

## ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY. PRELACIÓN DE LAS FUENTES

*Claudia Madrid Martínez*

### ARTÍCULO 1\*

*Los supuestos de hecho relacionados con los ordenamientos jurídicos extranjeros se regularán, por las normas de Derecho Internacional Público sobre la materia, en particular, las establecidas en los tratados internacionales vigentes en Venezuela; en su defecto, se aplicarán las normas de Derecho Internacional Privado venezolano; a falta de ellas, se utilizará la analogía y, finalmente, se regirán por los principios de Derecho Internacional Privado generalmente aceptados.*

### SUMARIO

INTRODUCCIÓN. I. ARTÍCULO 1 DE LA LEY DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. 1. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA. 2. PROYECTOS. II. NATURALEZA DE LA NORMA EN ESTUDIO. III. LAS NORMAS DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO SOBRE LA MATERIA, EN PARTICULAR, LAS ESTABLECIDAS EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES VIGENTES EN VENEZUELA. 1. GENERALIDADES. 2. IMPORTANCIA DE LAS FUENTES DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO PARA EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. 3. LOS TRATADOS INTERNACIONALES. 3.1. *Relaciones*

\* Algunas de las notas aquí reseñadas, aparecieron por primera vez en nuestro trabajo Las normas de Derecho internacional público y el Derecho internacional privado venezolano, publicado en el Vol. IV del Libro Homenaje al profesor Gonzalo Parra-Aranguren, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, Colección Libros Homenaje N° 1, 2002.

entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno. 3.2. Aplicación de tratados internacionales que regulan la misma materia. 3.2.1. Derecho Internacional Privado y Derecho Material Unificado. 3.2.2. Derecho Internacional Privado y tratados en el marco de la integración subregional andina. 3.3. Breve referencia al Soft Law. IV. LAS NORMAS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO VENEZOLANO. V. LOS MECANISMOS DE INTEGRACIÓN DEL DERECHO EN DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. 1. LA ANALOGÍA. 2. LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO. 3. LA INTEGRACIÓN DEL DERECHO EN MATERIA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. CONCLUSIONES. JURISPRUDENCIA.

## INTRODUCCIÓN

La ampliamente aceptada pluralidad de métodos y de tipos normativos en el Derecho internacional privado, exige una diversidad de medios de producción, de fuentes o cauces normativos (Aguilar Navarro, 1982-I: 443). Sin embargo, tal afirmación no fue siempre admitida por la doctrina. En principio, se afirmó la naturaleza eminentemente estatal de las fuentes del Derecho internacional privado, debido, en primer término, al protagonismo decisivo de los Estados en la creación y realización del Derecho impuesto por la estructura de la sociedad internacional; y, en segundo lugar, al carácter privado de nuestra disciplina, lo que hace totalmente inadecuada la intervención de la comunidad internacional en el proceso de reglamentación del tráfico privado externo (Niboyet y Quadri citados en Aguilar Navarro, 1982-I: 445-446).

Mas ciertamente puede afirmarse que el panorama ha cambiado; actualmente vemos como los Estados están cada vez más interesados en reglamentar los supuestos de tráfico jurídico externo a través de los tratados internacionales. Tal ha sido el cambio, que la doctrina ha llegado a admitir que, dada la indiscutible naturaleza internacional del supuesto social de nuestra disciplina, es necesario que existan fuentes de carácter internacional; de hecho, se sostiene que la idónea solución de los casos con elementos de extranjería sólo es realizable a través de fuentes internacionales<sup>60</sup>.

<sup>60</sup> "...Ya se acepte la concepción clásica, ya se acepte la privatista, el derecho privado internacional debe ser supranacional. Así lo reconocen los propios Estados puesto que celebran entre ellos

En este sentido, llama la atención la manera en que Savigny se refiere, en el tomo VIII de su *Sistema de Derecho romano actual*, a la codificación convencional. El maestro alemán resalta los beneficios de regular de común acuerdo la competencia de los diversos Derechos, especialmente entre Estados vecinos, entre los cuales son más frecuentes los casos de colisión. Savigny califica los tratados como un Derecho sobre la colisión, la expresión de la comunidad jurídica internacional y, por lo tanto, una preparación para su conocimiento más completo (Savigny, 1879: T. 6, 137).

