

CUESTIONES INCIDENTALES

Claudia Madrid Martínez 4

ARTÍCULO 6

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.

SUMARIO

INTRODUCCIÓN. I. EVOLUCIÓN DOCTRINAL. 1. PRESUPUESTOS. 2. SOLUCIONES CLÁSICAS. 3. LA CUESTIÓN INCIDENTAL Y OTRAS INSTITUCIONES GENERALES. II. EL PROBLEMA DE LA SUSTITUCIÓN COMO PARTE DE LA SOLUCIÓN DE LA CUESTIÓN INCIDENTAL. III. LA CUESTIÓN INCIDENTAL EN EL SISTEMA VENEZOLANO DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. 1. CODIFICACIÓN CONVENCIONAL. 2. CODIFICACIÓN ESTATAL. CONCLUSIÓN. JURISPRUDENCIA*.

INTRODUCCIÓN

El primer problema reseñado en la doctrina, en relación con esta institución general de Derecho internacional privado, tiene que ver con su propia denominación. En este sentido, no ha faltado quien, en doctrina, haya

* No se encontraron datos relativos a esta sección.

criticado las expresiones “*incidental*” o “*prejudicial*” por su “*excesivo sabor procesalista*” y se haya inclinado por los términos “*cuestión previa*” o “*cuestión preliminar*” (Pecourt García, 1966: 15). Los autores alemanes, encabezados por Wengler, le han dado el nombre de *Vorfrage*, expresión equivalente a la francesa *question préalable*, utilizada especialmente por Maury (1936: 554) 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 de las calificaciones (Garde Castillo, 1947: 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 (Wolff, 1958: 197-198). Por su parte, nuestro legislador, tanto convencional como estatal, se ha referido, de manera indiferente, a “*cuestiones previas, preliminares o incidentales*”.

Sin duda, de todas las instituciones generales del Derecho internacional privado es quizá ésta, la que tenga más reflejo desde el punto de vista procesal, pues el condicionamiento de la cuestión incidental sobre las modalidades y alcance de la principal, obliga al juez a pronunciarse sobre ella con anterioridad al objeto del juicio (Maekelt, 1984: 100). De hecho, se ha afirmado que la cuestión incidental no se concibe si no se la encuentra inmersa en un proceso (Bonnemaison, 1975: 37). Por ello, para plantear el problema es necesario aclarar algunos conceptos en relación con la cuestión previa en el ámbito del Derecho procesal y, especialmente, con la cuestión prejudicial; considerando siempre que, desde el punto de vista del sistema adjetivo, no todas las condicionantes de la acción han de ser calificadas como prejudiciales o incidentales. Además, hemos de tener siempre presente que, en el caso del Derecho internacional privado, lo que se plantea, en principio, es un problema de determinación del Derecho aplicable.

Prejudicial es, en sentido estricto, aquel asunto que debe ser resuelto antes que la cuestión principal, porque constituye una premisa o antecedente lógico de la sentencia (Alsina, 1959: 16) y, entendida así, podríamos encuadrar en tal definición a la cuestión incidental en el Derecho internacional privado. Igualmente, de manera general, se ha aceptado que una cuestión principal al petitorio es aquella que constituye el objeto de la acción, en cuyo examen el juez debe verificar si se han cumplido las exigencias de la hipótesis legal. Mas ciertamente puede ocurrir que al procesarse

el hecho litigioso haya necesidad de entrar a conocer, discutir y resolver sobre cuestiones de Derecho que se postulan en el juicio como condicionantes de la acción deducida. Estas excepciones, defensas o reconvenções constituyen las cuestiones incidentales necesitadas de pronunciamiento para poder definir la suerte de lo principal (Bonnemaison, 1975: 36).

