INSTITUCIÓN DESCONOCIDA

Claudia Madrid Martínez 10

ARTÍCULO 9

Cuando el Derecho extranjero declarado aplicable al caso establezca instituciones o procedimientos esenciales para 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.

SUMARIO

INTRODUCCIÓN. I. EVOLUCIÓN DOCTRINAL. II. FUNCIONAMIENTO DE LA INSTITUCIÓN DESCONOCIDA. 1. DETERMINACIÓN DEL DESCONOCIMIENTO. 2. UNA SOLUCIÓN BASADA EN LA CALIFICACIÓN FUNCIONAL. III. SISTEMA VENEZOLANO DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. 1. CODIFICACIÓN CONVENCIONAL. 2. CODIFICACIÓN ESTATAL. CONCLUSIÓN. JURISPRUDENCIA*.

INTRODUCCIÓN

La aplicación del Derecho extranjero en la misma forma en que lo haría el juez de cuyo Derecho se trate, no resulta fácil cuando este Derecho consagra instituciones desconocidas para el ordenamiento jurídico del juez que ha de resolver la controversia. La institución desconocida se plantea entonces, como consecuencia de la acción de un ordenamiento jurídico

* No se encontraron datos relativos a esta sección.

extranjero en el foro (Pecourt García, 1968: 38)[199]. Afirmación sencilla que no se corresponde con el verdadero problema que encierra esta institución. Desde que Savigny se refiriera a ella, poca ha sido la atención que le ha prestado la doctrina, y menos aún la jurisprudencia. Sin embargo, aparece hoy en algunas legislaciones convencionales y estatales, entre ellas la nuestra, y por ello se hace preciso establecer sus límites y particularidades como causa de evicción de la Ley extranjera.

Ya la propia definición de "*institución*" genera opiniones encontradas en la doctrina. Tras varios siglos de discusiones, conviene –a los efectos de este breve estudio– adoptar una noción genérica, según el cual, la institución comprende una serie de conceptos jurídicos, siendo más amplia que el concepto de relación, pero no tanto como una rama del Derecho. No parece sencillo, sin embargo, señalar exactamente los límites mínimo y máximo para el uso correcto de esta noción (Garde Castillo, 1947: 44). Ni siquiera Savigny, precursor de esta figura en Derecho internacional privado, pretendió dar a la palabra "*institución*" un valor especial derivado de una determinada técnica, sino que más bien aceptó la definición proveniente de una tradición ininterrumpida iniciada en los tiempos clásicos del Derecho romano (Garde Castillo, 1947: 34-35).

Ahora bien, en una rigurosa técnica positivista, todas las instituciones extranjeras son desconocidas –afirma el profesor Garde Castillo–. La institución es una creación de la Ley, por ello, las que existen dentro de un determinado sistema jurídico son obra suya, y sólo relevantes y eficaces en el área de vigencia de sus normas; todas las demás son desconocidas. Pero tal amplitud resulta absurda si pensamos en la existencia de una comunidad jurídica entre los Estados (Garde Castillo, 1947: 45-46).

El desconocimiento de una institución es consecuencia de la diversidad de principios, contenido normativo y conformación técnico-jurídica que, en mayor o menor medida, está presente en los diversos ordenamientos jurídicos. En otras palabras, la pluralidad de ordenamientos jurídicos supone un pluralismo de valores, normas y fórmulas técnicas (Maridakis, 1962:

[199] Recordemos la sutil distinción realizada por Batiffol en relación con los problemas derivados de la aplicación de un Derecho extranjero. Para el maestro francés, estos problemas pueden referirse al fenómeno de la inserción de la Ley extranjera en el sistema conflictual del foro o, en el momento de la introducción de la Ley extranjera en el sistema jurídico nacional (Batiffol, 1959: 445 ss.). En el primer momento se ubican la calificación, el reenvío y la cuestión incidental y, en el segundo todas aquellas instituciones que suponen una concretización del Derecho aplicable y su posterior evicción, es el caso del orden público y el fraude a la Ley. La institución desconocida parece participar en ambas fases.

384-387). Este pluralismo hará nacer una dificultad o, en algunos casos, una imposibilidad de coordinación entre sistemas jurídicos (Pecourt García, 1968: 39).

I. EVOLUCIÓN DOCTRINAL

La incierta historia doctrinal de la institución desconocida, se entrecruza frecuentemente con la historia del orden público (Pecourt García, 1968: 44).

