangères ». *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1955, pp. 431 ss., especialmente p. 448.

¹⁴⁰ E.M. MEIJERS, « La question du renvoi », *Bulletin de l'Institut juridique international*, 1938 N° XXXVIII: 216 ss., especialmente p. 224 ss.

¹⁴¹ La solución propuesta por estos autores, fue recogida por el artículo 21,2 del Proyecto Uniforme de Benelux (1968) al disponer: “Cuando una relación jurídica ha nacido o se ha extinguido fuera de Bélgica, los Países Bajos y Luxemburgo, conforme a la ley aplicable según el Derecho internacional privado de los países a que dicha relación jurídica concernía esencialmente en momento de su nacimiento o de su extinción, tal nacimiento o extinción serán igualmente reconocidos en Bélgica, los Países Bajos y Luxemburgo, aun con derogación del derecho aplicable en virtud de las disposiciones de la presente Ley”.

¹⁴² J. VERPLAETSE, *Derecho internacional privado*, Madrid, 1954, pp. 296-297.

¹⁴³ La redacción del artículo 8 de la Convención fue propuesta, precisamente, por la delegación venezolana. Ver: Actas y Documentos, Segunda Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho internacional privado (CIDIP-II), 1980, Washington, Vol. III: 442.

¹⁴⁴ MAEKELT (nota 77), pp. 172-173 y MAEKELT (nota 18), p. 37.

pone de manifiesto la libertad dada al juez para resolver el caso concreto de acuerdo con la justicia material.

Podemos concluir que nuestro sistema se adapta, en esta materia, a las más modernas tendencias, al no atar al juez con una solución rígida, sino que más bien le permite, de acuerdo al resultado obtenido a través de ambas soluciones, aplicar la que más favorezca la solución equitativa del caso concreto, he aquí el carácter valorativo de la cuestión incidental en el Derecho internacional privado. Así, pocas han sido las legislaciones nacionales que han consagrado esta institución, algunas por inclinarse hacia la solución a través de las normas de conflicto del foro, como es el caso de Alemania¹⁴⁵ y de España¹⁴⁶, sin embargo en el ámbito interamericano encontramos al Código Civil mexicano, cuyo artículo 14,IV¹⁴⁷ contiene una norma semejante a la de la Ley y la Convención, reafirmando la facultad dada al juez para buscar, en cada caso, la solución más justa.

VI. SITUACIONES JURÍDICAS VÁLIDAMENTE CREADAS

Uno de los principales obstáculos con que se encuentra la norma de conflicto es, justamente, el posible desconocimiento de una situación jurídica creada al amparo de un ordenamiento jurídico determinado, debido a la aplicación del Derecho por ella indicado. Por ello, ha sido necesario establecer una excepción a la actuación de la norma indirecta del foro y tal ha sido encontrada en la institución de los derechos adquiridos o, tal como se les conoce hoy día, situaciones jurídicas válidamente creadas.

Si en algo ha habido consenso a lo largo de la historia del Derecho internacional privado, ha sido precisamente en la aceptación de la necesidad de reconocer aquellos derechos subjetivos que se hayan formado a la luz de un ordenamiento jurídico extranjero. A pesar de que su razonamiento fue calificado como un sofisma¹⁴⁸, los estatutarios flamencos y holandeses del siglo XVII

¹⁴⁵ “...la cuestión preliminar se debe juzgar **siempre por el derecho internacional privado del foro** o, como también se dice a ratos, debe conectarse ‘independientemente’. Esa es la idea que prevalece ostensiblemente en la jurisprudencia alemana...”. En: G. KEGEL, *Derecho internacional privado*, (Trad. M. Betancourt Rey), Bogotá, Ediciones Rosaristas, 1982, pp. 205 ss., especialmente p. 211.

¹⁴⁶ “...sea cual sea la ley aplicable a la cuestión principal, únicamente podrán utilizarse normas de conflicto españolas en la selección de la ley aplicable a la cuestión previa. A partir de aquí, el ordenamiento español sólo admite una solución de la cuestión previa basada en la aplicación del Derecho material extranjero”. En: FERNÁNDEZ ROZAS y SÁNCHEZ LORENZO (nota 90), p. 412.

¹⁴⁷ Código Civil mexicano, Art. 14,IV: “Las cuestiones previas, preliminares o incidentales que pueden surgir con motivo de una cuestión principal, no deben resolverse necesariamente de acuerdo con el derecho que regule a esta última,...”.

¹⁴⁸ PARRA-ARANGUREN (nota 9), p. 194.

apoyaron en el respeto a los derechos adquiridos, la solución que dieran a la necesidad práctica de aplicar normas provenientes de legisladores distintos del propio.

Lo vieron también así los ingleses, herederos comerciales y doctrinales de los holandeses, quienes llegaron incluso a afirmar, bajo la fórmula de los *vested rights*, que los jueces no aplican Derecho extranjero sino que reconocen los derechos adquiridos bajo su autoridad. Albert van Dacey¹⁴⁹, cuya obra se ubica en 1896, es reconocido como el autor de esta tesis, cuya principal crítica radica en la imposibilidad lógica de separar el derecho subjetivo del Derecho objetivo, conforme al cual debe examinarse si aquél fue o no adquirido debidamente, además si se reconoce un derecho adquirido en el extranjero, debe reconocerse necesariamente la Ley creadora de ese derecho.

Más tarde, en 1932, un profesor de la Universidad de Harvard, Joseph Beale, continuó desarrollando esta doctrina. Para él los jueces no aplican Ley extranjera sino que reconocen los derechos adquiridos bajo la autoridad de esa Ley, o lo que es lo mismo, la Ley no viaja, lo que tiene actuación migratoria es el derecho adquirido. Tal tesis se vio reflejada en el tan criticado *Restatement of law of the conflicts of laws first*, promovido por el *American Law Institute* en 1934.

Con estas reseñas queremos destacar que el problema primigenio del Derecho internacional privado fue la aplicación extraterritorial del Derecho y que, a pesar de la postura decididamente territorialista de las escuelas clásicas, éstas tropezaron con ciertas situaciones, válidamente constituidas conforme a un ordenamiento jurídico determinado, que no podían verse afectadas al ser juzgadas por una autoridad de un Estado diferente de aquel en el que fueron creadas.

La justicia exige –nos dice Francisco Gerardo Yanes en su *Memorandum*– que los derechos adquiridos en el extranjero sean respetados, aun a costa de lo dispuesto por la norma de conflicto del foro¹⁵⁰. En efecto, siempre ha estado clara la necesidad del reconocimiento de estas situaciones. El problema –así lo estimó el propio Savigny– está en determinar si los derechos son

¹⁴⁹ A. VAN DICEY, *A Digest of the Law of England: with Reference to the Conflict of Laws*, London, Stevens and Sons, Boston, Boston Book Co., 1896.

¹⁵⁰ F.G. YANES, *Memorandum de Derecho internacional privado*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Clásicos Jurídicos Venezolanos N° 1, 2007, p. 154.

debidamente adquiridos, para lo cual es necesario previamente saber de acuerdo con cuál legislación debe ser evaluada esta adquisición¹⁵¹.

Así, varios autores han propuesto diversas teorías. Para Pillet, por ejemplo, un derecho sólo puede considerarse válidamente adquirido cuando su adquisición tuvo lugar conforme al Derecho declarado aplicable por la norma de conflicto del foro, en consecuencia estos derechos adquiridos carecen de eficacia *ex proprio vigore*¹⁵². Esta solución fue acogida por el ordenamiento jurídico peruano, cuyo Código Civil exige, para que un derecho se considere regularmente adquirido, que se haya constituido al amparo de un ordenamiento extranjero competente según las normas peruanas de Derecho internacional privado¹⁵³.

Esta tesis ha sido criticada por las mismas razones que criticada ha sido la fórmula elegida por el artículo 8 del Código Bustamante, según el cual “*Los derechos adquiridos al amparo de las reglas de este Código tienen plena eficacia extraterritorial en los Estados contratantes, salvo que se opusiere a alguno de sus efectos o consecuencias una regla de orden público internacional*”. En nuestra opinión, esta norma constituye sólo una hermosa fórmula, sin trascendencia alguna, pues ordena respetar los derechos adquiridos de acuerdo con la legislación declarada competente por sus reglas de conflicto y, en semejante situación, el pretendido reconocimiento sólo podría resultar del natural del funcionamiento del sistema conflictual del juez¹⁵⁴. Si éste llegare a ordenar la aplicación de un ordenamiento jurídico que no reconozca la situación concreta, no habría otra posibilidad.

Respeto de la norma contenida en el Código Bustamante, Gonzalo Parra-Aranguren ha afirmado que “*...resulta indiscutible que la doctrina del respeto a los derechos adquiridos entendida de esa manera, no agrega nada al método clásico para resolver problemas de Derecho internacional privado, porque el derecho que será protegido es aquél creado como consecuencia*

¹⁵¹ SAVIGNY (nota 61), p. 195.

¹⁵² A. PILLET, *Principios de Derecho internacional privado*, (Trad. N. Rodríguez Aniceto y C. González Posada), Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1923, Tomo I, pp. 33-39.

¹⁵³ Código Civil peruano, Art. 2.050: “*Todo derecho regularmente adquirido al amparo de un ordenamiento extranjero, competente según las normas peruanas de Derecho Internacional Privado, tiene la misma eficacia en el Perú, en la medida en que sea compatible con el orden público internacional o con las buenas costumbres*”.

¹⁵⁴ “*La doctrina de los derechos adquiridos no puede desempeñar un papel importante cuando los problemas son resueltos exclusivamente a través de normas bilaterales de Derecho internacional privado, porque si este método es seguido de forma estricta, un derecho subjetivo sólo puede considerarse debidamente adquirido cuando ha sido creado por el ordenamiento jurídico competente por mandato de la norma de conflicto. Por tanto hablar de derechos adquiridos en semejante caso sería un simple truismo, porque el derecho no tiene existencia por sí y sólo nace como consecuencia del funcionamiento de la regla de conflicto del forum*”. Ver: PARRA-ARANGUREN (nota 9), pp. 194-195.

*del funcionamiento de la norma de conflicto del forum. Por tanto, es superfluo hablar de reconocimiento de derechos legítimamente adquiridos en el extranjero*¹⁵⁵.

El propio autor reafirma que no tendría razón de ser una excepción que no fuera tal, es decir, no tendría utilidad real para el Derecho internacional privado una excepción que ratifique el funcionamiento de la norma de conflicto del juez. Para ejemplificar esta afirmación, siguiendo a Francisco Gerardo Yanes¹⁵⁶, Parra-Aranguren recurre a las relaciones que al nacer son puramente domésticas y, en un momento posterior, se internacionalizan y son juzgadas en un Estado diferente. Sería inaceptable –sostiene el autor– que un matrimonio, válido conforme a la única legislación con la cual se encontraba vinculada al momento de su nacimiento, pueda considerarse nulo años más tarde porque así lo disponga el Derecho competente según la norma de conflicto del juez. *“La justicia exige que el problema sea resuelto según la única ley vinculada con el matrimonio cuando fue contraído, a pesar de que la norma de conflicto del forum atribuya competencia a otra legislación”*. No existe una justificación razonable para aplicar la norma de conflicto del foro a una situación que, al momento de crearse, no tuvo contacto alguno con el foro, sino que sus vinculaciones con éste fueron posteriores a su debida constitución¹⁵⁷.

Para estos supuestos, Gothot parte de la idea según la cual un derecho adquirido sólo existe cuando ha sido creado conforme a un Derecho determinado y, en vista que la norma de conflicto del foro no puede intervenir en aquellos supuestos conectados en su origen con un solo ordenamiento jurídico y que se convierten en internacionales en un momento posterior, parece adecuado acudir al método unilateral para seleccionar el Derecho extranjero que quiere ser aplicado y que ha creado esa situación¹⁵⁸. Tal solución que luce en principio razonable, no funciona cuando se trata de relaciones que al momento de nacer tienen contactos con más de un ordenamiento jurídico. En estos casos, puede ocurrir que ninguno de los Derechos vinculados tenga interés en regular la relación (conflicto negativo) o que varios de ellos se interesen en ser aplicados (conflicto positivo)¹⁵⁹. Recordemos que la respuesta al conflicto negativo viene generalmente dada por la aplicación de la norma de conflicto del foro, lo cual nos lleva de vuelta al problema que estamos tratando de resolver.