Desde el punto de vista del Derecho procesal, muchas han sido las definiciones y clasificaciones de que ha sido objeto la cuestión prejudicial. El maestro Carnelutti, por ejemplo, la define como toda cuestión cuya solución constituye una premisa de la decisión; en su *Sistema*, sólo son prejudiciales, en sentido técnico, las cuestiones cuya solución –por el juez de la causa o por el de otra jurisdicción– constituye a su vez una premisa de la decisión en otros litigios. Tal definición es ejemplificada por el maestro a través de la acción intentada por la mujer para reclamar alimentos al marido; el juez –en su opinión– no podría acordarlos sin conocer si el matrimonio es o no válido. La condena del marido a prestar alimentos implica la afirmación de la validez del matrimonio, pero esta afirmación tiene valor sólo en tanto es premisa de la declaración de la obligación del marido a prestar alimentos a su mujer, no en cambio en relación con otras obligaciones que incumben a los cónyuges. Pero si el marido alega la nulidad del matrimonio, el proceso no sólo servirá para la decisión del litigio sobre los alimentos, sino también para los varios litigios en que se discutan intereses opuestos de los cónyuges. En este último caso se puede ver con claridad la cuestión prejudicial propiamente dicha (Carnelutti, 1944: 683).

De tal manera, para que una cuestión tenga carácter prejudicial en sentido propio, 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 (Alsina, 1959: 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: Rengel-Romberg, 1994: 78-79).

Ahora bien, en Derecho internacional privado existe cuestión incidental cuando, para regular 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 incidental (Calvo Caravaca, 2002: 235). 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 autonomía propia, pero que precisa ser resuelta previamente para abordar la cuestión principal (Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo, 1997: 407). Resulta necesario aclarar que “resolver”, en este caso, implica determinar el Derecho aplicable. De esta manera, en Derecho internacional privado, el problema de la cuestión incidental consiste en la elección de un sistema conflictual para determinar su Derecho aplicable y, por tanto, en la posibilidad de derogar la aplicación normal de la norma de conflicto del foro (Abarca Junco, 2000: 139).

Debemos notar que la diferencia que se presenta entre la cuestión prejudicial en Derecho procesal y en Derecho internacional privado, está directamente relacionada con la independencia jurisdiccional de la petición incidental. Tal planteamiento nos lleva a preguntarnos si es posible, en Derecho internacional privado, que el juez tenga jurisdicción para conocer de la cuestión principal y le falte para resolver la incidental. En nuestra opinión, y es lo que se ha visto en la jurisprudencia extranjera, lo más conveniente es que opere el principio según el cual *el juez de la acción es el juez de la excepción* y, procesalmente, tal problema puede resolverse a través de los supuestos de acumulación (Arts. 77 ss. CPC). Es preciso que el juez conozca del proceso completo, de todos los elementos necesarios para asegurar su solución, pues resultaría inadmisibles que un proceso pueda ser dividido en diversas cuestiones sometidas a tribunales diferentes; quedan a salvo, claro está, aquellas cuestiones que, por su naturaleza o por disposición de la Ley, deban ser resueltas por otro juez (Alsina, 1959: 54).

En conclusión –coincidiendo con la opinión de Aguilar Navarro (1982-II: 65)– no parece recomendable plantear el problema de la cuestión incidental desde una perspectiva estrictamente procesal, pues lo principal y lo previo en el proceso, funcionan de manera relativa, según las circunstancias y el modo de situar las partes sus reclamaciones. Por tal razón es preferible ver el problema como una cuestión de dependencia, de nexos.

I. EVOLUCIÓN DOCTRINAL

Ninguna cuestión de Derecho es por su propia naturaleza principal o incidental. Todo depende del lugar que ocupe dentro de un litigio concreto¹⁵⁷.

¹⁵⁷ “Los términos mismos de cuestión principal y de cuestión previa expresan la subordinación de la segunda cuestión a la primera: esta dependencia tiene como marco el proceso: la primera cues-

Así, la validez del matrimonio puede ser objeto de una cuestión principal o plantearse como cuestión incidental (Bonnemaison, 1975: 37). No sin razón Goldschmidt afirma 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 previos (Goldschmidt, 1952: 289-292).

La cuestión incidental suele hacerse presente en la problemática práctica del Derecho internacional privado, cuando una Ley extranjera llama al goce de un derecho a personas investidas de cierta cualidad jurídica (Carrillo Salcedo, 1976: 242); de ahí 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 discutidos (Bonnemaison, 1975: 35-36). Sólo en caso de negarse la validez de la relación de que se trate, podrá darse paso a la intervención de la institución de los derechos adquiridos, como excepción a la aplicación de la norma de conflicto competente, sea la propia o una extranjera.