Actualmente no es problema admitir que el Derecho internacional privado se nutre tanto de fuentes de procedencia estatal como internacional. Observemos que ya en 1929, el Tribunal Permanente de Justicia –predecesor de la Corte Internacional de Justicia de La Haya– en el caso de los empréstitos serbios y brasileños emitidos en Francia, estimó que las normas de Derecho internacional privado "...pueden ser comunes a varios Estados e incluso establecerse por medio de tratados o costumbres, teniendo en este último caso el carácter de un verdadero derecho internacional regulador de las relaciones entre los Estados..." (Ver en Aguilar Navarro, 1982-I: 442 y Bonnemaison, 1997: 81). Esta afirmación constituye una realidad innegable: el juez, ante un caso con elementos de extranjería, debe atender a fuentes de diversa naturaleza.

Partiendo entonces de la hipótesis de acuerdo con la cual el Derecho internacional privado se nutre tanto de fuentes convencionales como nacionales, analizaremos cada una de éstas y determinaremos las relaciones entre unas y otras.

## I. ARTÍCULO 1 DE LA LEY DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

El artículo 1 de la Ley de Derecho Internacional Privado, admite la coexistencia de fuentes convencionales y estatales al disponer:

Los supuestos de hecho relacionados con los ordenamientos jurídicos extranjeros se regularán, por las normas de Derecho Internacional Público sobre la materia, en particular, las establecidas en los tratados internacionales vigentes en Venezuela; en su defecto, se aplicarán las normas

Tratados internacionales con el fin de fijar normas supranacionales de derecho privado internacional. Si la posición nacionalista fuera enteramente satisfactoria, los Tratados internacionales estarían de más". En: Alfonsín, 1982: 33.

de Derecho Internacional Privado venezolano; a falta de ellas, se utilizará la analogía y, finalmente, se regirán por los principios de Derecho Internacional Privado generalmente aceptados.

Mas debemos reseñar que esta no fue la primera disposición que estableció, en nuestro ordenamiento jurídico, el orden de prelación de las fuentes en materia de Derecho internacional privado.

### 1. Evolución Legislativa

Antes de la entrada en vigencia de la Ley de Derecho Internacional Privado, el sistema de prelación de las fuentes en esta materia, se encontraba establecido en el artículo 8 del Código de Procedimiento Civil, según el cual:

En los casos de aplicación del Derecho Internacional Privado, los jueces atenderán primero a los tratados públicos de Venezuela con el Estado respectivo, en cuanto al punto en cuestión; en defecto de tales tratados, aplicarán lo que sobre la materia dispongan las leyes de la República o lo que se desprende de la mente de la legislación patria, y en último lugar se regirán por los principios de dicho Derecho, aceptados generalmente.

Debemos reseñar, antes que nada, que la norma contenida en el artículo 1 de la Ley establece, además de nuestro régimen de fuentes, los casos en que debe ponerse en funcionamiento el sistema de Derecho internacional privado, al referirse a “...supuestos de hecho relacionados con los ordenamientos jurídicos extranjeros...”, disposición que supera la contenida en el derogado artículo 8 del Código de Procedimiento Civil, la cual hacía una simple mención a “...los casos de aplicación del Derecho Internacional Privado...”. Con tal expresión, nuestra Ley abandona la tesis normativista del Derecho internacional privado, haciendo hincapié, más que en el ámbito de aplicación del Derecho, en la relación jurídica a regular o estudiar –según se lo entienda como una rama del ordenamiento jurídico o como una disciplina científica– (Ver Madrid Martínez, 2004: 16 ss.).

Ahora bien, la norma de la Ley adjetiva aparece por primera vez en 1897 y, para los comentaristas de la época, la aplicación primaria de las normas provenientes de fuente convencional, se justificaba plenamente, pues el cumplimiento de los tratados con otras naciones era una cuestión de Derecho natural, de Derecho de Gentes y de Derecho interno; la palabra dada debía cumplirse, la obligación pactada en un tratado era un vínculo

voluntario que no le era dado al Estado romper caprichosamente y cuya observancia era un deber del mismo (Feo, 1904: T. I, 36).