¹⁵⁵ PARRA-ARANGUREN (nota 9), p. 196.

¹⁵⁶ YANES (nota 150), pp. 154-155.

¹⁵⁷ PARRA-ARANGUREN (nota 9), pp. 196-197.

¹⁵⁸ P. GOTHOT, « Le renouveau de la tendance unilatéraliste en Droit international privé », *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1971, Tomo 50, pp. 1-36, 209-243, 415-450, especialmente pp. 420-421 y 430.

¹⁵⁹ PARRA-ARANGUREN (nota 9), p. 198.

Para el conflicto positivo destaca la solución propuesta por Meijers¹⁶⁰. En su opinión, las normas de conflicto del foro no deben aplicarse cuando todas las leyes conectadas con la relación jurídica, al tiempo de su creación o de su extinción, coinciden en declarar a una sola de ellas como competente, por lo que este acuerdo debía ser reconocido en todos los sistemas. En este caso no habría conflicto de Leyes, sino más bien concurrencia, lo cual haría inaceptable aplicar la norma de conflicto del foro.

Esta teoría se refleja en el artículo 7 de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, norma según el cual “*Las situaciones jurídicas creadas en un Estado Parte de acuerdo con todas las leyes con las cuales tengan una conexión al momento de su creación, serán reconocidas en los demás Estado Partes, siempre que no sean contrarias a los principios de su orden público*”.

En primer lugar, hemos de reconocer que esta disposición mejora la contenida en el Código Bustamante, al referirse a “*situaciones jurídicas*” y no a “*derechos adquiridos*”¹⁶¹. Además, ordena que las mismas se hayan constituido de acuerdo con “*todas las leyes*” con las cuales la relación haya tenido contacto al momento de su creación.

Comentando esta disposición, Neuhaus ha sugerido una interpretación amplia a fin de obtener los mejores resultados. Así, debe entenderse que, a pesar de su redacción, ella no exige que la creación de la situación jurídica se ajuste al mandato de la Ley interna de todos los Estados conectados con el supuesto de hecho, sino que es suficiente que la misma sea conforme con la legislación declarada aplicable por sus respectivas normas de conflicto¹⁶².

Ahora bien, si esa concurrencia no existe, es decir, si las Leyes conectadas con la relación al momento de su constitución indican varios Derechos como competentes, con lo cual se produciría un conflicto de segundo grado de sistemas de Derecho internacional privado,

¹⁶⁰ E. MEIJERS, « La question du renvoi », *Bulletin de l'institut Juridique International*, 1938, Vol. XXXVIII, pp. 191 ss., especialmente 225-226.

¹⁶¹ Por proposición de la delegación venezolana se cambió la expresión “*relaciones jurídicas*” por “*situaciones jurídicas*”, por considerar mucho más amplia esta última, pues no sólo incluye los actos jurídicos sino también cualquier clase de hechos que produzcan consecuencias en el mundo del Derecho. Ver: PARRA-ARANGUREN (nota 9), pp. 207-208.

¹⁶² P.H. NEUHAUS, “Las convenciones interamericanas de Derecho internacional privado vistas por un europeo”, *Anuario Jurídico Interamericano*, Washington, Secretaría General de la OEA, 1982, pp. 165 ss., especialmente p. 172.

Makarov¹⁶³ aconseja, a partir de lo que llama “*cambio local de las normas de conflicto*” (*örtlicher Kollisionsnormenwechsel*), propuso que debía tomarse en cuenta la legislación designada, no por la “*totalidad*”, sino por la “*mayoría preponderante*” de las Leyes conectadas con el supuesto de hecho.

Más tarde, el propio autor complementó sus ideas con la recomendación de investigar si las partes, al momento de realizar el acto en cuestión, pudieron haber previsto el tribunal que decidiría una eventual controversia entre ellas. De tal manera, la norma de conflicto será aplicable si, para el momento de nacimiento de los hechos que dan origen a la controversia, los tribunales del foro tenían jurisdicción para conocer de la causa, o si las partes pudieron haber previsto tal circunstancia, de lo contrario deberá aplicarse el Derecho declarado como competente por la mayoría de los Derechos conectados con la situación al momento de su nacimiento.

Es necesario en todo caso considerar, tal como lo propuso Francescakis, que el análisis de la validez de las situaciones jurídicas válidamente creadas y su consideración como excepción al funcionamiento de la norma de conflicto del foro, debe llevarse a cabo en función de la conexión que pueda tener la situación con el foro, de manera que, en ausencia de conexión, no se justifica la aplicación de la norma de conflicto propia y debe privilegiarse la aplicación de la norma de conflicto extranjera¹⁶⁴.

Parra-Aranguren reconoce que este concepto de conexión no es nuevo para el Derecho internacional privado¹⁶⁵. En efecto, al analizar el funcionamiento del orden público, ya Kahn se había referido a la noción de *Inlandsbeziehung*, según la cual se exige cierta conexión entre la relación jurídica de que se trate y el foro, de manera que si la situación litigiosa no ha de producir sus efectos en el foro, no es importante el Derecho que se aplique, pues en ese Estado las normas protegidas por el orden público no entrarán en concurrencia con algún otro Derecho¹⁶⁶.

¹⁶³ A. MAKAROV, « Les cas d'application des règles de conflits étrangers », *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1955, Vol. XLIV, pp. 431 ss., especialmente pp. 445-446.

¹⁶⁴ FRANCESCAKIS (nota 6), p. 196.

¹⁶⁵ PARRA-ARANGUREN (nota 9), p. 210.

¹⁶⁶ F. KAHN, „Die Lehre vom ordre public (Prohibitivgesetze)“, *Jherings Jahrbücher*, 1898, pp. 1 ss; publicado también en *Abhandlungen zum Internationalen Privatrecht*, München, Leipzig, 1928, Tomo I, pp. 161 ss.

Ahora bien, llama la atención, por no ajustarse a las propuestas analizadas, la solución consagrada por el Código Civil mexicano, el cual, en su artículo 13,I, reconoce las situaciones jurídicas válidamente creadas en un Estado extranjero conforme a dicho Derecho extranjero¹⁶⁷.

Tampoco se ajusta a estas propuestas, la solución contenida en el artículo 5 de la Ley de Derecho Internacional Privado venezolana. En efecto, la norma citada dispone: “*Las situaciones jurídicas creadas de conformidad con un Derecho que se atribuya competencia de acuerdo con criterios internacionalmente admisibles producirán efectos en la República, a no ser que contradigan los objetivos de las normas venezolanas de conflicto, que el Derecho venezolano reclame competencia exclusiva en la materia respectiva, o que sean manifiestamente incompatibles con los principios esenciales del orden público venezolano*”.

Es importante observar diversas cuestiones con relación a esta norma. En primer lugar, esta disposición, al igual que la Convención Interamericana, hace referencia a “*situaciones jurídicas*” y no se limita a los “*derechos adquiridos*”, tendencia que se corresponde con la doctrina moderna al abarcar un conjunto de situaciones distintas a los derechos propiamente dichos¹⁶⁸.

Por otra parte, la Ley venezolana mejora sin duda las disposiciones de las fuentes internacionales, al prescribir el reconocimiento de esas situaciones jurídicas válidamente creadas por un Derecho distinto al seleccionado por sus normas indirectas, específicamente, de conformidad con un Derecho que se atribuya competencia de acuerdo con “*criterios internacionalmente admisibles*”. Esto se traduce en una importante contribución para resolver los supuestos de hecho con elementos de extranjería, resultando mucho más flexible que el ya comentado artículo 7 de la Convención Interamericana.

Ahora bien, estos “*criterios internacionalmente admisibles*” van a ayudar al juez a determinar el ordenamiento jurídico de acuerdo con el cual, debe apreciarse la debida constitución de la situación jurídica. Cabe entonces preguntarse ¿Cuáles son los criterios internacionalmente admisibles? El que sean considerados como internacionalmente admisibles nos conduce a pensar en un análisis de Derecho comparado, es decir, en cierta aceptación por parte de los diversos sistemas de Derecho internacional privado.

¹⁶⁷ Código Civil mexicano, Art. 3,I: “*Las situaciones jurídicas válidamente creadas en las entidades de la República o en un Estado extranjero conforme a su derecho, deberán ser reconocidas*”.

¹⁶⁸ MAEKELT (nota 13), p. 79.

Así, podríamos pensar que la Ley se refiere a reglas tales como la *lex rei sitae* o la *locus regit actum* o a la aplicación de la ley nacional o domiciliar al estado y capacidad de las personas físicas. Mas debemos añadir que, a pesar que algunos de estos criterios puedan efectivamente calificarse como internacionalmente admisibles, si están contenidos en el sistema venezolano, no podrán utilizarse en el sentido del artículo 5, pues de esta manera estaríamos aplicando nuestras propias normas de conflicto, lo cual merecería todas las críticas que en su momento hiciéramos al Código Bustamante.

En todo caso, el carácter valorativo que reviste hoy día esta institución, invita al juez a orientar su decisión hacia el reconocimiento de las situaciones jurídicas creadas conforme a un Derecho extranjero, salvo las limitaciones consagradas en los instrumentos normativos citados. Así, en primer lugar, las tres normas analizadas señalan al orden público como uno de esos límites, Copn algunas sutiles diferencias. Por ejemplo, la Ley de Derecho Internacional Privado señala que la incompatibilidad con los principios esenciales debe ser manifiesta, cuestión que no especifica la Convención Interamericana. Igualmente llama la atención la consagración de un orden público *a posteriori* en el artículo 5 del Código Bustamante, pues una de sus características esenciales es la consagración apriorística de tal figura.

En relación con el funcionamiento del orden público en esta materia, conviene tener en cuenta, como ha expresado Niboyet, que esta institución, conservando su naturaleza, variará en su intensidad según se trate de la creación o el reconocimiento de derechos y, en este último caso, sólo produce el efecto negativo, jamás el positivo¹⁶⁹. En efecto, puede ocurrir que un acto, que en sí mismo es contrario al orden público local, sea sancionado en él en tal o cual de sus consecuencias, si esta consecuencia es en sí misma compatible con el citado orden público¹⁷⁰. Francescakis no se muestra muy conforme con esta tesis pues entiende que no puede establecerse con precisión suficiente, la diferencia entre los derechos y sus efectos. En realidad las cuestiones jurídicas que se presentan como *efectos* de una situación anterior, pueden también ser considerados como derechos independientes¹⁷¹. En todo caso, entendida así esta tesis, parece

¹⁶⁹ J.P. NIBOYET, *Manuel de Droit international privé*, 10ª ed., Paris, Recueil Sirey, 1928, pp. 562-568.

¹⁷⁰ PILLET (nota 152), Tomo II, pp. 359-360.

¹⁷¹ P. FRANCESKAKIS, « Ordre public », *Encyclopédie Juridique Dalloz, Répertoire de Droit International, F-Z*, 1969, pp. 498 ss., especialmente p. 503.

acercarse, más que a los derechos adquiridos, a la discrecionalidad del juez en el juego del orden público¹⁷².

Bien, la Ley de Derecho internacional privado añade dos excepciones más. Así, en primer término, el artículo 5 hace referencia, al igual que el artículo 2 *eiusdem*, a “*los objetivos de las normas venezolanas de conflicto*”, cuya contradicción se traduciría en el desconocimiento situaciones jurídicas válidamente creadas. En segundo lugar, tampoco se reconocerán cuando “*el Derecho venezolano reclame competencia exclusiva en la materia respectiva*”, en este sentido podemos mencionar el caso de los inmuebles situados en Venezuela, a los cuales siempre les será aplicado el Derecho venezolano. También podríamos mencionar los casos de materias reguladas por normas de aplicación necesaria.

Además de esta norma de carácter general, la Ley venezolana consagra dos normas que reflejan este principio. Nos referimos, en primer lugar, al artículo 17, según el cual “*El cambio de domicilio no restringe la capacidad adquirida*”. En segundo término, el artículo 28, norma que ordena el respeto a las situaciones jurídicas válidamente creadas en el caso de desplazamiento de bienes muebles, lo cual no afecta los derechos adquiridos conforme a la Ley de la anterior situación¹⁷³.