Entender la institución desconocida como un elemento perturbador en el proceso de aplicación del Derecho extranjero, nace en la obra de Savigny. En el tomo VIII de su *Sistema de Derecho romano actual*, el maestro establece dos excepciones a la normal aplicación del Derecho extranjero dentro de la comunidad jurídica internacional; la primera constituida por aquellas normas de naturaleza positiva rigurosamente obligatoria –modernamente conocidas como normas de aplicación necesaria o inmediata–. La segunda excepción está constituida por "*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*" (Savigny, 1879: T. 6, 138-139).

Ante tal expresión del maestro de la Escuela histórica del Derecho, Garde Castillo se pregunta si el concepto de orden público –indiscutiblemente presente aunque no lo haya designado con tal denominación– queda agotado con la declaración de inaplicabilidad de las Leyes extranjeras contradictorias con las normas, prohibitivas o preceptivas, rigurosamente obligatorias de la *Lex fori* o si, por el contrario, también una suprema razón de orden público interviene en la institución desconocida. Para llegar a una respuesta, el autor recurre al propio Savigny. El gran jurista alemán afirma que "*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" (Savigny, 1879: T. 6, 141). Ciertamente resulta difícil diferenciar estas dos excepciones a la aplicación del Derecho extranjero formuladas por Savigny.

Garde Castillo refiere lo poco afortunados de los ejemplos del maestro de Berlín. En su opinión, existen, dentro de la noción de institución desconocida que maneja Savigny, 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 penales y de policía, que revisten carácter absolutamente territorial*". Añade que "*llevada a sus últimas consecuencias, la restricción basada en este fundamento sería de tal alcance que poquísimas disposiciones extranjeras podrían obtener aplicación extraterritorial, y por tanto el sistema de Savigny significaría un retroceso*" (Garde Castillo, 1947: 90-91). Mas notemos que Savigny las considera, en el cuerpo de su obra, como una "*anomalía*" de la cual "*debe esperarse que, por consecuencias del desarrollo natural de Derecho en los diferentes países, el número de estos casos excepcionales tenderá constantemente a disminuir*" (Savigny, 1879: T. 6, 141). Tal excepcionalidad impone una interpretación restrictiva de los supuestos en que pudiéramos hallarnos frente a una institución desconocida.

Ahora bien, a Mancini se debe la unificación de ambas nociones en un concepto calificado como "*más sonoro*"[200]; tesis criticable si recordamos la inclusión del Derecho público dentro de la noción de orden público. Sin embargo, a partir de su obra, el estudio de la institución desconocida fue dejado 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 Ley (Maury, 1952). Quienes

[200] Así lo estimó Garde Castillo (1947: 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, 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".

sobre ella opinaron lo hicieron para desestimarla como excepción a la aplicación del Derecho extranjero[201], afirmando que los efectos que la institución desconocida produce 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 fundamental (Garde Castillo, 1947: 103-104).

II. FUNCIONAMIENTO DE LA INSTITUCIÓN DESCONOCIDA

1. Determinación del desconocimiento

Bien, al emprender su estudio, el profesor Garde Castillo afirma que para precisar cuáles son las verdaderas instituciones desconocidas, o por lo menos las relevantes para los problemas conflictuales, han de conformarse cinco grupos con las instituciones extranjeras que el juez puede encontrar en la búsqueda y aplicación de la Ley designada por su norma de conflicto (Garde Castillo, 1947: 45-50). 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. La determinación de esta condición ha de depender, en todo caso, de la calificación. 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. Siendo que cada institución es el resultado de las particulares necesidades de un Estado determinado, cuando tales necesidades no son sentidas en otro, es lógico que la institución se presente como desconocida. En estos casos, el autor afirma que una institución puede no haber sido prevista y sin embargo considerar su razón de ser, la cual podría dar lugar a una regulación consuetudinaria; de manera que la vigencia

[201] 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" (Sánchez de Bustamante, 1893: 92).

praeter legem de tal regulación debe ser examinada como cuestión previa, y en caso afirmativo proceder como si esta vigencia se basase en una Ley.