Debemos mencionar la imprecisión terminológica en que incurre el profesor Arminio Borjas cuando –al comentar el Código de Procedimiento Civil– se refiere a la Ley interna como segundo peldaño en nuestro sistema de fuentes. El maestro venezolano señala que “*A falta de Tratados, es decir, en defecto de ley especial sobre el punto que deba ser resuelto, deberán aplicarse las leyes generales de la República referentes a la materia*” (Borjas, 1947: T. I, 39), con lo cual confunde al tratado con una Ley especial. Para nosotros la especialidad o generalidad de una disposición, no depende de su pertenencia a un tratado o a una Ley interna, más bien se refiere al grado de exhaustividad con que la misma regula la materia.

Finalmente la norma establece la posibilidad de que, ante la existencia de una laguna, el operador jurídico pueda integrarla haciendo uso para ello de la analogía y de los principios generales del Derecho internacional privado, herramientas a las que haremos referencia *infra*.

### 2. Proyectos

Paralelamente al desarrollo legislativo de la disposición, los proyectos venezolanos de Derecho internacional privado, se ocuparon también de la materia. En este sentido, llama poderosamente la atención, el artículo 1 del Proyecto de Ley de Normas de Derecho Internacional Privado de 1963-65<sup>61</sup>, el cual prevé:

La determinación del Derecho competente para regir situaciones relacionadas con ordenamientos extranjeros se hará de acuerdo con las disposiciones de la presente ley y de las demás leyes de la República. A falta de disposiciones legales, se aplicarán las normas de conflicto que se deduzcan de ellas por analogía y, en último término, los principios generales de Derecho Internacional Privado.

Nótese, que el artículo precedente obvia toda mención a los tratados, a pesar de hacerse referencia, en la Exposición de Motivos, a que se trata de

<sup>61</sup> Proyecto elaborado en 1963 por una Comisión que, nombrada por el entonces Ministro de Justicia, Andrés Aguilar, estuvo integrada por los juristas Joaquín Sánchez-Covisa, Roberto Goldschmidt y Gonzalo Parra-Aranguren, el trabajo original fue ligeramente modificado por los mismos proyectistas en 1965.

una "...norma general relativa a las fuentes, que recoge los principios actualmente vigentes (Art. 4 del Código Civil y Art. 8 del Código de Procedimiento Civil)" y esta última disposición sí se refiere expresamente a tal fuente convencional.

Esta situación podría explicarse si consideramos que dentro de la expresión "...demás leyes de la República..." se incluyen los tratados internacionales, situación que reflejaría una vertiente nacionalista, según la cual el Derecho internacional privado se nutre exclusivamente de fuentes estatales. Si el Estado aparece vinculado por tratados internacionales, el contenido de estos se considera como incorporado a la respectiva legislación interna, postura ésta que refleja, consciente o inconscientemente, la teoría dualista o una de las tendencias del monismo (Miaja de la Muela, 1979: 50) a las cuales haremos referencia *infra*.

Si enfocamos el problema desde una perspectiva histórica, podemos hallar otra explicación. Neuhaus –al comentar el referido Proyecto venezolano– se refiere a la primacía de las "*buenas leyes nacionales*" sobre los tratados, pues estos no constituyen la expresión de la voluntad de los Estados sino de sus representantes; por ello prefieren apartarse lo menos posible de sus legislaciones internas y, con frecuencia, en lugar de soluciones óptimas, se adoptan soluciones de compromiso (Neuhaus, 1975: 55).

Más interesante aun, cincuenta y un años antes, el Proyecto de Ley de Aplicación del Derecho Internacional Privado, elaborado en 1912 por el doctor Pedro Manuel Arcaya<sup>62</sup>, hizo referencia expresa a tal fuente, mas no menciona ni la analogía ni los principios del Derecho internacional privado generalmente aceptados. El Proyecto Arcaya dispone, en su artículo 1:

En los casos de aplicación del Derecho Internacional Privado los jueces atenderán primariamente los Tratados Públicos respectivos y luego las disposiciones de la presente ley y de las otras de la República que sean pertinentes.