Por lo general, la cuestión incidental es producida por el demandado al proponer las excepciones o defensas. Puede citarse en este caso el ejemplo 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. Es el caso de la solicitud de anulación de un matrimonio, invocando la ineficacia de un divorcio que disolvió un vínculo precedente.

Como hemos reseñado, la cuestión es preliminar o previa a la principal porque su solución condiciona y precisa la de esta última, pero, cronológicamente, no cabe duda que la cuestión incidental se presenta con posterioridad a la cuestión principal. Pecourt García ha expresado esta doble idea afirmando que la cuestión incidental nace después que la principal,

ción es llamada principal porque constituye el objeto de la demanda originalmente sometida al juez. La lógica y también el transcurso del tiempo piden la inversión de esta relación: la cuestión llamada previa es lógicamente la primera, pues es la que impera sobre la cuestión principal, de la misma forma en que la causa precede a los efectos. Para que el segundo matrimonio sea válido es necesario que el primero haya sido disuelto antes mediante divorcio” (Rigaux, 1985: 320).

pero debe resolverse antes que ésta. En definitiva, el problema se plantea como consecuencia de la aplicación de una norma de conflicto, pues en un supuesto de tráfico jurídico externo, la aplicación de la norma conflictual origina, como primera consecuencia, la designación formal de la Ley material aplicable a dicha hipótesis y, sin embargo, en muchos casos la situación sometida a esa Ley material supone una situación jurídica ya existente (Pecourt García, 1966: 16).

1. Presupuestos

Para que, en Derecho internacional privado, se genere una cuestión incidental en sentido estricto, es necesario que concurren tres condiciones. La primera exige que la 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 de este Derecho (Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo, 1997: 408); en este sentido, Lagarde expresa que cuando la cuestión principal queda regulada 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* (Lagarde, 1960: 464-465).

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 principal (Bonnemaison, 1997: 33-53). 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 *Ponnoucanmalle c. 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 Maury (1936: 454), vieron un caso de calificaciones— no constituyó una verdadera cuestión incidental *problemática* para nuestra disciplina.

Recordemos su supuesto. Un hindú propietario de bienes en Indochina (territorio francés), excluye de su testamento al hijo de un hijo adoptivo premuerto, el cual fue adoptado conforme al Derecho de India; teniendo,

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. 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, 1966: 27).

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. Fueron los autores alemanes, de manos de Melchior (1932) y Wengler (1934), quienes descubrieron, a partir de este caso, un nuevo problema para nuestra disciplina.

2. Soluciones clásicas

Tradicionalmente, se han propuesto cuatro soluciones. 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, 1966: 16-17).

Bien, una primera solución conlleva a la aplicación de la norma de conflicto del ordenamiento jurídico 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 el profesor 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 jurídica. Sin embargo, 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*. Además, autores como Makarov (1955: 426) y Kropholler afirman que cuando la cuestión incidental implica un problema de nacionalidad, la misma debe ser resuelta de acuerdo con el Derecho de cuya nacionalidad se trate (citado por Calvo Caravaca, 2002: 239).

A esta solución se acerca Goldschmidt, con la llamada tesis de la equivalencia. Para el maestro, la teoría de la jerarquización es injusta y conduce a resultados inconvenientes; afirmación que lo lleva a plantearse que la cuestión previa debe enfocarse como un problema concatenado y simultáneo a otro que tampoco ha sido resuelto, pero el Derecho aplicable a ambas causas ha de ser determinado a través de la norma de conflicto del juez (Goldschmidt, 1977: 100-101).

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, obliga al juez a atender a la solución aportada por su propio sistema conflictual, a la hora de resolver la cuestión incidental (Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo, 1997: 408). Igual conclusión puede extraerse de aquellos sistemas que, como el brasileño¹⁵⁸, el peruano¹⁵⁹ o el de Québec¹⁶⁰, excluyen la posibilidad de aplicar las normas de conflicto extranjeras.

Llama la atención la solución adoptada al respecto por el artículo 12(II) de la Convención de La Haya sobre la celebración y el reconocimiento del

matrimonio (1978), pues en el marco de este convenio la cuestión preliminar se rige por la norma de conflicto del foro; pero si la cuestión principal queda regulada por el ordenamiento jurídico de un Estado no parte en el tratado, la cuestión previa "*podrá*" regularse a través del Derecho indicado por la norma de conflicto del sistema que regula la cuestión principal.