Finalmente, debemos reseñar una decisión de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 9 de agosto de 2008, en la cual se aplicó el artículo 7 de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado¹⁷⁴. A través de esta decisión, la Sala busca aclarar el tema del Derecho aplicable a una relación laboral que se convino en Argentina y se ejecutó primero en Argentina, luego en Guatemala y finalmente en Venezuela.

Al respecto, la Sala afirmó que “*...De conformidad con el artículo 10 de la Ley Orgánica del Trabajo se aplica la ley venezolana para el período laborado en Venezuela; por aplicación de la Ley de Derecho Internacional Privado, al no haber sido definido el derecho aplicable a la relación laboral por voluntad de las partes, en conformidad con la Convención Interamericana*

¹⁷² C. ESPLUGUES MOTA, *La relatividad del orden público en el Derecho internacional privado español*, (Tesis de licenciatura), Valencia, Universidad de Valencia, s/f, p. 41.

¹⁷³ W. GOLDSCHMIDT, “El Proyecto venezolano de Derecho Internacional Privado”, *Revista del Ministerio de Justicia*, N° 50, Caracas, 1985, pp. 70 ss., especialmente pp. 86-87.

¹⁷⁴ Tribunal Supremo de Justicia en Sala de Casación Social, Aclaratoria N° AA60-S-2004-001213, 09/08/2008, (Enrique Emilio Álvarez Centeno contra Abbott Laboratories, C.A. y otra), en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Agosto/1099-090805-041213.htm>

sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, suscrita y ratificada por Venezuela, Argentina y Guatemala, conjuntamente con la Ley de Derecho Internacional Privado, la Sala revisó el derecho laboral de Argentina y de Guatemala y estableció que estas normativas no eran contrarias a los principios constitucionales y de orden público que rigen el ordenamiento jurídico venezolano, razón por la cual declaró aplicable el derecho de Argentina para el período laborado en Argentina y el derecho de Guatemala para el período laborado en Guatemala”.

La Sala reconoce, según lo que ha sido su criterio reiterado, que la Ley venezolana es de aplicación territorial para los servicios convenidos o prestados en Venezuela, de conformidad con el artículo 10 de la Ley Orgánica del Trabajo¹⁷⁵. De ello se deduce que si el trabajo ha sido convenido en Venezuela, el Derecho venezolano se aplica a la vigencia completa del contrato laboral, aunque el servicio sea prestado fuera del territorio venezolano¹⁷⁶; y, si el trabajo ha sido prestado en Venezuela, el Derecho venezolano es aplicado sólo para el período laborado en Venezuela, cuando el servicio es convenido fuera del país¹⁷⁷.

Así, al determinar la Sala que las partes no eligieron el Derecho aplicable al contrato de trabajo, tal como lo permitiría el artículo 29 de la Ley de Derecho Internacional Privado, “...se confirmó que la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, suscrita y ratificada por Venezuela, Argentina y Guatemala establece en su artículo 7° la posibilidad del reconocimiento de los derechos adquiridos por aplicación de otros ordenamientos jurídicos, siempre que no sean contrarios a los principios de su orden público”, por lo cual aplicó cada uno de estos derechos a la fracción de la relación laboral prestada en cada uno de esos territorios.

VII. ADAPTACIÓN

El normal funcionamiento del sistema conflictual puede conducir al fraccionamiento del Derecho aplicable a una relación jurídica, sea porque se trate de una relación jurídica que constituya un fenómeno complejo, como ocurre en el caso de los contratos, regidos por Derechos diferentes en función de sus diversos elementos (capacidad, fondo, forma, etc.), o debido a que nos

¹⁷⁵ Publicada en la Gaceta Oficial N° Extraordinario 5.152 de fecha 19/06/1997.

¹⁷⁶ Tal fue el criterio aceptado en: Tribunal Supremo de Justicia/Sala de Casación Social, Sentencia N° 377, 26/04/2004, (Frederick Plata vs. General Motors Venezolana C.A.), en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Abril/377-260404-04047.htm>

¹⁷⁷ Tribunal Supremo de Justicia/Sala de Casación Social, Sentencia N° 223, 19/09/2001, (Robert Cameron Reagor vs. Compañía Occidental de Hidrocarburos, Ins. o Compañía Occidental de Hidrocarburos OXY), en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Septiembre/c223-190901-01176.htm>

encontremos frente a diversas situaciones que se desencadenan a partir de un mismo hecho jurídico, por lo cual están estrechamente vinculadas, como ocurre en el caso de los derechos sucesorales del cónyuge sobreviviente. En estos casos es necesario adaptar los diferentes derechos aplicables a fin de obtener una solución armónica y justa.

Así, la adaptación no es más que un supuesto entre otros, donde de forma clara se muestra la insuficiencia de la técnica conflictual a la vez que sirve para demostrar hasta qué punto la coexistencia de técnicas de solución distintas y la flexibilidad que de las mismas se deriva es útil para mejorar la regulación de las relaciones privadas internacionales.

A pesar de ser reconocida como “*una de las figuras centrales del Derecho internacional privado actual*”¹⁷⁸, desde sus inicios, la adaptación ha sido objeto de complicados debates sobre sus requisitos de procedencia, su ámbito de actuación y la determinación de sus soluciones¹⁷⁹. De hecho, en un sentido amplio puede ser considerada como una especie de “*cajón de sastre*”, pues “*...Se verán adaptaciones en todas aquellas partes donde el juez justifique su postura en virtud de la justicia y de la equidad, pero sólo un análisis más profundo de las causas y efectos de la decisión judicial permitirá distinguir la adaptación de las demás técnicas preocupadas por una actuación coordinada y armoniosa de los sistemas jurídicos*”¹⁸⁰.

Nosotros, sin embargo, asumimos una noción de adaptación que la diferencia de las demás instituciones generales de Derecho internacional privado. En tal sentido, compartimos el concepto asumido por Ochoa Muñoz, para quien “*...la adaptación es una figura que responde estrictamente a los problemas de incompatibilidad de las legislaciones simultáneamente aplicables a una misma situación jurídica, y cuyo funcionamiento traslada al juez poderes especiales para desatender y modificar las normas en juego, en atención a la justicia material*”¹⁸¹.

¹⁷⁸ MAEKELT (nota 1), p. 332.

¹⁷⁹ J. OCHOA MUÑOZ, “Artículo 7. Adaptación”, VV.AA., *Ley de Derecho Internacional Privado comentada*, Caracas, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, UCV, Consejo de Desarrollo Científico y Humanístico, UCV, 2005, Tomo I, pp. 265 ss., especialmente p. 271.

¹⁸⁰ BOUZA VIDAL (nota 21), p. 24. En sus conclusiones (p. 189), la propia autora reconoce que “*La adaptación en sentido amplio es todo esfuerzo jurisprudencial que tiende a regular las relaciones privadas internacionales en aquellos supuestos en que no pueden o no deben respetarse los resultados a que conduce la actuación ‘normal’ de la norma de conflicto*”.

¹⁸¹ OCHOA MUÑOZ (nota 179), p. 272.

Así definida, ha de entenderse que para su actuación, la adaptación requiere de dos requisitos. El primero es el fraccionamiento del Derecho aplicable a una relación¹⁸², fenómeno reconocido como consecuencia de la actuación de la norma de conflicto¹⁸³. En segundo término, es necesario que se produzca una incompatibilidad entre los diversos sistemas aplicables, de manera que si son varios y no existe contradicción entre ellos, sino que pueden aplicarse armónicamente, no existe aún necesidad de adaptar. La incompatibilidad es, es opinión de Ochoa Muñoz, una posibilidad derivada del carácter local de las legislaciones materiales, en el sentido que éstas han sido dictadas para regular relaciones jurídicas domésticas y, por tanto, sus grupos normativos se complementan e integran entre sí conformando sistemas armónicos¹⁸⁴. Mas no tiene el legislador estatal, debemos añadir, la obligación de adaptarse a las regulaciones de sistemas extranjeros.

Debe entonces adaptarse cuando exista “una contradicción de dos o más regímenes materiales competentes a un mismo tiempo”¹⁸⁵. Tal proceso implicará una modificación, bien de la norma

¹⁸² Ya Wolff había identificado este problema, como consecuencia de las calificaciones. Sin embargo, no lo reconocía como parte del Derecho internacional privado. En efecto, afirmaba el autor: “...los problemas a los que conducen las diferencias de calificación no son tan insolubles como a veces se sugiere y no necesitan la interpretación caótica construida por la doctrina de la *lex fori*. Las verdaderas dificultades consisten en el ajuste de varios sistemas jurídicos internos que actúan juntos con respecto a la misma serie de hechos. Las cuestiones que surgen en este dominio, no están sin embargo relacionadas con el Derecho internacional privado, sino con la interpretación correcta de las reglas internas. No pueden surgir donde sólo se aplica un sistema jurídico, sino que emergen únicamente cuando están en discusión hechos que contienen elementos extranjeros”. WOLFF (nota 115), p. 160. Una idea similar había sido expuesta por Raape en su curso de La Haya. En opinión del autor alemán, “*En face de ce cas normal il en est où les faits ne se rattachent pas à un seul système juridique, mais à plusieurs. Pour une partie, c’est la conséquence du principe, nommé par Kahn principe de spécialisation. Il y a des statuts spéciaux pour la capacité de contracter, la capacité de jouissance des droits, la forme, etc., statuts compétents à côté du statut compétent pour le cas en général, le « Wirkungsstatut », comme dit Zitelmann, la lex causae. Nous rencontrons ce phénomène aussi ailleurs... C’est un problème spécial. Ce n’est pas un problème de Droit international privé au sens propre de cette branche du droit, car le conflit des lois est déjà résolu; la loi applicable est fixée*”. L. RAAPE, « Les rapports juridiques entre parents et enfants comme point de départ d’une explication pratique d’anciens et de nouveaux problèmes du Droit international privé », *Recueil des Cours*, 1934, Tomo 50, pp. 401 ss., especialmente pp. 496-498.

¹⁸³ Al respecto, Parra-Aranguren estima que el recurso al método analítico por las normas de conflicto puede conducir a una pluralidad de ordenamientos jurídicos aplicables a la misma situación, y al mismo tiempo permite hipótesis de acumulación o carencia de normas. Por tanto es imprescindible la necesaria adaptación (*Angliechung*), con el propósito de estructurar en forma coherente los diversos segmentos de las distintas Leyes aplicables. Esta tarea se logra a través del método sintético-judicial, que persigue resolver el caso concreto de manera directa e inmediata, conforme a su “*entelequia particular*” y según la idea de justicia”. Ver: G. PARRA-ARANGUREN, “La Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado (Montevideo, 1979)”. *Anuario Jurídico Interamericano*, Secretaría General de la OEA, 1979, pp. 157 ss., especialmente p. 184. Debemos destacar el término “*método sintético judicial*” fue acuñado por Werner Goldschmidt, para referirse al tercer método de solución de los problemas del Derecho internacional privado, con el cual corresponde al juez establecer la correcta síntesis entre los fragmentos de leyes diversas. Ver: GOLDSCHMIDT (nota 123), pp. 176-179).

¹⁸⁴ OCHOA MUÑOZ (nota 179), p. 274. Al respecto, Bouza Vidal sostiene que “...la necesidad de adaptación surge ante la quiebra de la lógica, coherencia y sistemática con que cada derecho interno regula las relaciones jurídico-privadas”. BOUZA VIDAL (nota 21), p. 30.

¹⁸⁵ KEGEL (nota 145), p. 194.

de conflicto o bien de las normas materiales simultánea o sucesivamente aplicables, para que pueda tener lugar una regulación armoniosa y coherente del supuesto internacional¹⁸⁶. Se trata en definitiva de una solución de Derecho internacional privado y de una solución de Derecho material privado, en palabras de Kegel. En efecto, de acuerdo con la solución conflictual, el fraccionamiento jurídico de la relación será atacado mediante la selección de una única norma de conflicto. *“Se trata, por decirlo así, de una calificación especial para un fin especial, el de evitar la contradicción de normas. Es una solución preventiva”*. La solución material, por su parte, vendrá dada por la manipulación de uno de los Derechos materiales en presencia, atacando de esta manera la incompatibilidad. Es una *“solución curativa”*¹⁸⁷.