En 1995, a iniciativa de las cátedras de Derecho internacional privado de todo el país, se procedió a la actualización del Proyecto de 1965, con el

<sup>62</sup> El doctor Pedro Manuel Arcaya, integrante de la Comisión Revisora de los Códigos de Procedimiento Civil y de Enjuiciamiento Criminal, propuso que se eliminaran de todos los códigos las disposiciones de Derecho internacional privado y se reunieran en una ley especial. Así, presentó su Proyecto de Ley de Aplicación de Derecho Internacional Privado, que a pesar de estar incluido en el orden del día, no fue discutido. Una vez nombrado Ministro de Relaciones Exteriores, convencido del territorialismo imperante, desistió.

fin de adaptarlo a las nuevas realidades de nuestra disciplina. En 1996, fue revisado nuevamente, sin ser reformado sustancialmente. La modificación que más interesa a este estudio, es por supuesto, la relativa a las fuentes, pues es en este Proyecto que aparece el actual artículo primero de nuestra Ley, otorgándose nuevamente primacía a los tratados internacionales y añadiéndose la mención a las demás normas de Derecho internacional público sobre la materia<sup>63</sup>.

Por último, aunque no menos importante, debemos referirnos a otra disposición que, al igual que nuestra Ley, pero esta vez en el ámbito convencional, consagra el orden de prelación de las fuentes para los casos de Derecho internacional privado, nos referimos al artículo 1 de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, que dispone lo siguiente:

La determinación de la norma jurídica aplicable para regir situaciones vinculadas con derecho extranjero, se sujetará a lo establecido en esta Convención y demás convenciones internacionales suscritas o que se suscriban en el futuro en forma bilateral o multilateral por los Estados Partes.

En defecto de norma internacional, los Estados Partes aplicarán las reglas de conflicto de su derecho interno.

Esta norma reafirma la aplicación primaria de los tratados internacionales sobre la legislación interna. Mas debemos agregar que aun cuando la misma se refiere a "...convenciones internacionales suscritas o que se suscriban en el futuro...", debe entenderse "*convenciones internacionales ratificadas o que se ratifiquen en el futuro*".

## II. NATURALEZA DE LA NORMA EN ESTUDIO

Basándonos en ciertas consideraciones de orden teórico y algunas decisiones del Tribunal Supremo de Justicia posteriores a la vigencia de la

<sup>63</sup> Exposición de Motivos de la Ley de Derecho Internacional Privado: "...norma general relativa a las fuentes (artículo 1), que recoge los principios actualmente vigentes (artículo 1 de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, artículo 8 del Código de Procedimiento Civil y artículo 4 del Código Civil) y agrega como fuentes primarias las normas de Derecho Internacional Público...". Ver texto en: Maekelt y otros, 2004: 57.

Ley, nos interesa tratar de acercarnos a la verdadera esencia de esta norma. En primer lugar, debemos preguntarnos acerca de la naturaleza adjetiva o sustantiva del artículo 1. La interrogante se plantea pues de ello dependerá la solución dada al problema de la vigencia temporal de las normas.

De acuerdo con el artículo 24 de la Constitución de la República, ninguna disposición legal tiene efecto retroactivo; sin embargo, las leyes de procedimiento serán aplicadas desde el momento de entrar en vigor. La Ley de Derecho Internacional Privado, por imperativo de su artículo 64, entró en vigencia seis meses después de su publicación en Gaceta Oficial —el 6 de febrero de 1999— fecha a partir de la cual, la entonces Corte Suprema de Justicia aplicó la disposición en estudio, en sustitución del artículo 8 del Código de Procedimiento Civil; incluso a causas nacidas bajo el imperio de esta última norma. Así, podemos citar, entre otras, las decisiones que, en materia de exequátur de sentencias de divorcio, dictó dicho Tribunal, entre mayo y julio de 1999<sup>64</sup>.