La segunda solución clásica, 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 tal como lo haría el juez del ordenamiento jurídico de que se trate y, por ello, ha de aplicar a la cuestión incidental, la norma de conflicto del Derecho extranjero aplicable a la 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 principal (Lagarde, 1960: 468-470).

Esta teoría ha sido harto criticada por conducir a soluciones diversas, según la cuestión principal con la cual la incidental esté conectada. 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. El profesor Fernández Rozas afirma que la aplicación de la misma Ley 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 sustitución (Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo, 1997: 408).

Ante las innumerables críticas suscitadas por estas dos soluciones, han surgido algunas tesis intermedias. Resalta, en primer término, la solución basada en el respeto a las situaciones jurídicas válidamente creadas propuesta por Niederer (1954: 319 ss.), Makarov (1955: 448) y Meijers (1938: 224 ss.)¹⁶¹. También Verplaetse realizó su propuesta; en su opinión, si la

¹⁵⁸ 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 la remisión hecha por ella a otra ley".

¹⁵⁹ Código Civil peruano, Art. 2.048: "Los jueces aplicarán únicamente el Derecho interno del Estado declarado competente por la norma peruana de Derecho internacional privado".

¹⁶⁰ Código Civil de Québec, 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".

¹⁶¹ 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

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 indicado 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 incidental (Verplaetse, 1954: 296-297).

3. La cuestión incidental y otras instituciones generales

La cuestión incidental es la más joven de las instituciones generales del Derecho internacional privado, por ello, en un principio, se trabajó en su identificación con figuras ya existentes. Así, se afirmó su semejanza con el reenvío por la relevancia que se otorga al Derecho conflictual extranjero; mas ambas presentan ciertas diferencias. En primer término, parece obvia la distinción propuesta por Goldschmidt, quien marca la diferencia entre ambos conceptos como un problema de restricción del supuesto o tipo legal: en el reenvío —afirma— aparece un mismo tipo legal respecto del cual existen diferentes normas indirectas; en cambio, en la cuestión incidental hay que considerar tipos legales diversos (Goldschmidt, 1952: 291).

En segundo lugar, en opinión de parte de la doctrina, en el reenvío la norma de conflicto extranjera sustituye a la del foro. En la cuestión incidental, la norma de conflicto extranjera actúa como una consecuencia de la aplicación de la norma indirecta del foro con la cual se complementa en una etapa posterior del juicio, en la que ambas se hacen presentes (Aguilar Navarro, 1982-II: 69; Bonnemaïson, 1975: 40). Nosotros vemos el problema de manera diferente. Cuando el juez, ante una cuestión incidental, hace uso de la solución *Lex causae*, sustituye su norma de conflicto con la disposición extranjera y nunca llega a aplicar la norma indirecta del foro que regula la relación jurídica que presenta carácter preliminar; en cambio, en el reenvío, alcanza la norma extranjera a través de la disposición conflictual del foro, sin la cual, jamás llegaría al ordenamiento jurídico foráneo.

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”.

Wolff, por su parte, estima que la cuestión incidental constituye un caso de aplicación de las normas extranjeras de conflicto “*aparte del reenvío*”, ya que éste surge antes que el juez haya averiguado sobre el Derecho aplicable para la materia en causa. Con posterioridad a esta determinación puede presentarse una situación similar respecto a la indagación sobre el Derecho aplicable a la cuestión incidental, que “*cae dentro del dominio de la interpretación del Derecho extranjero que rige el caso*” (Wolff, 1958: 197).

También se ha afirmado su semejanza con el problema de las calificaciones. En ambas figuras es necesario precisar el alcance y significación de los contenidos normativos. La doctrina francesa ha visto, en la cuestión incidental, una especie del planteamiento general de las calificaciones. Según Niboyet, en la cuestión incidental no hay más que un caso de calificaciones resuelto conforme a la norma autorizada por la *Lex fori*. Este autor, al igual que Bartin, estimaba —al considerar la sentencia de la Casación francesa de 1931— que el tribunal estuvo en presencia de dos normas de conflicto francesas: la que regulaba la sucesión de los inmuebles por la Ley del lugar de ubicación de los bienes y la que sometía la adopción a la Ley personal. Cada una de estas normas pudo válidamente ser aplicada respecto a la materia específica, en concordancia con el tipo de calificación verificado según el sistema del foro (Bonnemaïson, 1975: 41).