El tercer conjunto se compone por instituciones que son desconocidas debido a discrepancias técnicas. Explica Garde Castillo que existen instituciones que, en un sentido muy amplio, están presentes en todos los ordenamientos jurídicos; pero en la institución extranjera, nuestro juez puede hallar una falta de paralelismo con la propia. Utilizando la tutela como ejemplo, el autor considera que en estos casos, la institución no debe calificarse como desconocida; pero puede serlo alguna de sus modalidades. En el cuarto grupo se ubican las instituciones prohibidas. En relación con éstas, notemos que generalmente sólo se prohíbe lo que no se conoce; pero puede ocurrir que una institución extranjera sea contraria, no a una norma expresa del ordenamiento jurídico del foro, sino a uno de los principios que le sirven de base; lo que hará que la institución sea rechazada, pero no por ser desconocida sino por ser contraria a los principios protegidos por el 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.

De más está aclarar –puntualiza el autor– que hay que descartar completamente como elemento de juicio para saber si una institución extranjera es o no conocida, el nombre que ésta recibe, aun cuando pueda considerarse como un indicio[202]. De manera general, una relación de la vida nunca puede ser desconocida, si bien puede no ser prevista por el legislador y, desde el momento en que un ordenamiento la considera como el supuesto de hecho de una consecuencia jurídica, ha de ser calificada como relación jurídica, y por ello tendrá tantas consecuencias jurídicas como Estados en los cuales sea regulada. Cuando las diferencias entre las relaciones que la integran en dos legislaciones distintas afectan su finalidad y su técnica, estaremos, desde la perspectiva de uno de los Estados, frente a una institución desconocida. La institución extranjera tiende a resolver problemas jurídicos que no se han planteado en el foro o que planteados han sido resueltos por normas basadas en una técnica jurídica muy diferente.

[202] Para Maury, el nombre no constituye más que una simple presunción; sólo el contenido real dede ser decisivo y, para ello, es preciso apreciar la función cumplida por la institución considerada dentro del orden del que forma parte. Maury, 1936: 503.

Por su parte, Pecourt García (1968: 40 ss.) estima que el desconocimiento de una institución puede verse desde tres diversos puntos de vista. Así, desde el punto de vista del objeto o materia, una institución determinada sólo podrá ser calificada como desconocida en un ordenamiento jurídico, cuando responda a valores o principios en neta contradicción con los vigentes en el ordenamiento que la desconoce, con lo cual, una institución desconocida suele ser una institución prohibida. Desde la perspectiva del sentido y alcance de su contenido normativo, será excepcional encontrar una institución verdaderamente desconocida: entre Estados de círculos comunes de civilización e ideología lo normal es que las instituciones guarden cierta correspondencia, mas podrán registrarse ciertas diferencias, sobre todo cuando se trate de instituciones muy concretas[203]. Finalmente, desde el punto de vista de la estructura y dinámica técnica de las instituciones, el autor, luego de aclarar que tanto la estructura como la dinámica se presentan fundamentalmente condicionadas por el modo de estar configurado y de actuar el ordenamiento al que pertenecen, afirma que, en este caso, lo más frecuente es la diversidad y ella conducirá a que, más que calificar la institución como desconocida, se la entienda bien como técnicamente inaplicable o bien como técnicamente sustituible.

Ciertamente, el expresar el desconocimiento de una institución extranjera implica, de suyo, un previo proceso de calificación. 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. Sin embargo, llegar a tal conclusión supuso un estudio de la esencia de estas instituciones.

El gran problema que se nos presenta con la institución desconocida, es determinar frente a cuál elemento ha de entenderse tal desconocimiento.

[203] "...En lo referente a instituciones de gran amplitud muy rara vez podrá afirmarse su inexistencia en un ordenamiento coexistente o conectado con el que posee tal institución. A medida que se reduzca el calibre de la noción de institución considerada, las posibilidades de que se produzca el fenómeno de su desconocimiento serán mayores" (Pecourt García, 1968: 43).

Podríamos sostener, como lo ha hecho gran parte de la doctrina, que es desconocida una institución que no esté prevista en la Ley positiva. Semejante afirmación nos conduce directamente al problema de las lagunas de la Ley. Una respuesta contagiada de cierta aura 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.

En efecto, hay quienes definen como desconocidas, aquellas instituciones que son simplemente ignoradas, por la fuerza de elementos históricos en la formación de un Derecho determinado (De Souza del'Olmo, 2000: 59). En el marco del Derecho venezolano, tenemos un excelente ejemplo; con la vigencia en abril de 2000 de la Ley Orgánica de Protección al Niño y al Adolescente, 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.

2. Una solución basada en la calificación funcional

La calificación que como desconocida pueda recibir una institución depende entonces, 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 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.