De acuerdo con la doctrina más autorizada, las normas procesales tienen, como todas las normas, un carácter abstracto e hipotético y se concretan caso por caso en preceptos singulares destinados a regular la conducta del juez y de las partes en el proceso (Calamandrei, 1945: 25). En el supuesto especial del artículo 1 de la Ley de Derecho Internacional Privado, ciertamente no nos parece problema afirmar su carácter procesal; pues tal precepto está dirigido singularmente al juez, con el propósito de que éste, a la hora de verificar su jurisdicción y de determinar el Derecho aplicable, sepa donde están las normas que ha de aplicar para llegar a tal fin.

Así las cosas, en los supuestos en que el juez, ante un caso con elementos de extranjería, dejase de aplicar el artículo en estudio, estaría incurriendo en un *error in iudicando*, pues tal omisión no afecta los medios de hacer el proceso, sino su contenido, el fondo del mismo. Este error consiste normalmente en aplicar una Ley inaplicable, aplicar mal la Ley aplicable o no aplicar la Ley aplicable (Couture, 1993: 345). Sin embargo, cabría preguntarse ¿Qué pasa en los casos en que el juez aplica directamente un tratado sin aplicar “*expresamente*” el artículo 1 de la Ley de Derecho Internacional Privado? En nuestro sentir, no habría problema, pues estaría ad-

<sup>64</sup> Podemos referirnos a los casos de sentencias de divorcio dictadas, la primera en el Estado de Florida en los Estados Unidos, en el caso Bella Milene Navarro contra Carlos Salgado Valencia, N° 453 de fecha 13/05/1999, la segunda en Francia, caso Ewa Malgorzata Siwiec contra Francisco José Figueredo Flores, N° 785 de fecha 1/07/1999 y, por último la sentencia de divorcio dictada en República Dominicana, caso Olga de Jesús Ventura Muñoz contra Ramón Antonio Santos, N° 864 de fecha 7/07/1999. Consultadas en original.

mitiendo tácitamente la supremacía del tratado independientemente de la existencia de una norma positiva que se lo ordene.

Si, en cambio, aplica directamente la Ley interna, ignorando el orden de prelación de las fuentes, si estaría incurriendo en un *error in iudicando*, pues con su proceder estaría afectando el fondo del litigio. Este error se evidenció en una consulta solicitada al Juzgado Superior Tercero de Familia y Menores de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, por parte del Juzgado Octavo de Primera Instancia de Familia y Menores de la misma circunscripción un caso de adopción internacional<sup>65</sup>. En la misma, el tribunal superior afirmó:

...Cuando la Convención entre en vigencia, será de aplicación subsidiaria a la Ley de Adopción, pues el orden de aplicación de nuestras normas, es que en primer lugar se aplican las Leyes Nacionales y los Convenios Internacionales que hayan sido sancionados como Ley de la República se aplican subsidiariamente o sea que en ningún momento derogan las Leyes nacionales, simplemente son instrumentos que excitan la actividad legislativa y se aplican siempre que no colidan con la legislación nacional, la cual es de aplicación preferente...

En este caso la Corte Suprema de Justicia, sin entrar a considerar la aplicación del artículo 8 del Código de Procedimiento Civil, vigente para la época, aplicó de manera complementaria la Convención de La Haya sobre Protección de Menores y Cooperación en Materia de Adopción Internacional y la Ley de Adopción venezolana<sup>66</sup>.

### III. LAS NORMAS DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO SOBRE LA MATERIA, EN PARTICULAR, LAS ESTABLECIDAS EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES VIGENTES EN VENEZUELA

#### 1. Generalidades

En el marco del Derecho comparado, es un factor común en las diversas legislaciones, considerar al tratado como fuente primaria para resolver

<sup>65</sup> Caso de la adopción de la menor Delia Rondón por parte de Agustis R. Yannikis y Claudia E. M. Spohn de Yannikis, expediente N° 11.090, consulta de fecha 3/04/1997. Sentencias consultadas en original.

<sup>66</sup> CSJ/SPA. Sent. N° 53 de 19/02/1998, con ponencia del magistrado César Bustamante Pulido, consultada en original.

los casos de Derecho internacional privado. Así, la Ley polaca (1966)<sup>67</sup>, la Ley húngara (1979)<sup>68</sup>, el Código Civil alemán (1986)<sup>69</sup>, la Ley suiza (1989)<sup>70</sup>, el Código Civil yemenita (1992)<sup>71</sup>, la Ley italiana (1995)<sup>72</sup>, entre otras. Igualmente, estos ordenamientos consagran en segundo lugar a la Ley interna.