Ambas soluciones generan ciertos problemas y ninguna resulta absolutamente satisfactoria. En relación con la solución conflictual, el primer problema a enfrentar por el operador jurídico será la determinación de la norma de conflicto que será desaplicada. Partiendo de las ideas del propio Kegel, quien no da una respuesta especial a este problema, sino que propone de manera general *“la ponderación de intereses en cada caso”*¹⁸⁸, Ochoa Muñoz propone *“sacrificar los intereses menos sólidos para proteger los de mayor importancia”*, mas reconoce que *“nunca es fácil determinar tales intereses y menos lo es cotejarlos, aún después de un profundo estudio”*¹⁸⁹.

En todo caso, el propio Ochoa Muñoz, quien no se muestra favorable a la solución conflictual, estima que *“...cualquier decisión en este sentido estará principalmente condicionada al respeto de los derechos adquiridos, de manera que no podrá desaplicarse norma de conflicto alguna, cuando ello conduzca a conculcar derechos ya adquiridos. En segundo lugar, pensamos que el grado mayor de proximidad de la situación planteada con respecto a alguna de las legislaciones en conflicto, también debe ser un elemento importante para guiar la solución”*¹⁹⁰.

En relación con la solución material, Alfonsín afirmó que la misma no respeta el contenido de las normas aplicables, *“...transformando en legislador al juez o al práctico, y autorizándolos a regular relaciones extranacionales con arreglo a sus propias ideas de justicia”*¹⁹¹. Por ello, en opinión de Ochoa Muñoz, esa potestad que se le traslada al juez no puede entenderse en términos

¹⁸⁶ BOUZA VIDAL (nota 21), pp. 12 y 29.

¹⁸⁷ KEGEL (nota 145), p. 197.

¹⁸⁸ KEGEL (nota 145), p. 197.

¹⁸⁹ OCHOA MUÑOZ (nota 179), p. 279.

¹⁹⁰ OCHOA MUÑOZ (nota 179), p. 279.

¹⁹¹ ALFONSÍN (nota 32), p. 627.

de una absoluta libertad de decisión, que pueda conducir a desafueros y arbitrariedades sin posibilidad de control por las instancias superiores. En su opinión, la libertad del juez de decidir conforme a la justicia material está circunscrita al contenido de cada una de las legislaciones en conflicto, quedando limitada en consecuencia por su alcance¹⁹².

Quizá por las dificultades que presentan cada una de estas soluciones, Maekelt afirmó que en materia de adaptación no existen reglas definitivas y la solución debe depender, en todo caso, de las características de cada situación y del juez, cuya tarea será encontrar la solución más idónea. Destaca así el carácter valorativo de esta institución que permite combatir el excesivo formalismo y procurar un resultado funcional acorde con la justicia material. Haciéndose eco de las ideas de Neuhaus, la autora recomienda considerar a la adaptación como una vía de excepción, de manera de no vulnerar la seguridad jurídica¹⁹³.

En relación con el sistema venezolano de Derecho internacional privado, debemos afirmar que también en esta materia coinciden la Convención Interamericana de Normas Generales y la Ley de Derecho Internacional Privado. En efecto, los artículos 9 y 7 de los citados instrumentos regulan la adaptación, sin inclinarse por alguna de las dos soluciones mencionadas *supra*. Ambas normas refieren, en primer término, que los diversos Derechos que puedan ser competentes para regular los diferentes aspectos de una misma relación jurídica, serán aplicados armónicamente, procurando realizar las finalidades perseguidas por cada uno de dichos Derechos. *“Las posibles dificultades causadas por su aplicación simultánea se resolverán teniendo en cuenta las exigencias impuestas por la equidad en el caso concreto”*.

Con estas normas se adoptan dos principios: en primer lugar, puede afirmarse que los diversos aspectos de una misma relación pueden estar regidos por diversos Derechos, configurándose lo que la doctrina ha denominado *dépeçage*¹⁹⁴; y, en segundo término, se nota el abandono de

¹⁹² OCHOA MUÑOZ (nota 179), p. 227.

¹⁹³ MAEKELT (nota 1), p. 335.

¹⁹⁴ La posibilidad de fraccionamiento ya había sido aceptada por la jurisprudencia venezolana, en el caso de la quiebra del Canal Once de Televisión: *“Es posible por autonomía de la voluntad de las partes, escoger un derecho aplicable a las obligaciones convencionales de carácter civil y/o mercantil, y otro distinto para la garantía de dichas obligaciones...”*. Ver: Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Mercantil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda, Sentencia N° 56-1, 12/03/1970, en: Jurisprudencia de Ramírez & Garay, Tomo XVIII, p. 96), confirmada en casación: Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia N° 252-71, 27/04/1971, en: Jurisprudencia de Ramírez & Garay, Tomo XXX, p. 395.

criterios conflictuales mecánicos, para favorecer un criterio orientador de fondo, la equidad en el caso concreto¹⁹⁵.

La solución elegida por estas normas se adapta muy bien a la opinión de Goldschmidt, en el sentido de regular la adaptación dando sólo pautas muy amplias al juez, de manera que éste goce de mayor libertad para alcanzar los fines perseguidos por los ordenamientos jurídicos involucrados¹⁹⁶. Mas esto puede traducirse, en modo alguno, en la posibilidad de convertir la adaptación en un instrumento de arbitrariedad en manos del juez, favoreciendo la tendencia de los tribunales a la aplicación sistemática de la Ley del foro ante la dificultad que plantea la actuación de la norma de conflicto¹⁹⁷.

Ahora bien, a pesar de las bondades que pueda tener la solución analizada, pueden plantearse diversas interrogantes a partir de ella. La primera está referida al momento en el cual el juez debe hacer uso de la adaptación; la segunda se refiere a los casos a los cuales debe limitarse la aplicación de este método.

En relación con la primera interrogante, podemos afirmar que esta técnica aparece indefectiblemente en la última fase de aplicación de la norma de conflicto, es decir, al aplicar en el foro, las normas materiales designadas como competentes por las normas formales. Así, la adaptación actúa, no en el momento de selección del Derecho aplicable, sino en un momento posterior de armonización de los diversos Derechos materiales que han sido designados por el sistema conflictual¹⁹⁸.

Ahora bien, ¿Debe limitarse el método de la adaptación a los casos de incompatibilidad entre los diversos Derechos aplicables a una misma situación jurídica? Debemos responder afirmativamente y en este sentido conviene diferenciar entre los supuestos que dan lugar a la adaptación en sentido estricto y aquellos otros que precisan de “sustitución” o “transposición” de instituciones¹⁹⁹, asentados estos últimos en la teoría de la equivalencia. La adaptación se plantea

¹⁹⁵ Similar disposición contiene el Código Civil mexicano en su artículo 14,V: “Cuando diversos aspectos de una misma relación jurídica estén regulados por diversos derechos, estos serán aplicados armónicamente, procurando realizar las finalidades perseguidas por cada uno de tales derechos. Las dificultades causadas por la aplicación simultánea de tales derechos se resolverán tomando en cuenta las exigencias de la equidad en el caso concreto”.

¹⁹⁶ GOLDSCHMIDT (nota 11), p. 153.

¹⁹⁷ BOUZA VIDAL (nota 21), p. 28.

¹⁹⁸ FERNÁNDEZ ROZAS y SÁNCHEZ LORENZO (nota 90), p. 376.

¹⁹⁹ La sustitución surge una vez resuelta la determinación del derecho aplicable a la cuestión principal y a la incidental; se busca averiguar si entre la norma material reguladora de la cuestión incidental y la reguladora de la cuestión principal existe una equivalencia suficiente que permita sustituir la relación considerada como condición

en todo caso en que, por resultar aplicables varios ordenamientos jurídicos diferentes a un mismo supuesto, se produce un desajuste en el resultado final²⁰⁰.

VIII. ORDEN PÚBLICO EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Tal como es concebido tradicionalmente, el orden público constituye una excepción al normal funcionamiento de la norma de conflicto cuando el Derecho a que la misma conduce, contiene disposiciones que resultan “*manifestamente incompatibles*” con los principios fundamentales del ordenamiento jurídico del foro, con lo cual el orden público, mecanismo de control de tales principios, frustra el normal funcionamiento del sistema conflictual, específicamente en su fase de aplicación del Derecho extranjero²⁰¹.

No es extraño encontrar en la doctrina referencias a que el nombre correcto de esta institución es orden público en el Derecho internacional privado, pues la expresión “*orden público internacional*” sugiere la existencia de principios universalmente aceptados y los principios que son defendidos por esta institución pertenecen a un ordenamiento estatal y ellos, según lo demuestra el Derecho comparado, pueden ser y efectivamente son distintos en los diversos Estados²⁰².

Además de no ser internacional, el orden público se caracteriza porque los principios que protege varían en tiempo y espacio, pues los mismos son particulares a cada Estado y están sujetos a evolución continua, de lo cual se deriva la necesidad, en relación con su variabilidad en el tiempo, de su actualidad²⁰³. El orden público es también flexible, pues constituye un juicio de

prejudicial para que tenga lugar un determinado efecto jurídico en el derecho interno por una relación análoga de derecho extranjero. La transposición se produce por efecto de las consecuencias desmembradoras del conflicto móvil, cuando las condiciones de nacimiento y validez de las relaciones jurídicas continuadas se ven sometidas a una legislación distinta de la que regula todos o parte de sus efectos. La sustitución y la transposición son problemas de interpretación de derecho aplicable en cuanto a las condiciones de aplicación, mientras que la adaptación es un problema de coordinación de varias normas aplicables en cuanto a los resultados. BOUZA VIDAL (nota 21), pp. 84-87.

²⁰⁰ FERNÁNDEZ ROZAS y SÁNCHEZ LORENZO (nota 90), pp. 376-377.

²⁰¹ Aunque no será tratado en este trabajo, resulta importante destacar que el orden público cumple una función bien importante respecto del reconocimiento de sentencias extranjeras. Al respecto ver: C. MADRID MARTÍNEZ, “Breves notas sobre el orden público y el reconocimiento de decisiones extranjeras en el sistema venezolano de Derecho internacional privado”, *Libro Homenaje a Juan María Rouvier*, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2003, pp. 361 ss.

²⁰² PARRA-ARANGUREN (nota 9), p. 129.

²⁰³ Término acuñado por Pillet y desarrollado posteriormente por la doctrina para referir que el principio de irretroactividad que cubre las normas jurídicas, no alcanza a los principios generales, de manera que la verificación de compatibilidad de los resultados de la aplicación del Derecho extranjero habrá de hacerse con los principios fundamentales vigentes al momento de realizarse tal operación. Ver: M. DE ANGULO RODRÍGUEZ, « Du moment auquel il faut se placer pour apprécier l'ordre public international », *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1972, Tomo LXV, pp. 369 ss.

valor que corresponde al juez concretar, teniendo en cuenta el grado de perjuicio que ocasiona el Derecho extranjero en el foro, en relación con cada caso concreto. Definitivamente es excepcional, por ello su aplicación debe hacerse de la forma más restringida posible, de manera que la limitación al Derecho extranjero proceda sólo en los casos de manifiesta incompatibilidad con los principios fundamentales de un orden jurídico. Finalmente, de él puede decirse que tutela resultados y no normas jurídicas abstractas, que corrige soluciones en atención a los más esenciales patrones de justicia de un determinado ordenamiento. Protege, en definitiva, los principios fundamentales de cada ordenamiento jurídico²⁰⁴.

Así entendido, para su intervención el orden público requiere, en primer lugar, el juego de la norma de conflicto, de manera que no estaremos ante este presupuesto, cuando la controversia sea resuelta a través de una norma de aplicación necesaria²⁰⁵. Tampoco cuando la controversia es resuelta a través de la aplicación de una norma material especialmente destinada a resolución de supuestos con elementos de extranjería, caso en el cual tampoco llega a aplicarse la norma de conflicto del juez.