Pero ambas instituciones encuentran una diferencia, pues en la cuestión incidental —como en la calificación— no se trata de designar la Ley material aplicable para interpretar el factor de conexión o calificar el supuesto de hecho, sino de determinar la norma de conflicto que es competente para resolver la cuestión incidental, bien con un carácter accesorio e inseparable de la norma que gobierna el asunto principal o bien como una categoría distinta e independiente de ésta (Bonnemaïson, 1975: 41). Pecourt García estima que, más que confusión entre calificación y cuestión incidental, lo que puede darse es una adjetivación de la cuestión previa, en su manifestación de problema real de Derecho internacional privado, como caso especial de calificación; pero concluye que negarle autonomía a la cuestión incidental implicaría negarle su propia existencia (Pecourt García, 1966: 22-23).

Quizá la confusión con el problema de las calificaciones, encuentra su raíz en el llamado *segundo momento de la cuestión incidental*, esto es, la cuestión de la equivalencia de conceptos; problemática que se presenta cuando, una vez resuelto el problema del sistema conflictual aplicable a la

cuestión incidental y determinada la validez del derecho subjetivo que ella supone, el juez ha de determinar si tal concepto jurídico se corresponde con el concepto que utiliza la norma material aplicable a la cuestión principal (Pecourt García, 1966: 17-18); situación que nos conduce indefectiblemente al llamado problema de la sustitución.

II. EL PROBLEMA DE LA SUSTITUCIÓN COMO PARTE DE LA SOLUCIÓN DE LA CUESTIÓN INCIDENTAL

Luego de determinar, por cualquiera de las dos vías aceptadas, el Derecho material aplicable a la cuestión incidental, cuando éste no resulta ser el mismo competente para regir la cuestión principal, se plantea el problema de la equivalencia de la institución que funciona como incidental en un caso concreto y la correspondiente institución del Derecho aplicable a la cuestión principal. Semejante hipótesis –como hemos expresado– puede ser resuelta a través de la sustitución. Por tales razones, se ha aceptado que toda cuestión incidental envuelve una doble situación de Derecho internacional privado¹⁶². En primer lugar, como situación a la cual hay que asignar un Derecho aplicable que determine su validez, es decir, un problema de conexión; y, en segundo término, como un concepto que debe enmarcarse en la Ley aplicable a la cuestión principal (Pecourt García, 1966: 27).

La sustitución –como mecanismo de la calificación funcional– es utilizada para obviar los problemas de adaptación entre las normas materiales pertenecientes a ordenamientos distintos que rigen, respectivamente, la cuestión incidental y la principal (Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo, 1997: 345)¹⁶³. Pensemos por ejemplo, en un caso en el cual se discute un problema sucesoral y surge, como cuestión incidental, la validez de una adopción. Luego de determinar el Derecho aplicable, el juez reparará en que ha

¹⁶² Para Quintín Alfonsín (1982: 636), por ejemplo, “La llamada “cuestión incidental” no es un problema auténtico del funcionamiento del derecho privado internacional. Tanto por su planteamiento correcto como por la solución que merece, este problema se identifica con la calificación cuando la cuestión se presenta antes de la determinación del derecho privado aplicable a la relación llamada incidental, y se identifica con la adaptación cuando se presenta después que el derecho privado internacional mencionado fue de algún modo determinado”.

¹⁶³ De manera general, Lewald (1939: 132) ha afirmado que el problema de la sustitución consiste en determinar si se puede sustituir una relación de Derecho interno, considerada por la Ley interna como condición prejudicial de un efecto jurídico determinado, con una relación análoga de Derecho extranjero.

de aplicar un Derecho determinado a la cuestión principal y otro ordenamiento jurídico a la cuestión incidental. Si en el marco del Derecho aplicable a la relación preliminar, se configura una adopción que no se corresponde con la establecida por el sistema que rige la principal –en opinión de Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo (1997: 345-346)– se desvirtúa la voluntad de aplicación del Derecho propio de la sucesión, la coherencia de su regulación como conjunto normativo que atiende a una institución que, a su vez, afecta a un cúmulo de relaciones jurídicas diversas, estrechamente interconectadas. En consecuencia, si la institución adoptiva no es equivalente a la institución tal y como la entiende la legislación aplicable a la relación principal, no integrará el presupuesto de la norma sucesoria del Derecho material que atribuye a los hijos adoptivos determinados derechos sucesorios.