Respondiendo a las finalidades propias del círculo jurídico al cual pertenece, la Ley australiana (1992)<sup>73</sup>, en cambio, establece como un criterio muy importante a los principios y reglas del *Common Law* australiano, sin hacer referencia a la codificación convencional.

Por su parte, el Código Civil español (2000) consagra una norma general en la que se establece como fuentes a la Ley, la costumbre y los principios generales del Derecho; luego añade que los tratados sólo serán de aplicación directa en España, luego de su publicación en el Boletín Oficial del Estado<sup>74</sup>. Más adelante añade la posibilidad de recurrir a la analogía cuando las "normas" no contemplen el supuesto específico<sup>75</sup>. Ahora bien, aun cuando el Código Civil no establece el lugar de los tratados en el orden de prelación de las fuentes, la doctrina española ha sido conteste en afirmar la superioridad de esta fuente sobre la Ley interna, basándose en

<sup>67</sup> Ley de Derecho internacional privado polaca, Art. 1: "2. Las disposiciones de la presente Ley no son aplicables cuando una convención de la cual forma parte la República Popular de Polonia dispone otra cosa".

<sup>68</sup> Decreto-Ley húngaro de Derecho internacional privado, Art. 1: "2. El presente decreto-ley no se aplica a las cuestiones reguladas por un tratado internacional".

<sup>69</sup> Código Civil alemán, Art. 3: "2. Las convenciones internacionales tienen prelación frente a las disposiciones de la presente ley, en tanto que ellas sean inmediatamente aplicables en derecho interno".

<sup>70</sup> Ley de Derecho internacional privado suiza, Art. 1: "2. Los tratados internacionales están reservados".

<sup>71</sup> Código Civil yemenita, Art. 34: "Las disposiciones que preceden no impiden la aplicación de normas previstas por una ley especial, por un acuerdo internacional o por una convención internacional vigente en Yemen, estos últimos son aplicables en lugar de las disposiciones precedentes".

<sup>72</sup> Ley de Derecho internacional privado italiana, Art. 2: "1. Las disposiciones de la presente Ley no afectan la aplicación de los convenios internacionales en vigor para Italia".

<sup>73</sup> Ley de Derecho internacional privado australiana, Art. 4: "1. Esta Ley no afecta la aplicación de los principios y reglas del *Common law* australianos referidos a la determinación del derecho aplicable, salvo en la medida en que ellos sean incompatibles con esta Ley".

<sup>74</sup> Código Civil español, Art. 1: "1. Las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho. 5. Las normas contenidas en los tratados internacionales no serán de aplicación directa en España en tanto no hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno mediante su publicación íntegra en el "Boletín Oficial del Estado".

<sup>75</sup> Código Civil español, Art. 4: 1. "Procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón".

las remisiones hechas a los mismos por diversos preceptos legales particulares (Arts. 951, 952 y 955 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) y en las decisiones del Tribunal Supremo (Lasala Llanas y Cabaleiro citados por Miaja de la Muela, 1979: 61).

En nuestro ordenamiento jurídico, la fuente primaria siempre ha sido el tratado pero, nuestra Ley ha añadido un nuevo elemento: "...las normas de Derecho Internacional Público sobre la materia...". Tal inclusión nos conduce a establecer, en primer lugar, cuáles son y dónde están las normas de Derecho internacional público.

Dentro del ordenamiento jurídico internacional no existe una norma jurídica válida para todos los sujetos de Derecho internacional público, que establezca cuáles son las fuentes de esta importante rama del Derecho. Sólo encontramos una disposición, contenida en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, que consagra las herramientas a las que puede recurrir ese tribunal para hallar las normas jurídicas internacionales aplicables a un litigio sometido a su consideración, en los siguientes términos:

1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:

- a) Las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estado litigantes.
- b) La costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho.
- c) Los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas.

d) Las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medios auxiliares para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 59 (obligatoriedad de la decisión sólo para las partes).