En segundo lugar, es necesario que la norma de conflicto conduzca a la aplicación de un ordenamiento jurídico extranjero. Resulta obvio que la reacción chocante en nuestro ordenamiento jurídico se produce por la actuación, en nuestro territorio, de una norma foránea. Cuando la *Lex fori* es la única que tiene competencia no nos encontramos ante un caso de orden público, sino de aplicación pura y simple de la *Lex fori*, como Derecho competente para conocer de la correspondiente relación²⁰⁶. Paradójicamente, la intervención del orden público que

²⁰⁴ No ha sido ésta, sin embargo, la única manera en que se ha entendido esta institución general de Derecho internacional privado. Destaca, en tal sentido la tesis de Mancini, para quien el orden público constituye una noción autónoma y su función es justificar la aplicación de una serie de normas imperativas internas. Es una conexión como lo es la autonomía de la voluntad o la nacionalidad. En su opinión, el orden público no es un límite a la aplicación de la Ley extranjera, sino un criterio de aplicación de la *Lex fori*, por ello se le atribuye una función positiva. Aquellas normas de naturaleza positiva rigurosamente obligatoria de Savigny devienen en Mancini como normas de orden público. Esta concepción apriorística del orden público cambia con las tesis expuestas por la doctrina alemana. En efecto, en Alemania nació una nueva figura que cambiaría la óptica del orden público: la cláusula de reserva o *Vorbehaltsklausen*. Kahn inició los trabajos y fue seguido por von Bar y Zitelmann. El orden público no sería una conexión autónoma, sino un mecanismo para rechazar la *Lex causae* extranjera, cuando ésta resultare chocante o inadmisibles en el foro. Ver: C. MADRID MARTÍNEZ, Artículo 8. Orden público, VV.AA., *Ley de Derecho Internacional Privado comentada*, Caracas, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, UCV, Consejo de Desarrollo Científico y Humanístico, UCV, 2005, Tomo I, pp. 289 ss., especialmente pp. 290-294.

²⁰⁵ PARRA-ARANGUREN (nota 9), p. 126.

²⁰⁶ J. SÁNCHEZ-COVISA, "Orden público internacional y divorcio vincular", *Obra Jurídica de Joaquín Sánchez-Covisa*, Caracas, Ediciones de la Contraloría General de la República de Venezuela, 1976, pp. 441 ss., especialmente p. 446.

requiere la actuación de una norma de conflicto bilateral, entorpece la misión de ésta al excluir el Derecho que ella ha señalado.

En tercer lugar, la aplicación del Derecho extranjero debe producir resultados manifiestamente incompatibles con los principios fundamentales del ordenamiento jurídico del foro, lo cual se verifica, no con relación al Derecho extranjero en abstracto, sino considerando el resultado de su efectiva aplicación²⁰⁷. Por tal razón, parece posible que una misma disposición del Derecho extranjero pueda contrariar en unos casos nuestros principios fundamentales, y en otros no. No debe hacerse entonces, un juicio de valor al Derecho extranjero considerado como un todo, es necesario verificar las consecuencias que su aplicación produce en relación con un caso concreto.

A tales efectos, no es relevante que la norma extranjera sea diferente e incluso contraria a la correspondiente norma material del foro, aun cuando ésta tenga carácter imperativo, es necesario que se produzca una verdadera y manifiesta lesión a los principios fundamentales. Permitir su intervención en este caso sería confundirlo con el orden público en el Derecho interno, corriendo “*el riesgo de destruir el contenido y los valores del sistema conflictual*”²⁰⁸.

Comentando la expresión “*manifiestamente incompatible*”, Diamond ha afirmado que algo sólo es incompatible cuando es manifiesto que lo es, aunque la misma pueda llevarnos a pensar en una presunta diferencia entre lo incompatible y lo manifiestamente incompatible. Con esta expresión lo que se busca es dar el beneficio de la duda al Derecho extranjero, de manera que se privilegie su aplicación cuando el juez no esté absolutamente seguro de la incompatibilidad²⁰⁹; de allí que sea factible preguntarnos acerca del carácter valorativo que pueda tener esta institución y sí, a pesar del tinte negativo que le ha sido atribuido, puede coadyuvar al juez en la búsqueda de la solución equitativa del caso concreto.

²⁰⁷ PARRA-ARANGUREN (nota 9), p. 127. En el Derecho comparado podemos apreciar una referencia expresa a la necesidad de apreciar los resultados de la aplicación del Derecho extranjero, para activar el orden público. Por ejemplo, el artículo 6 de la Ley austriaca, expresa que “*no se aplicará una disposición del Derecho extranjero si su aplicación llevara a un resultado que no es compatible con los valores fundamentales del ordenamiento jurídico austriaco*”. También la Ley italiana es clara en este sentido: “*La ley extranjera no es aplicable si sus efectos son contrarios al orden público*”.

²⁰⁸ SÁNCHEZ-COVISA (nota 206), pp. 446-447.

²⁰⁹ “*I find it difficult to draw a line between something that is incompatible and something that is manifestly incompatible, because presumably something is only incompatible if it can be shown to be so. No doubt the meaning is that if there are genuine doubts whether anything is incompatible, the benefit of the doubt is to be given to the foreign Law*”. Ver: A.L. DIAMOND, “Harmonization of Private International Law relating to contractual obligations”, *Recueil des Cours*, 1986 IV, Tomo 199, pp. 233 ss., especialmente p. 292.

Ahora bien, la exigencia de la manifiesta incompatibilidad está presente en la mayoría de los sistemas de Derecho internacional privado, tanto a nivel convencional como estatal. Así podemos verlo en buena parte de los textos de la Conferencia de La Haya²¹⁰, donde se adoptó por primera vez, y en buena parte de las Convenciones que, en el seno de las Conferencias Interamericanas Especializadas de Derecho Internacional Privado, han sido negociadas²¹¹. También puede verse este término en la fórmula empleada por algunas codificaciones estatales²¹². Finalmente, la manifiesta contrariedad del resultado de la aplicación del Derecho extranjero con los principios fundamentales del ordenamiento jurídico del juez, sólo provocará la actuación del orden público, si existe una conexión suficiente con el foro²¹³. Esta exigencia, además de ilustrar la relatividad y el carácter nacional del orden público, se conecta directamente con la importancia que para el foro reviste el principio lesionado²¹⁴. Nosotros pensamos que al afirmar la

²¹⁰ Dentro de las Convenciones ratificadas por Venezuela, destaca el uso de esta expresión en la Convención de La Haya sobre Protección de Niños y Cooperación en materia de Adopción Internacional, Art. 24.

²¹¹ Puede verse esta expresión en las Convenciones Interamericanas sobre Normas Generales (Art. 5); sobre Conflicto de Leyes en materia de Letras de Cambio, Pagarés y Facturas (Art. 11); sobre Exhortos o Cartas Rogatorias (Art. 17); sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero (Art. 16); sobre Régimen Legal de Poderes para ser utilizados en el Extranjero (Art. 12); sobre Conflicto de Leyes en materia de Sociedades Mercantiles (Art. 7); sobre Conflicto de Leyes en materia de Cheques (Art. 9); sobre Eficacia de Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros (Art. 2,h); y sobre Derecho Aplicable a los Contratos (Art. 18).

²¹² Es el caso de los artículos 6 de la Ley de Introducción al Código Civil alemán (“*La regla de derecho de un Estado extranjero será descartada, cuando su aplicación conduzca a un resultado **manifiestamente** incompatible con los principios fundamentales del Derecho alemán. Especialmente cuando su aplicación es inconciliable con los derechos fundamentales*”); 3081 del Código Civil de Quebec (“*La aplicación de las disposiciones de la ley de un Estado extranjero está excluida cuando ella conduce a un resultado **manifiestamente** incompatible con el orden público tal como está entendido en las relaciones internacionales*”). Llama la atención el artículo 7 del Decreto Ley húngaro sobre Derecho internacional privado, que luego de declarar que “*Deberá descartarse la aplicación del Derecho extranjero, si esta aplicación es incompatible con el orden público húngaro*”, deja claro que “*la aplicación del Derecho extranjero no podrá ser excluida por la sola razón de que el sistema socioeconómico de ese Estado extranjero se aparte del sistema húngaro*”; es evidente que no ha de tratarse de una simple diferencia, sino de una seria incompatibilidad

²¹³ El primero en referirse a esta exigencia fue KAHN (nota 36) con su noción de *Inlandsbeziehung*, adoptada por los suizos con la forma de *Binnenbeziehung*. En Francia, Foyer se refirió a *l'ordre public de proximité* por oposición a *l'ordre public d'éloignement*. En definitiva, tanto más próxima e íntimamente vinculada a la *Lex fori* estuviese una relación jurídica, aun siendo aplicable el Derecho extranjero al caso concreto, tanto más toma en cuenta el juez una consideración de ese Derecho en relación con sus principios fundamentales. Ver: MADRID MARTÍNEZ (nota 203), p. 296. Definir este elemento no resulta sencillo, Bucher estima que se trata de un concepto indeterminado cuya existencia, extensión y la propia necesidad de su determinación depende, en todo caso, del propio orden público (A. BUCHER, *Droit international privé suisse*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 1995, Tomo I/2, Partie générale, Droit applicable, p. 192). Batiffol y Lagarde definen la *Inlandsbeziehung* como una conexión subsidiaria, condicionante de la aplicación de ciertas normas materiales del foro, con lo cual se corrige, en esta medida, la insuficiencia de las normas de conflicto. H. BATIFFOL y P. LAGARDE, *Droit international privé*, 6ª ed., Paris, LGDJ, 1993, Tomo I, p. 576.

²¹⁴ Existen principios que no toleran, en ningún caso, una derogatoria, es el caso de la prohibición del comercio de estupefacientes o de la trata de mujeres; otros principios, en cambio, toleran no ser salvaguardados en todas las hipótesis; su juego estará limitado en función de un objetivo estrechamente vinculado con situaciones propias del orden social y económico del foro: las reglas de protección social de la familia, los trabajadores o los arrendatarios,

jurisdicción de nuestros tribunales, esta conexión se daría por cumplida. Sin embargo, Parra-Aranguren reconoce que la misma puede resultar útil para evitar abusos por parte del juez²¹⁵.

Ahora bien, el concepto que hemos venido manejando del orden público, nos conduce, necesariamente, al espinoso terreno de la determinación de los principios fundamentales de un ordenamiento jurídico. Para ello se encuentra el juez con dos problemas esenciales. En primer lugar, la propia denominación como “*principios*”, lo cual implica directamente su no positivización en el ordenamiento jurídico. En segundo término, su calificación como “*fundamentales*”, pues no todos los principios generales pueden considerarse como tales, quedan de hecho descartados aquellos de carácter eminentemente técnico, sin connotación teleológica o ética, cuyo respeto no es necesario para asegurar la coherencia de un determinado sistema. Es muy importante establecer esta diferenciación, pues cuando un principio reviste carácter fundamental, pasa a operar de manera negativa, esto es, constituye un límite a la validez de un precepto jurídico, sea nacido de una manifestación de voluntad –orden público en el Derecho interno–, sea contenido en el Derecho extranjero reclamado por la norma de conflicto –orden público en el Derecho internacional privado²¹⁶.

Podríamos incluso apuntar un tercer problema. Si bien el juez ha de proteger los principios fundamentales de su propio sistema, pues es él su garante natural²¹⁷, no necesariamente ha de ser siempre así. Por una parte, no se excluye que pueda el juez convertirse en protector de los principios fundamentales de un ordenamiento jurídico extranjero, a través del llamado efecto reflejo del orden público, verificado en los casos de reenvío de segundo grado; y por otro, deben considerarse el llamado orden público transnacional –concepto especialmente útil en materia de

sólo han de imponerse en la medida en que su objeto de protección se halle en el foro BUCHER (nota 213), pp. 189-191.

²¹⁵ PARRA-ARANGUREN (nota 9), pp. 136-137.

²¹⁶ A. BONOMI, *Le norme imperative nel Diritto internazionale privato. Considerazione sulla Convenzione europea sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali del 19 giugno 1980 nonché sulle leggi italiana e svizzera di Diritto internazionale privato*, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1998, pp. 201-202.

²¹⁷ Para explicar que normalmente el orden jurídico de referencia es el del foro, Lagarde nos recuerda que las relaciones de Derecho internacional privado no son relaciones puras, por ello la norma de conflicto determina, entre los Derechos interesados en su regulación, aquel que considera más idóneo, lo cual no significa que esa sea la mejor elección; cuando tal ordenamiento resulta ser uno extranjero y se produce un resultado poco satisfactorio, chocante, el juez puede devolver al Derecho del foro la competencia legislativa de que la norma de conflicto lo había privado; por ello resulta lógico e indispensable –a juicio de Lagarde– que el juez tome como referencia las concepciones jurídicas del foro para descartar, a nombre del orden público, la norma extranjera normalmente competente. ver: P. LAGARDE, *Recherches sur l'ordre public en Droit international privé*, Paris, LGDJ, 1959, pp. 169-170.

arbitraje²¹⁸ – y los supuestos de ordenamientos jurídicos plurilegislativos. Con relación a este último punto en Estados Unidos, por ejemplo, la *full faith and credit clause* no impide el recurso al orden público, mas en Australia la Alta Corte ha establecido que se considera contrario a la Constitución no reconocer una sentencia de un Estado “hermano”, sobre la base del orden público²¹⁹.