De allí la común relación que suele establecerse entre la institución desconocida y el problema de las calificaciones; incluso constituyó una de las críticas contra la solución proclive a la aplicación de los criterios materiales del Derecho del foro para resolver esta cuestión. Se ha sostenido que aunque la tesis legeforista de las calificaciones tiene una indiscutible base lógica y práctica, se muestra ineficaz cuando la institución que se debe calificar sea desconocida para el ordenamiento jurídico del juez (Garde Castillo, 1947: 81). Pero no puede el juez, con este pretexto, dejar de juzgar el asunto sin pronunciar un *non liquet*. Ante semejante hipótesis, de acuerdo con la doctrina clásica, el juez debería simplemente aplicar su propio Derecho, desconociendo con ello los derechos adquiridos que pudiesen estar en juego.

Sin embargo en la actualidad, 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 funciones; tal operación es lo que la doctrina se ha dado en llamar "*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 (Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo, 1997: 344).

Si no encuentra una figura análoga dentro de su ordenamiento jurídico, el juez debe rechazar la aplicación del Derecho extranjero; pero, 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 público. 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 (Alfonsín, 1982: 605-606). Con tal afirmación, el profesor uruguayo niega toda posibilidad de actuación a esta causa de evicción del Derecho extranjero.

Esta misma tendencia ha sido seguida por los intérpretes del Código Civil griego de 1856, cuyo artículo 8, consagraba la institución desconocida como excepción a la aplicación del Derecho extranjero, en los siguientes términos: "*Los tribunales griegos no podrán en ningún caso hacer aplicación de las leyes extranjeras contrarias a las leyes nacionales de orden público o* ***relativas a instituciones no reconocidas por las leyes griegas***" (Resaltado nuestro). Con relación a esta norma, Politis estimó que aparentemente, este motivo de exclusión lleva consigo un gran número de aplicaciones, pues hay muchas instituciones establecidas en los países extranjeros que no están previstas en ninguna de las leyes griegas. Así comprendido, el artículo 8 sería completamente contrario al buen sentido. Pero este

texto considera simplemente las leyes extranjeras contrarias al orden público, y no aquellas que consagran instituciones desconocidas en Grecia. El orden público puede ser determinado de dos maneras: puede serlo expresamente por leyes nacionales, y es la primera hipótesis del precepto, y puede serlo también implícitamente por el espíritu general de la legislación, y es el segundo supuesto. Es preciso, pues, para que una Ley extranjera sea excluida por vía del artículo 8, que consagre una institución contraria al espíritu de la legislación griega (Politis, 1908: 20; en el mismo sentido, Maridakis, 1954: 174). Reduce el autor ambas excepciones al juego del orden público.

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 se haya eliminado progresivamente, como mecanismo fácil para rechazar la aplicación del Derecho extranjero y su nueva concepción obligue a revisar el Derecho del juez, para determinar si no existen procedimientos o instituciones análogas, lo que favorece su consideración como una institución valorativa (Maekelt, 1998: 25).

Su estricta interpretación, como causa de evicción de la Ley extranjera, podría convertirse en una manifestación del territorialismo con miras a reducir excesivamente la actuación de Derecho extranjero (Maekelt, 1984: 160). 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 aplicación (Garde Castillo, 1947: 156).

Igualmente se nota como algunas legislaciones, es el caso de Hungría[204] y Québec[205], 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 ser siempre el último recurso.

---

[204] 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".

[205] 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".

III. SISTEMA VENEZOLANO DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

1. Codificación convencional

La norma general que, en nuestro continente, consagra la institución desconocida está contenida en el artículo 3 de la Convención Interamericana sobre Normas Generales, según el cual "*Cuando la ley de un Estado Parte tenga instituciones o procedimientos esenciales para su adecuada aplicación y no estén contemplados en la legislación de otro Estado Parte, éste podrá negarse a aplicar dicha ley, siempre que no tenga instituciones o procedimientos análogos*". Su inclusión se debió a la necesidad de regular aquellos casos de tráfico jurídico externo que pusieran en contacto a los sistemas de Derecho civil y a los del *Common Law* (Maekelt, 1984: 160).

En relación con esta fórmula, se ha afirmado que con ella 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 esta norma, 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*" (Maekelt, 1984: 161).