La doctrina ha propuesto diversas soluciones a este problema. Para Wengler, por ejemplo, debe operar una reconstrucción de un concepto prejudicial, para lo cual basta la coincidencia abstracta de los conceptos de manera que sea aceptable la presunción de identidad del contenido (*Inhalt*). Así, estos conceptos se presentan como “*conceptos-cuadro*” (*Rahmenbegriff*), en los que normalmente encajan los proporcionados por leyes distintas. En otras palabras, puede resultar imposible realizar tal identificación *a priori*, por lo cual se requiere la construcción de un concepto prejudicial a partir de los contenidos diferentes. Sólo cuando las condiciones y los efectos del concepto utilizado por la norma aplicable a la cuestión incidental coincidan con los efectos y condiciones del concepto utilizado por la norma que rige la principal, podrán identificarse ambos (Wengler citado en Pecourt García, 1966: 54).

Por su parte Raape, estima que la sustitución es un problema propio de la adaptación; sin embargo, coincide con la solución preconizada por Wengler, al afirmar que el concepto proporcionado por la Ley material aplicable a la *Vorfrage* y el utilizado por el ordenamiento que rige la cuestión principal, debe realizarse a partir del contenido de este último. Si los efectos y condiciones determinados por éste se dan en aquél, el concepto de la cuestión incidental podrá encuadrarse en el supuesto de la cuestión principal. De lo contrario, aquél no podrá surtir los efectos atribuidos por la norma material aplicable a esta última (Raape citado en Pecourt García, 1966: 54-55). Esta tesis ha sido desarrollada por Cansacchi, pero éste no da preferencia al concepto contenido en la Ley material que rige la cuestión principal, sino que prefiere partir de un complejo procedimiento, desarrollado en

fases sucesivas de comparación, equivalencia, sustitución y adaptación (Cansacchi citado en Pecourt García, 1966: 55). La misma idea parece apoyar Maury, quien se refiere a un fenómeno de adaptación dirigido a la formación de un concepto de Derecho material (Maury, 1936: 563).

En el sistema venezolano —aceptando que la sustitución pueda considerarse como un supuesto especial de adaptación— contamos con las normas contenidas en los artículos 7 de la Ley de Derecho Internacional Privado y 9 de la Convención Interamericana sobre Normas Generales. De acuerdo con estas disposiciones, 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. Además, las posibles dificultades causadas por su aplicación simultánea se resolverán teniendo en cuenta las exigencias impuestas por la equidad en el caso concreto. De tal manera se da al juez venezolano la herramienta para que, teniendo siempre por norte la justicia material del caso concreto, resuelva el eventual problema de sustitución que se le pueda presentar.

III. LA CUESTIÓN INCIDENTAL EN EL SISTEMA VENEZOLANO DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

1. Codificación convencional

La primera consagración legislativa conocida en nuestro continente y en el sistema venezolano, está contenida en el artículo 8 de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, pues ni los Tratados de Montevideo ni el Código Bustamante contienen disposiciones al respecto. A través de una norma idéntica a la contenida en nuestra Ley, la Convención no resuelve el problema de la unificación convencional de criterios con relación a la cuestión previa. La fórmula empleada autoriza a que cada juez siga aplicando a las cuestiones previas el sistema conflictual del foro o el del ordenamiento que rige la cuestión principal, de acuerdo a su propio criterio.

Tal norma fue incluida en la Convención, a propuesta de la delegación venezolana y su adopción implicó rechazar la propuesta argentina, de acuerdo con la cual “*Las cuestiones previas o incidentales y la cuestión principal se regirán independientemente por sus respectivos derechos aplica-*

*bles según las normas de Derecho internacional privado del juez de la causa. Si se produjesen resultados contradictorios o irrazonables por las aplicaciones parciales de distintos derechos materiales, los jueces podrán adaptar los derechos en cuestión para alcanzar una solución coherente o razonable*¹⁶⁴.