En todo caso el panorama es tal, que podemos afirmar que históricamente el problema del orden público ha girado en torno a la determinación de los principios fundamentales. De hecho, intentos de precisión no han faltado. El primero se verifica en su confusión con la noción de territorialidad que nace de la obra de Mancini. Mas luego de múltiples fracasos por parte de doctrina y codificación, hoy día se entiende que no puede elaborarse una lista de materias consideradas como de orden público, en las que se aplicaría directamente el Derecho del juez²²⁰. El único instrumento que se ha hecho eco de la tesis apriorística del orden público, propuesta por Mancini, es el Código Bustamante²²¹.

Sin embargo, ha de reconocerse que hay ciertas materias que se vinculan de manera especial con el orden público. En este sentido, la doctrina refiere que los principios constitucionales constituyen una referencia básica para la determinación de los casos en que debe producirse la evicción del Derecho extranjero por razones de orden público²²². La misma suerte corre el tema de los derechos humanos. Nosotros pensamos, sin embargo, que el carácter reglamentario de las

²¹⁸ C. MADRID MARTÍNEZ, “El rol del orden público en el arbitraje comercial internacional”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, UCV*, 2006, N° 126, pp. 79 ss.

²¹⁹ Ver: MAURY (nota 65), p. 130.

²²⁰ Así lo han admitido la Conferencia de La Haya y el Instituto de Derecho Internacional, los cuales, luego de haber tratado de elaborar sus respectivas listas, y tal vez convencidos de la imposibilidad de esa tarea, abandonaron el intento de formular reglas apriorísticas sobre las materias que comportan la actuación del mecanismo del orden público.

²²¹ Precisamente, el Código Bustamante ha sido hartamente criticado por el uso excesivo de esta figura en su superada concepción apriorística. Así, en el Libro Primero del Código Bustamante, “*Derecho Civil Internacional*”, de los doscientos veintidós artículos que lo integran, casi noventa hacen referencia al “orden público internacional”, incluyendo las referencias a las expresiones “ley local” y “ley territorial”, las cuales, en atención al artículo 3,II, funge como sinónimo. Una sola norma, el artículo 190, referido a las donaciones en razón del matrimonio, consagra al orden público como una cláusula de reserva. En este contexto –según refiere la profesora Maekelt– “el concepto de orden público internacional es utilizado para designar aquellas leyes o normas territoriales que se aplican con carácter excluyente de cualquier Derecho extranjero y que obligan, tanto a nacionales, como a foráneos” (MAEKELT [nota 1], p. 362). No importa el contenido de la norma extranjera. si se trata de una materia de “orden público internacional”, el juez aplicará su propio Derecho.

²²² FERNÁNDEZ ROZAS y SÁNCHEZ LORENZO (nota 90), p. 385; I. STRENGER, *Direito internacional privado*, 3ª ed, Brasil, Editora São Paulo, 1999, p. 450; CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ (nota 31), p. 257; M. GUZMÁN ZAPATER, “Problema de aplicación de las normas de Derecho internacional privado (II)”, *Derecho internacional privado*, 1ª ed., Madrid, UNED, 1998, Volumen I, pp. 145 ss., especialmente p. 166.

constituciones modernas nos obliga a no generalizar²²³ y, por otra parte, puede admitirse que participen de esta naturaleza los derechos humanos fundamentales; pero podría discutirse en el caso de los derechos económicos, sociales y culturales²²⁴.

En definitiva, no parece ser el legislador, estatal o supranacional, el llamado a la determinación precisa de aquellos principios que podrían verse vulnerados por los resultados de la actuación de un Derecho extranjero en el foro. Lo indicado es más bien averiguar en cada caso concreto si algún principio fundamental merece impedir la aplicación del Derecho extranjero y en qué medida²²⁵. Por ello su determinación queda, más bien, en manos del juez, quien gozará para ello de cierta libertad de apreciación, mas no de un poder arbitrario para construir nociones de orden público. Para limitar esta última posibilidad es recomendable que la jurisprudencia, en su carácter de órgano de la conciencia social de la época²²⁶, realice tal labor, como una orientación de la tarea del juez.

Justamente como una orientación para el juez, puede mencionarse el caso de los criterios de concretización de los principios fundamentales, propuestos por Erik Jayme. El autor alemán propuso diversos pasos, de manera de brindar al operador jurídico un parámetro a seguir para determinar en qué supuestos, a causa de la intervención del orden público, debe excluirse el Derecho extranjero. Tales pasos son: la determinación del sentido y propósito del Derecho extranjero; el examen de la debilidad de la política legislativa de la norma jurídica extranjera; un

²²³ Sin embargo, es lo que hace el Código Bustamante en su artículo 4. La territorialidad vuelve a ser la razón fundamental de esta afirmación. De hecho, Bustamante no ve otra manera de entender los preceptos constitucionales: son de orden público internacional y “*deben serlo necesariamente, ya que no se concibe que dejen de aplicarse en toda su integridad a cuantos residan en el territorio. Esto no impide que algunos de ellos estén dictados sólo para los nacionales o para los ciudadanos, ya que entonces el orden público internacional prohíbe a los extranjeros utilizarlos directamente y con mucha más razón sustituirlos por la regla respectiva del Derecho constitucional de su país*”. A. SÁNCHEZ DE BUSTAMANTE Y SIRVEN, *Manual de Derecho internacional privado*, La Habana, 1943, Tomo I, p. 213.

²²⁴ En el Derecho comparado, podemos observar como el artículo 6 de la Ley de Introducción al Código Civil alemán hace mención expresa a los derechos fundamentales, como un caso especial que los jueces han de tomar en cuenta al aplicar el Derecho extranjero. Mención que ha sido calificada como de “*ninguna novedad*”, pues tal había sido la tesis del tribunal constitucional alemán (E. JAYME, “*Métodos para la concretización del orden público en el Derecho internacional privado*”, (Trad. E. Hernández-Bretón), *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, UCV*, 1991, N° 82, pp. 215 ss., especialmente p. 229). En tal sentido, resulta paradigmática una sentencia de 04 de mayo de 1971 en el caso de los divorcios españoles (RabelsZ, 1972: 145 ss.), la cual establece que las disposiciones del Derecho internacional privado alemán y la aplicación del Derecho extranjero determinado mediante tales normas, deben ajustarse en cada caso concreto a los derechos constitucionales fundamentales. En este caso se evocó el derecho fundamental de libertad de contraer matrimonio para desatender el Derecho español aplicable que no otorgaba validez al divorcio anterior de un español, que pretendía contraer nuevo matrimonio con una alemana en Alemania.

²²⁵ KEGEL (nota 145), p. 319.

²²⁶ BETTI (nota 31), p. 292.

estudio de Derecho comparado; consideración de la relevancia de la norma jurídica nacional; y, finalmente, la determinación de la vinculación interior. “Ellos facilitan una fundamentación comparable de si y cuando debe intervenir el orden público. Ningún paso tiene valor por sí solo”²²⁷.

Ahora bien, una vez descartado el Derecho extranjero cuya aplicación resulta intolerable en el foro, se produce una laguna que el operador jurídico está llamado a integrar. Frente a tal situación, cabe preguntarse ¿cuál es la norma llamada a integrar la laguna? La respuesta depende, en todo caso, de la manera en que se entienda la naturaleza del orden público.

En el seno de la escuela italiana, donde resulta cuestión normal la aplicación del Derecho del foro en sustitución de la norma extranjera, el Derecho material interno tiene un valor general, mientras que el sistema conflictual tiene un valor excepcional para las relaciones con elementos de extranjería: si la excepción no puede jugar, se aplicará automáticamente la regla.

Para la doctrina alemana, por el contrario, siendo la cláusula de reserva una disposición excepcional, como tal ha de interpretarse de manera restrictiva: sólo si no se encuentra solución en el propio Derecho extranjero podrá recurrirse a la *Lex fori*²²⁸. Esta tesis se reflejó en la sentencia del *Reichsgericht* de fecha 19 de diciembre de 1922. El caso es que el tribunal alemán debía aplicar el Derecho suizo y una de sus disposiciones declaraba el crédito controvertido como imprescriptible, lo cual fue considerado como contrario a los principios protegidos por el orden público alemán. Ante la evicción de la norma suiza, el tribunal alemán no recurrió a la norma general sobre prescripción del Derecho alemán, sino a la disposición general del propio Derecho suizo, la cual coincidía con la norma germana, al requerir treinta años para prescribir²²⁹.

Esta es la solución adoptada por el legislador portugués, al disponer en el artículo 22,2 de su Código Civil, que cuando el Derecho extranjero es descartado por razones de orden público “*son aplicables en este caso, las normas más apropiadas de la legislación extranjera competente o, subsidiariamente, las reglas del Derecho interno portugués*”. En opinión de Moura Ramos, el

²²⁷ JAYME (nota 224), pp. 215-270.

²²⁸ A. MAKAROV, *Grundriss des internationalen Privatrechts*, Frankfurt am Main, Alfred Metzner Verlag, 1970, pp. 98-100. Citado en PARRA-ARANGUREN (nota 9), p. 140.

²²⁹ Tal solución ha sido muy criticada. Por ejemplo, Operti estimo que “*no siendo (el juez) un intérprete auténtico del Derecho extranjero, él es sólo un aplicador del Derecho extranjero y por lo tanto, no está legitimado para buscar la solución dentro del conjunto del orden jurídico extranjero, sino sólo en la norma específica y particular que para el caso concreto se imponga*” D. OPERTI, *La función del orden público*, Washington, Subsecretaría de Asuntos Jurídicos, Secretaría General de la OEA, 1981, p. 23.

carácter puramente subsidiario del Derecho del foro y la búsqueda, en la medida de lo posible, de una solución en el sistema designado por la norma de conflicto, además del carácter excepcional del orden público, refuerza el principio de tratamiento igualitario entre el Derecho del juez y los ordenamientos jurídicos extranjeros que –en su sentir– inspiran el sistema de Derecho internacional privado portugués; lo cual tiende a reducir al mínimo necesario toda limitación a la Ley designada como competente por la norma indirecta del foro²³⁰.

Por su parte, algunos sistemas en Derecho comparado parecen dar la razón a la tesis italiana. Así, el Código Civil peruano, la Ley austriaca, el Decreto-Ley húngaro y la propia Ley italiana²³¹, ordenan la aplicación del Derecho del juez; pero esta última sólo después de agotar la posibilidad de aplicar un Derecho “*subsidiario*”. Por el contrario, algunos ordenamientos jurídicos, incluyendo la Ley venezolana y las Convenciones Interamericanas, son silentes al respecto²³², lo cual lleva a los jueces a aplicar normalmente su propio Derecho^{233 234}.

Aceptando que la norma extranjera descartada sea remplazada por la correspondiente disposición del foro, tal sustitución no debe entenderse como total en el sentido de descartar íntegramente el Derecho extranjero contrario, sino que la misma debe abarcar sólo la norma cuyo resultado sea chocante en el foro. En palabras de Maury, la evicción de la Ley competente y la sustitución de la *Lex fori*, que es la consecuencia necesaria, están estrictamente limitadas a las soluciones de la primera contrarias a los principios fundamentales de la segunda²³⁵. De tal manera, la *Lex fori* sería aplicada, pero sólo en la medida estrictamente necesaria, puesto que la competencia del Derecho extranjero, en cuanto determinada por la norma de conflicto del foro, debe ser en lo

²³⁰ R.M. DE MOURA RAMOS, « Le Droit international privé portugais à la fin du vingtième siècle: progrès ou recul? », *Private international Law at the end of the 20th century: progress or regress? / Le Droit international privé à la fin du XXe: Progress ou recul?* (Ed. S. Symeonides), The Hague-London-Boston, Kluwer Law International, 1999, pp. 349 ss., especialmente pp. 368-369-

²³¹ Código Civil peruano, Art. 2049: “*Rigen, en este caso, las normas del derecho interno peruano*”; Ley Federal Austriaca de Derecho Internacional Privado, Art. 6: “*En su lugar es necesario aplicar la correspondiente disposición del derecho austriaco*”; Decreto-Ley húngaro, Art. 7,3: “*El derecho húngaro será aplicado en sustitución del derecho extranjero rechazado*”.