En este sentido, en el seno de la Segunda Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (Montevideo, 1979), durante las discusiones de la Convención, la consideración del tema provocó extensos debates de los cuales surgieron diferentes posiciones. Aunque finalmente se aprobó la propuesta según la cual es necesario agotar las posibilidades de aplicación de la Ley extranjera y sólo rechazarla en aquellos países en los cuales no existieran procedimientos o instituciones análogos en la legislación del foro, también se propuso completar la propuesta original de la norma con los criterios de adaptación, pero tal proposición fue rechazada (Monroy Cabra, 1995: 440). Ciertamente para algunos autores el hecho de buscar en el ordenamiento jurídico del foro una institución o procedimiento análogo, para poder aplicar el Derecho extranjero, es una especie de adaptación.

En general, se afirma 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 (Maekelt, 1984: 161).

Además de esta norma general, conviene referir tres instrumentos convencionales en los que se regula de cierta forma la institución desconocida. El primer ejemplo lo encontramos en el Tratado de Montevideo sobre Derecho comercial terrestre internacional de 1940, cuyo artículo 9 establece que "*Las sociedades o corporaciones constituidas en un Estado bajo una especie desconocida por las leyes de otro, pueden ejercer en este último actos de comercio, sujetándose a las prescripciones legales*". La doctrina ha entendido que esta norma no funciona como una excepción, sino justamente para permitir el funcionamiento de instituciones consideradas como desconocidas (Monroy Cabra, 1995: 349).

El segundo ejemplo lo encontramos en la Convención Interamericana sobre Régimen Legal de Poderes para ser Utilizados en el Extranjero (1975). El artículo 3 de este tratado 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*".

El desconocimiento de la escritura pública en Estados Unidos, fue el principal motivo para la inclusión de este precepto. De hecho, el artículo 2 *in fine* del Proyecto de Convención disponía que "*En los poderes que provengan de Estados regidos por el sistema denominado* Common Law *las solemnidades podrán ser otorgadas en la forma prevista en el párrafo final del artículo 5*". El texto del artículo no fue aceptado; sin embargo, en un esfuerzo por concertar con los países del *Common Law*, se expuso la posibilidad de adaptar el asunto tratado por otras convenciones que cubren perfectamente la posibilidad de que los Estados pertenecientes a la familia del *Common Law* puedan concertar tratados o convenios con el resto de los Estados miembros. En tal sentido el delegado del Uruguay, el profesor Opertti, realizó una propuesta del siguiente tenor: "*En caso de que los poderes provengan de Estados regidos por el sistema denominado* Common Law *las solemnidades podrán ser cumplidas de conformidad a la Ley del Estado de otorgamiento*"[206]. Tal propuesta también fue rechazada y se prefirió la fórmula adoptada en el actual artículo 3.

[206] Actas y Documentos CIDIP I: Vol. I, 202-207 y 215.

Finalmente, también con el afán del acercamiento entre los diversos sistemas que conviven en nuestro continente, la Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero establece, en su artículo 9, que "*El órgano jurisdiccional requerido podrá rehusar, conforme al artículo 2, inciso primero, el cumplimiento del exhorto o carta rogatoria cuando tenga por objeto la recepción u obtención de pruebas previas al procedimiento judicial o cuando se trate del procedimiento conocido en los países del "Common Law", bajo el nombre de "pretrial discovery of documents"*".

2. Codificación estatal

No se registra, en nuestra legislación estatal, ningún antecedente de la norma en estudio. Tampoco los Proyectos de 1912 y 1963/65 contienen disposiciones al respecto. Es en la reforma que del Proyecto 1963/65 se realizara durante las Reuniones Nacionales de Profesores de Derecho internacional privado de 1995 y 1996, que se introduce el actual artículo 9 de la Ley. Su inclusión se debió, principalmente, a que nuestro ordenamiento jurídico se relaciona con sistemas de características diversas y, en ocasiones, extraños al sistema venezolano (Maekelt, 2002: 87).

Ya hemos afirmado en otras oportunidades (Madrid Martínez, 2000: 126) la amplitud de la norma contenida en el artículo 9 de la Ley, al referirse no sólo a "*instituciones*", sino también a "*procedimientos desconocidos*". Sin embargo, la amplitud es sólo en este sentido pues tanto la norma contenida en el artículo 9 de la Ley, como la del artículo 3 de la Convención sobre Normas Generales, 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. En el ámbito interamericano, sólo encontramos esta figura consagrada en el Código Civil mexicano, a través de una norma bastante similar a la nuestra[207].