Ahora bien, se ha sostenido que la proposición empleada por la Convención sugiere una cierta inclinación por la doctrina de la *Lex causae* (Goldschmidt, 1980: 153). Otros han afirmado que la fórmula adoptada no impone al juez ninguna de las dos soluciones tradicionales en la materia, es decir, resolver la cuestión incidental de acuerdo con la norma indirecta del foro (*Lex fori*) o de acuerdo con las normas de conflicto del ordenamiento jurídico que rige la cuestión principal (*Lex causae*) (Maekelt, 1984: 172-173). En nuestro criterio, 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 y aun cuando no se establece taxativamente una solución, se establece el deslinde o independencia de lo incidental y lo principal (Madrid Martínez, 2000: 122).

Finalmente, debemos reseñar que, en opinión de Neuhaus, la expresión “*de acuerdo con la ley que regula*”, debe entenderse como referencia a la norma de conflicto pertinente, salvo que se trate de una cuestión incidental de carácter material (Neuhaus, 1982: 173). Pero a pesar de su innovadora fórmula, parte de la doctrina estima que en el futuro debe estudiarse la necesidad de perfeccionar la fórmula empleada para dotarla de claridad y efectividad (Maekelt, 1984: 173).

2. Codificación estatal

El Proyecto de Ley de Aplicación de Derecho Internacional Privado, preparado por el profesor Pedro Manuel Arcaya en 1912, no contenía norma que solucionase el problema de la cuestión incidental. Tampoco el Proyecto de Ley de Normas de Derecho Internacional Privado de 1963/65 regulaba la materia. La primera regulación apareció con la reforma que al Proyecto de 1963/65 se realizó en las reuniones nacionales de profesores de Derecho internacional privado que se llevaron a cabo entre 1995 y 1996.

¹⁶⁴ Actas y Documentos, Segunda Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-II), 1980, Washington, Vol. III: 442.

Su inclusión se debió a la importancia práctica de la cuestión incidental en el Derecho internacional privado, sobre todo en los casos en que la Ley competente ampara derechos subjetivos (Maekelt, 1998: 36-37).

El artículo 6 de nuestra Ley, tampoco ata al juez a alguna solución, en todo caso, las cuestiones incidentales “no deben resolverse necesariamente de acuerdo con el Derecho que regula esta última”. Con esta institución comienza a notarse la libertad dada al juez para resolver el caso concreto de acuerdo con la justicia material, al dársele dos alternativas para llegar a una solución equitativa.

Como hemos sostenido en otras oportunidades (Madrid Martínez, 2000: 123), lo que se enfrenta a través de las dos soluciones es el tradicional dilema entre dar supremacía a la armonía interna de soluciones (solución *Lex fori*) o a la armonía internacional (solución *Lex causae*). 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, cuando 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 preliminar 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 imposible (Carrillo Salcedo, 1976: 243-245). 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 normas (Bonnemaison, 1997: 33-53).

Una solución similar a la de nuestra Ley está presente en el Código Civil mexicano en su artículo 14(IV)¹⁶⁵.

CONCLUSIÓN

Con esta solución, nuestra Ley se adapta a las más modernas tendencias, al permitir al juez, de acuerdo al resultado obtenido a través de la aplicación de ambas tesis, elegir la que más favorezca la solución equitati-

¹⁶⁵ 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”.

va del caso concreto, he aquí el carácter valorativo de la cuestión incidental en el Derecho internacional privado.

Además es necesario tener presente que la elección entre la solución *Lex fori* o *Lex causae* se contrae a un problema perenne de Derecho internacional privado, esto es, dar primacía a la armonía interna o internacional de soluciones, lo cual en el caso de la cuestión incidental podría expresarse en términos de tomar en cuenta la intensidad de internacionalización de la relación que funge como preliminar.

Igualmente, debemos siempre considerar el necesario reconocimiento de las relaciones jurídicas válidamente creadas. Respeto que, además de ser una obligación impuesta por nuestro legislador tanto convencional¹⁶⁶ como estatal¹⁶⁷, se traduce en la justicia material del caso concreto para la solución de la cuestión incidental.

¹⁶⁶ Código Bustamante, Art. 8; Convención Interamericana sobre Normas Generales, Art. 7.

¹⁶⁷ Ley de Derecho Internacional Privado, Art. 5.