²³² No establecen solución: el artículo 15,II del Código Civil mexicano, el artículo 6 de la Ley polaca de Derecho Internacional Privado; el artículo 6 de la Ley de Introducción al Código Civil alemán; el artículo 17 de la Ley suiza y el artículo 8 de la Ley venezolana.

²³³ PARRA-ARANGUREN (nota 9), p. 141.

²³⁴ Debe en todo caso considerarse que, en ocasiones, la aplicación de la *Lex fori*, no se debe tanto a razones de orden público como a que existen conexiones preponderantes con el foro que fueron sacrificadas por nuestro legislador cuando determinó una conexión para su norma de conflicto bilateral, que ha llevado al juez a aplicar Derecho extranjero. B. AUDIT, « Le caractère fonctionnel de la règle de conflit (Sur la ‘crise’ des conflits des lois) », *Recueil des Cours*, 1984 III, Tomo 186, pp. 219 ss., especialmente p. 348.

²³⁵ MAURY (nota 65), p. 148.

posible respetada. Tal parece ser la tesis que adoptó la Casación francesa en decisión de fecha 17 de noviembre de 1964, en la que descartó una norma de Derecho islámico que determinaba la incapacidad para suceder de un ciudadano no islámico y mantuvo, a su vez, la aplicación de una norma del mismo ordenamiento jurídico sobre el cálculo de la cuota hereditaria.

En definitiva, el orden público debe ser valorado como un instrumento de homogeneidad del ordenamiento jurídico del foro. Así lo entiende Carrillo Salcedo, desestimando la imagen “*falsa y errónea*” del orden público en la que queda caracterizado como una causa de evicción del Derecho normalmente competente²³⁶. El orden público no constituye una negativa a la coordinación entre ordenamientos jurídicos; al contrario, es un requisito de cooperación, una condición para que ésta sea posible y factible.

En todo caso, considérese que la integración de una norma extranjera en el ordenamiento jurídico del foro, puede conducir a un resultado incoherente que sólo puede ser evitado con una modificación de la norma de conflicto, es decir, por una atribución de competencia a la Ley del foro y esa –afirma Lagarde– es la función del orden público. Si la *Lex fori* no desplaza totalmente al Derecho extranjero, se aplicará al problema en cuestión una mixtura de textos y de soluciones absolutamente desprovistos de vínculos entre ellos. La solución a este problema tiene dos alternativas –continúa el maestro de París–, o se respeta el carácter sistemático del Derecho extranjero buscándose en su interior la norma sustituta o, en caso de concluirse que la norma chocante es la causa impulsiva y determinante de la legislación extranjera sobre la materia, se la sustituye íntegramente por la *Lex fori*; esta vez se estaría respetando el carácter sistemático del Derecho del juez, misión definitiva del orden público²³⁷.

En relación con el sistema venezolano, debemos destacar, dentro de la codificación convencional, las regulaciones del Código Bustamante y de la Convención Interamericana sobre Normas Generales. Por lo que respecta al Código Bustamante, este instrumento ha sido hartamente criticado por el uso excesivo de esta figura en su superada concepción apriorística²³⁸. La Convención Interamericana, en cambio, consagra el orden público en el Derecho Internacional Privado como

²³⁶ CARRILLO SALCEDO (nota 124), pp. 273 ss.

²³⁷ LAGARDE (nota 217), pp. 215-217.

²³⁸ Algunos autores aconsejan “*la conveniencia de preparar una lista contentiva de todos los casos de posible intervención del orden público. Sin duda, las ventajas de semejante determinación a priori son indiscutibles porque produce seguridad jurídica y permite conocer de antemano si será descartado el derecho extranjero declarado competente; pero la experiencia demuestra que esta sugerencia no es realizable en forma completa*”. L. HERRERA MENDOZA, *Estudios sobre Derecho internacional privado y temas conexos*, Caracas, 1961, pp. 38-50.

una excepción, al disponer en su artículo 5, que *“La ley declarada aplicable por una Convención de Derecho Internacional Privado podrá no ser aplicada en el territorio del Estado Parte que la considere manifiestamente contraria a los principios de su orden público”*.

En el sistema interno, la regulación del orden público aparece por primera vez en el artículo 8 de la Ley de Derecho Internacional Privado, norma de conformidad con la cual *“Las disposiciones del derecho extranjero que deban ser aplicadas de conformidad con la presente Ley, sólo serán excluidas cuando su aplicación produzca resultados manifiestamente incompatibles con los principios esenciales del orden público venezolano”*.

Esta norma recoge, de manera bastante precisa, la manera en que debe activarse el orden público. En tal sentido, debemos destacar que la norma se refiere, en primer lugar, a las *“disposiciones del Derecho extranjero”* y no, simplemente, al Derecho extranjero. En segundo término, la norma autoriza la exclusión de esas disposiciones del Derecho extranjero, cuando *“su aplicación produzca resultados manifiestamente incompatibles”*, lo cual obliga al juez a descartar cualquier análisis en abstracto del Derecho extranjero. Finalmente, la expresión *“principios fundamentales del orden público venezolano”*, debe ser entendida como una referencia a los principios fundamentales del ordenamiento jurídico y no del orden público venezolano, pues el orden público es, como hemos sostenido, el mecanismo de defensa de esos principios.

Ahora bien, además de las normas antes citadas, en el sistema interno venezolano podemos encontrar otras disposiciones referidas a las diversas formulaciones que puede desempeñar el orden público. Así, el artículo 104 del Código Civil establece que *“Aunque lo autoricen las leyes personales de ambos pretendientes, ningún matrimonio podrá ser celebrado en territorio venezolano con infracción de los impedimentos dirimentes establecidos en la Sección que trata ‘De los requisitos necesarios para contraer matrimonio’”*. Esta norma consagra el clásico efecto negativo del orden público, al prohibir lo que un Derecho extranjero determinado permite y que se considera contrario a nuestros principios esenciales.

Luego, podemos citar también el artículo 19 de la Ley de Derecho Internacional Privado, norma según la cual *“No producirán efectos en Venezuela las limitaciones a la capacidad establecidas en el Derecho del domicilio, que se basen en diferencias de raza, nacionalidad, religión o*

*rango*²³⁹ con lo cual consagra un aspecto positivo del orden público, de manera que en nombre de esta institución, nuestro sistema permite lo que otros prohíben, prohibición que es considerada contraria a nuestros principios esenciales.

Finalmente, debemos referir, de manera bastante general, que los jueces en Venezuela no han logrado distinguir de manera precisa, el orden público interno del orden público en el Derecho internacional privado, lo cual ha generado cierta proyección hacia el Derecho internacional privado, de algunas situaciones que en el Derecho interno revisten carácter imperativo. Es el caso del divorcio, cuyas causales han sido calificadas como “*de orden público absoluto que nunca podrían ceder ante el estatuto personal del extranjero*”²⁴⁰. Resulta en tal sentido muy acertada la opinión de Joaquín Sánchez Covisa al analizar el tratamiento jurisprudencial del orden público en materia de divorcio: la tendencia es “*considerar a la ley propia como la ley por excelencia y concebir los principios imperativos de esa ley como destinados a regir urbi et orbe*”²⁴¹.

IX. FRAUDE A LA LEY

Ciertos factores de conexión permiten a las partes su modificación para obtener la aplicación de un ordenamiento jurídico más favorable a la realización de sus deseos, evadiendo con ello normas imperativas del Derecho normalmente competente, que puede ser el propio o uno extranjero²⁴². En tales situaciones nos encontramos frente a casos de fraude a la Ley en el Derecho internacional privado.

Ahora bien, además de este elemento material, constituido por el cambio, a través de un procedimiento técnicamente regular, del factor de conexión de la norma de conflicto aplicable, es necesario un elemento psicológico o moral, es decir, la intención de evitar la aplicación de la Ley normalmente aplicable²⁴³.

²³⁹ Entendemos que esta norma deroga el artículo 104 del Código Civil, debido a la referencia de éste a la nacionalidad: “*No se reconocerán en Venezuela los impedimentos del matrimonio establecidos por la Ley nacional del extranjero que pretenda contraerlo en Venezuela, cuando se fundaren en diferencias de raza, rango o religión*”.

²⁴⁰ Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, Sentencia 21/10/1969, en: Jurisprudencia de Ramírez & Garay, Tomo XXIII, pp. 277 ss.

²⁴¹ SÁNCHEZ COVISA (nota 206), p. 486.

²⁴² PARRA-ARANGUREN (nota 9), pp. 143-144. Parra-Aranguren afirma que si se acepta la excepción de fraude, no es admisible efectuar distingos entre la *Lex fori* y las Leyes extranjeras, porque todos los ordenamientos jurídicos deben ser tratados en plano de igualdad. Por tanto, la excepción de fraude debe intervenir cuando se cumplan los necesarios presupuestos para su intervención, sin tomar en cuenta si la ley evadida fue la *Lex fori* o una legislación extranjera. (p. 150).

²⁴³ MAURY (nota 65), pp. 161-162.

Así, en la esencia del fraude se conjugan intención y acción engañosas, las cuales se materializan en la obtención de un resultado distinto al querido por la norma imperativa evadida²⁴⁴. He allí su principal diferencia con la violación de Ley, pues mientras la conducta que encarna la violación se opone o enfrenta de manera directa al texto de la Ley, el acto que constituye el fraude lesiona su espíritu y sentido²⁴⁵.

Sin embargo, la dificultad que implica la prueba del elemento subjetivo, el *animus fraudulentus*, le ha costado severas críticas a esta institución. Además se ha afirmado que los mismos objetivos podrían alcanzarse mediante otras instituciones. La confusión más frecuente se presenta con el orden público. Al respecto, Goldschmidt sostiene que el fraude constituye una característica negativa general de cualquier norma jurídica; en cambio, el orden público es la característica negativa general de la consecuencia jurídica de la norma de conflicto, pues sólo por su intervención se produce la posibilidad de aplicar Derecho extranjero. Además, añade Goldschmidt, el orden público constituye un juicio de valor al Derecho extranjero, mientras que el fraude a la ley constituye un juicio de valor a la actitud de las partes²⁴⁶.

En tal sentido, Kegel ha sostenido que mientras el orden público garantiza la justicia material, pues sólo interviene cuando el contenido del Derecho extranjero “*viola burdamente el sentimiento de justicia del foro*”, el fraude a la ley sólo “*censura el modo como se crea el factor de conexión*”, con lo cual se trata de una mera cuestión de justicia conflictual, por ello concluye la ineficacia del mecanismo del orden público frente a un problema de fraude a la Ley²⁴⁷.

²⁴⁴ Cabe advertir, como lo hace con razón Verplaetse, que no debe hablarse de *fraus legis* sino de *fraus iuris*, toda vez que el concepto abarca no sólo el fraude a la ley, sino el fraude a cualquier norma jurídica. Sin embargo, el propio autor matiza su propia objeción expresando que en la práctica, la mayor parte de los casos de *fraus iuris* serán de *fraus legis*, porque el Derecho consuetudinario estando menos fijado y más cerca de la realidad se presta menos en la práctica de la *fraus* que opera, sobre todo, allí donde un sistema de normas prescribe límites precisos. Ver: J. VERPLAETSE, *La fraude à la loi en Droit international privé*, Paris, 1938, p. 26.

²⁴⁵ No en vano suele citarse el texto de Paulo según el cual, actúa *contra legem* quien hace lo que la Ley prohíbe, incurre en fraude, quien salvando la letra de la Ley, llega a un resultado por un camino torcido o incorrecto. Referencia tomada en: A. MIAJA DE LA MUELA, *Derecho internacional privado*, 7ª edición, Madrid, Ediciones Atlas, 1976, Tomo I, Introducción y Parte General, p. 400.