Podríamos llegar a pensar que, en la actualidad, esta institución está en desuso, pero de la redacción de estas disposiciones podemos inferir que lo que buscan es impedir que el juez excluya el Derecho extranjero por simple desconocimiento, antes tendrá que descartar la existencia de una institución análoga en su propio ordenamiento jurídico. Debemos igualmente resaltar que con la expresión "*podrá*", su aplicación se consagra, no

[207] Código Civil mexicano (1993), Art. 14(III): "No será impedimento para la aplicación del Derecho extranjero, que el derecho mexicano no prevea instituciones o procedimientos esenciales a la institución extranjera aplicable, si existen instituciones o procedimientos análogos".

como una obligación para el juez, sino como una facultad que éste puede ejercer sólo después de examinar cada caso concreto para determinar si realmente se justifica la exclusión del Derecho extranjero, por eso algunos autores califican tal excepción como facultativa (Maekelt, 2002: 87).

Nos queda sin embargo 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 (1879: T. 6, 139) sólo refería que tales instituciones "*no pueden pretender la protección de los Tribunales*", 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; en efecto, no creemos posible que un juez venezolano pueda pronunciar un *talaq* musulmán en Venezuela. 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 la cual podría establecerse un paralelismo con el *trust* inglés. 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? Hemos de recordar que, la aplicación de la *Lex fori*, podría incluso llevar al juez a desconocer situaciones jurídicas debidamente creadas.

En materia de orden público –principal causa de evicción de la Ley extranjera– algunos sistemas en el Derecho comparado establecen la aplicación del Derecho del foro; es el caso del Código Civil peruano y de las Leyes austriaca y húngara[208]. Sin embargo, puede sostenerse que la mayoría calla al respecto[209]. En el caso de la institución desconocida la solución se complica, pues al no hallar en nuestro sistema una figura análoga, se haría imposible llegar a una solución a través de la *Lex fori*, salvo que el operador jurídico decida desconocerla. Definitivamente es más acertada la solución establecida por los sistemas de Hungría y Québec.

Consideramos que si la institución en controversia no es manifiestamente contraria a los principios fundamentales del ordenamiento jurídico del foro, con lo cual operaría la excepción de orden público, 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 consideramos 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.

CONCLUSIÓN

La evolución histórica de la institución desconocida en el Derecho internacional privado, nos muestra de manera clara la transformación de que ha sido objeto esta figura. Entendida desde los tiempos del gran maestro de Berlín como una causa de exclusión del Derecho extranjero competente, como una anomalía que entorpece el funcionamiento de la comunidad jurídica internacional, actualmente ha perdido ese cariz negativo que un día la caracterizó, para convertirse en una útil herramienta que permite al juez llegar a una solución equitativa del caso concreto.

No es la fórmula de nuestra Ley la más afortunada; sin embargo, efectivamente la *ratio legis* de la norma que la contiene es, como en el caso del orden público, descartar la aplicación del Derecho extranjero, sólo como último recurso. En todo caso el juez habrá de considerar el respeto a las

[208] 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"; Ley de Derecho internacional privado húngara, Art. 7(3): "El derecho húngaro será aplicado en sustitución del derecho extranjero rechazado".

[209] 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 del Código Civil alemán; el artículo 17 de la Ley suiza ni el artículo 8 de la Ley venezolana.

situaciones jurídicas válidamente creadas, teniendo siempre presente, que el objetivo fundamental del Derecho internacional privado contemporáneo es asegurar la continuidad de las relaciones jurídicas a través de las fronteras geográficas.

336-356

NORMAS DE APLICACIÓN NECESARIA

Claudia Madrid Martínez

ARTÍCULO 10

No obstante lo previsto en esta Ley, se aplicarán necesariamente las disposiciones imperativas del Derecho venezolano que hayan sido dictadas para regular los supuestos de hecho conectados con varios ordenamientos jurídicos.

SUMARIO

INTRODUCCIÓN. I. EVOLUCIÓN HISTÓRICA. II. FUNCIONAMIENTO DE LAS NORMAS DE APLICACIÓN NECESARIA O INMEDIATA. 1. RELACIONES CON EL ORDEN PÚBLICO EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. 2. APLICACIÓN. 2.1. *Las normas de aplicación necesaria del foro*. 2.2. *Las normas de aplicación necesaria extranjeras*. III. SISTEMA VENEZOLANO DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. 1. CODIFICACIÓN CONVENCIONAL. 2. CODIFICACIÓN ESTATAL. CONCLUSIÓN. JURISPRUDENCIA*.

INTRODUCCIÓN

Tradicionalmente se ha entendido que el ordenamiento jurídico tiene, como característica general, una naturaleza imperativa en el sentido de

* No se encontraron datos relativos a esta sección.