²⁴⁶ GOLDSCHMIDT (nota 123), p. 303. Tal opinión es acogida por Bonnemaïson, quien añade que ambos mecanismos introducen en el funcionamiento de la norma indirecta una excepción que afecta a la ley extranjera que sería aplicable en circunstancias normales. La sanción al fraude –concluye– conduce a resguardar las normas imperativas, que quedarían desprovistas de valor si fuese posible modificarlas libremente mediante actuaciones personales fraudulentas. Este mecanismo opera independientemente del orden público, dado que se trata de una institución destinada a proteger el carácter imperativo de las normas. Ver: J.L. BONNEMAISON, *Derecho internacional privado*, 3ª reimp., Valencia, Vadell Hermanos Editores, 1997, pp. 149-150.

²⁴⁷ KEGEL (nota 145), pp. 290-291. Comentando el caso Munzer, resuelto por la Casación francesa en 1964, Audit ha afirmado: « *...le caractère trop compréhensif de la notion d'ordre public et le fait que cette notion ne serve*

A pesar de estas aclaratorias, lo cierto es que el carácter imperativo de las normas protegidas a través del fraude a la Ley, ha llevado a que, en la práctica, la jurisprudencia acuda al orden público. De hecho, en el sistema venezolano, existe una disposición que, lejos de contribuir a aclarar el panorama, genera serias dudas. Se trata del artículo 6 de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado. De acuerdo con esta norma “*No se aplicará como derecho extranjero, el derecho de un Estado Parte, cuando artificiosamente se hayan evadido los principios fundamentales de la ley de otro Estado Parte. Quedará a juicio de las autoridades competentes del Estado receptor el determinar la intención fraudulenta de las partes interesadas*”.

Lo que llama la atención en esta norma es, justamente, su expresa referencia a “*los principios fundamentales de la ley de otro Estado Parte*”, pues tradicionalmente se ha entendido que la evasión ha de afectar las normas imperativas del ordenamiento jurídico²⁴⁸. Sin embargo, se ha afirmado que con tal expresión se amplía el radio de acción de la excepción, aunque por otra parte hace más difícil su concreción en la práctica²⁴⁹. Ninguna otra explicación se ha dado en relación con el contenido de tales principios, quizá la diferencia con aquellos principios protegidos por el orden público, venga dada, más que por su contenido, por la intervención del elemento intencional en el cambio del factor de conexión.

Sin embargo, los problemas del fraude a la Ley no terminan aquí. La determinación de sus efectos ha sido un tema discutido desde los orígenes de esta institución²⁵⁰. En tal sentido, debe

pratiquement qu'à sanctionner le cas échéant une fraude, incitent à se demander si l'on ne devrait pas réduire le contrôle du juge de l'exequatur, au moins en l'absence de compétence de la loi française, a la constatation de l'absence de fraude ». En: B. AUDIT, *La fraude a la loi*, Paris, Dalloz, Bibliothèque de Droit International Privé, Vol. XVIII, 1974, p. 206.

²⁴⁸ Y. LOUSSOUARN y P. BOUREL, *Droit international privé*, 4ª edición, Paris, Précis Dalloz, 1993, p. 288.

²⁴⁹ MAEKELT (nota 77), p. 167.

²⁵⁰ Todo estudio o exposición sobre el fraude a la ley va siempre precedido del caso Bauffremont, resuelto por la Casación francesa el 18 de marzo de 1878. Está referido a una princesa belga que adquiere la nacionalidad francesa como consecuencia del matrimonio contraído con el príncipe Bauffremont. Luego de un tiempo, las disputas conyugales se hacen insostenibles y la princesa decide divorciarse, pero para la época, el Derecho francés, su Ley nacional, no admitía el divorcio. Ante tal imposibilidad, la princesa decide presentar una demanda de separación judicial, separación que es declarada en Francia en 1874. Inmediatamente después la princesa se traslada con sus hijas al extranjero, sin oposición del príncipe. En 1875, obtiene la nacionalidad del ducado de Sajonia-Altenbourg, acto ratificado por el gobierno alemán en el mismo año. De inmediato la princesa demanda y obtiene el divorcio en Alemania y siete días más tarde, contrae matrimonio civil en Berlín con el príncipe rumano Bibesco, cumpliendo más tarde, en Dresden, con las formalidades del matrimonio ortodoxo griego. Con este acto, la princesa perdió la nacionalidad alemana y adquirió la nacionalidad de su nuevo esposo. El príncipe Bauffremont demandó para obtener la nulidad del nuevo matrimonio, del divorcio y de la naturalización. En 1876 la Corte de Apelaciones de París declaró nulo el segundo matrimonio y su consiguiente ineficacia en Francia, revocando la guarda y custodia de las dos hijas que le había sido concedida a la princesa. El Tribunal decidió que las menores debían ser entregadas al

aclararse que los efectos del fraude a la Ley han de analizarse desde dos perspectivas, que podríamos denominar, conflictual y material. Desde el punto de vista conflictual, el fraude a la Ley produce la evicción del Derecho cuya aplicación ha sido buscada fraudulentamente, incluso si fuere el del foro. La laguna que acá se produce debería ser llenada con las normas del Derecho evadido.

Los efectos materiales se relacionan directamente con la aplicación de la máxima *fraus omnia curruipit* a los actos celebrados en fraude a la Ley. Es necesario aclarar que en Derecho internacional privado, la aplicación de esta sanción no puede ser completa. Loussouarn y Bourel afirman al respecto que si el acto es conforme a Derecho en el lugar en que se ha verificado, no depende del foro decidir la validez del mismo en ese Estado. Todo lo que está en su poder es desproveerlo de efectos en su propio Estado. De manera que más que de nulidad, se trata de inoponibilidad²⁵¹.

Ahora bien, nuestra Ley de Derecho Internacional Privado no contiene una regla general que establezca una solución al fraude a la Ley. Para algunos, esta omisión sólo puede entenderse como un rechazo de esta institución²⁵². La dificultad que implica la prueba del elemento subjetivo y la posibilidad de lograr los mismos objetivos mediante otras instituciones o mediante normas de protección, han sido determinantes –en opinión de la profesora Maekelt– para la no inclusión de esta institución en la Ley²⁵³. La propia autora ratificó su opinión afirmando que el fraude es plenamente sustituible por la actuación del orden público –con las críticas que ya hemos comentado– aunado esto al deseo de disminuir las excepciones legislativas a la aplicación del Derecho extranjero a la actuación de la cláusula general de orden público contenida en el artículo 8 de la Ley.

príncipe, quien se obligaba a internarlas en un convento en París hasta los 21 años. En caso de incumplimiento de la princesa, ella quedaba obligada a pagar al príncipe Bauffremont novecientos mil francos por daños y perjuicios. Ante el incumplimiento de la princesa, esta decisión se trató de ejecutar en Bélgica donde ella residía y tenía sus bienes, pero a la misma se le negó el exequátur. Esta decisión fue bastante difundida en las revistas más célebres que circulaban en Europa, dado el carácter noble de los personajes. Ver: PARRA-ARANGUREN (nota 9), pp. 144-146.

²⁵¹ LOUSSOUARN y BOUREL (nota 248), pp. 290-291.

²⁵² E. HERNÁNDEZ-BRETÓN, “Nueva Ley venezolana de Derecho Internacional Privado”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, UCV, 1999, N° 111, pp. 243 ss., especialmente, p. 247.

²⁵³ MAEKELT (nota 18), p. 48.

Sin embargo, el Derecho comparado registra sistemas de Derecho internacional privado que consagran la institución del fraude a la ley de manera autónoma. Es el caso de los artículos 21 del Código Civil portugués, 12,4 del Código Civil español y 15,I del Código Civil mexicano²⁵⁴.

Además, nuestra Ley incluye una disposición que trata de prevenir que se produzca el fraude, así el artículo 23, tras otorgar competencia en los casos de divorcio y separación de cuerpos al Derecho del domicilio del cónyuge que intenta la demanda, prescribe que *“El cambio de domicilio del cónyuge demandante sólo produce efectos después de un año de haber ingresado en el territorio de un Estado con el propósito de fijar en él la residencia habitual”*.

Al lado de esta disposición, encontramos algunas normas que regulan esta institución, tal es el caso de la Ley de Nacionalidad y Ciudadanía, la cual en el ordinal 4 de su artículo 48 contempla el fraude como causal de pérdida de la nacionalidad venezolana adquirida²⁵⁵, también el Código Civil en su artículo 185A trata de prevenir el fraude al imponer como condición adicional a los extranjeros para obtener el divorcio por vía de esta disposición, que los cónyuges tengan por lo menos diez años de residencia en el país²⁵⁶.

Podemos entonces concluir que, en efecto, orden público y fraude a la Ley cumplen funciones diferentes. El orden público, salvo el caso de su efecto reflejo, está diseñado para la protección de los principios fundamentales del ordenamiento jurídico del juez, mientras que el fraude protege también las normas imperativas extranjeras; véase en tal sentido las disposiciones de la Convención Interamericana de Normas Generales y de la Ley de Nacionalidad y Soberanía.

Igualmente, tal como afirma Audit, la sanción de un fraude a la Ley puede ser paralizada porque tal sanción, cuyo efecto puede ser afirmar la aplicabilidad de un Derecho extranjero, vulnere los principios protegidos por el orden público del foro²⁵⁷.

²⁵⁴ Código Civil portugués, Art. 21: *“En la aplicación de las normas de conflicto son irrelevantes las situaciones de hecho o de derecho creadas con el fin fraudulento de evitar la aplicación de la ley que, en otras circunstancias, sería competente”*; Código Civil español, Art. 12,4: *“Se considerará como fraude a la ley la utilización de una norma de conflicto con el fin de eludir una ley imperativa española”*; Código Civil mexicano, Art. 15: *“No se aplicará el derecho extranjero: I: Cuando artificiosemente se hayan evadido principios fundamentales del derecho mexicano, debiendo el juez determinar la intención fraudulenta de tal evasión”*.

²⁵⁵ Ley de Nacionalidad y Ciudadanía, Art. 48: *“Previa sentencia judicial, el venezolano y la venezolana por naturalización perderán la nacionalidad venezolana: 4º Cuando haya obtenido la nacionalidad venezolana con el fin de sustraerse, a los efectos del ordenamiento jurídico nacional o extranjero”*. Publicada en Gaceta Oficial N° 37.971, de fecha 01/07/2004.

²⁵⁶ Código Civil, Art. 185A: *“En caso de que la solicitud sea presentada por un extranjero que hubiere contraído matrimonio en el exterior, deberá acreditar constancia de residencia de diez (10) años en el país”*.

²⁵⁷ AUDIT (nota 247), p. 181.

CONCLUSIONES

Si a una conclusión hemos de llegar luego de este recorrido, es que el Derecho internacional privado en Venezuela, como en el resto del mundo, apunta hacia la búsqueda de la solución equitativa de cada caso concreto. Para ello, los diversos sistemas se orientan por criterios que no se limitan a la consagración de una adecuada técnica conflictual, sino que van más allá al dar al juez las herramientas necesarias para lograr, en cada caso concreto, la justicia material.

Una de esas herramientas le viene dada al juez por la consagración de las llamadas instituciones generales del Derecho internacional privado. Esta afirmación parece evidente en el caso de las llamadas instituciones valorativas, como la adaptación o la cuestión incidental, mas en la actualidad también podemos predicar esta cualidad en el caso de las instituciones negativas como el orden público y el reenvío. Estas últimas también podrían contribuir a satisfacer los objetivos de las normas venezolanas de conflicto, dentro de los cuales suele ubicarse a la justicia material.

A pesar que en Venezuela la jurisprudencia no ha sido precisamente fecunda en esta materia, lo cual puede llevarnos a pensar que estas figuras, tal como lo afirmara Juenger, constituyen simples inventos sin una sustentación real en el sistema, la estructura lógica del Derecho internacional privado nos obliga a tenerlas en cuenta a la hora de enfrentar cualquier relación de tráfico jurídico externo, pues ellas contribuyen a pensar el Derecho internacional privado en clave de Derecho internacional privado.

Para terminar, no podemos más que reafirmar la opinión ya citada de nuestra Maestra: “...*las instituciones generales juegan en el Derecho Internacional Privado neoclásico un rol fundamental, debido a que constituyen elementos que coadyuvan al juez en la búsqueda de la solución en el marco del juego de intereses y del logro de la justicia material del caso concreto*”²⁵⁸, lo cual, añadimos, va más allá del método conflictual.

²⁵⁸ MAEKELT (nota 1). p. 321.