2. La presente disposición no restringe la facultad de la Corte para decidir el litigio *ex aequo et bono*, si las partes así lo convinieren.

Algunos autores consideran que, a partir de este artículo, no puede elaborarse una teoría general de las fuentes del Derecho internacional público, argumentando que el mismo hace referencia, exclusivamente, al Derecho aplicable por la Corte Internacional de Justicia a las controversias que le son sometidas; y afirman que por ello, la interpretación del precepto debe ser restrictiva, tomando en cuenta la soberanía de los Estados, los

cuales no han aceptado otra fuente de Derecho internacional distinta de los tratados y la costumbre internacional (Camargo citado por Valera Quirós, 1996: 9; Anzilotti citado por Rousseau, 1993: 20).

Por el contrario, otros autores sostienen que hoy día no puede sustentarse que la costumbre internacional y los tratados sean las únicas fuentes aceptadas por los Estados y que las contenidas en este precepto pueden ser calificadas como las fuentes del Derecho internacional público, puesto que de este Estatuto son parte todos los Estados miembros de las Naciones Unidas por imperativo del artículo 93(1) de la Carta que rige dicho organismo<sup>76</sup> y, como a éste pertenecen la gran mayoría de los Estados que forman la sociedad internacional, es forzoso concluir que la mayoría de los sujetos de Derecho internacional público que desempeñan la función de crear normas jurídicas del sistema, reconocen como fuentes, las que estipula el artículo 38 del Estatuto (Toro Jiménez, 2001, 176-177; Verdross citado por Valera Quirós, 1996: 9).

Los partidarios de esta última postura han coincidido en afirmar que, además de las fuentes enumeradas en el artículo 38, deben tomarse en cuenta los actos unilaterales de los Estados y las decisiones de las organizaciones internacionales, aun cuando hay quienes opinan que éstas no son más que expresiones de las fuentes consuetudinaria y convencional, respectivamente<sup>77</sup>.

Independientemente de estas discusiones y partiendo de la hipótesis según la cual el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, consagra las fuentes del Derecho internacional público, debemos entrar a considerar si la norma en él contenida establece o no un orden jerárquico. Quienes son partidarios de la respuesta afirmativa sostienen que ciertamente el criterio idóneo para la solución de conflictos entre normas de distinta fuente, es la escogencia de las normas que tienen su origen en la fuente de mayor rango (Toro Jiménez, 2001: 181).

Otros, en cambio, sostienen que si bien el artículo 38 contiene un orden jerárquico, este orden no es rígido y la Corte puede modificarlo cuando las circunstancias excepcionales así lo requieran, es decir, quien resuelve el conflicto en el caso concreto es quien deberá juzgar y determinar a

<sup>76</sup> Carta de las Naciones Unidas (1945), Art. 93(1): "Todos los miembros de las Naciones Unidas son, ipso facto, partes del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia".

<sup>77</sup> Los actos unilaterales sólo crean normas jurídicas válidas, si no hay protesta de los demás Estados. La ausencia de protesta equivale al consentimiento, luego, de la suma del acto unilateral y el consentimiento tácito de los demás Estados, se configura una costumbre internacional. En relación con las decisiones de los organismos internacionales, éstas sólo son idóneas para originar normas jurídicas válidas, si la existencia y competencia del órgano derivan del tratado fundacional de la organización, luego, la verdadera fuente es el tratado que crea la organización.

qué fuentes deberá recurrir y a cuáles no (Linares, 1992: T. I, 57; Valera Quirós, 1996: 12).

Para la doctrina soviética, por ejemplo, la disposición en estudio no contiene un orden jerárquico, puesto que todas las reglas de Derecho internacional público, tienen un origen común: el consenso entre los creadores de las mismas, por lo que el criterio a utilizar es "*ley posterior deroga ley anterior*". En este sentido, si una costumbre posterior contradice un tratado internacional, debe privar la costumbre, pues ello revela que los sujetos de Derecho internacional público, al disponer en una costumbre una conducta diferente a la estipulada en un tratado anterior, lo que han querido expresar es su voluntad de derogar dicho tratado (Toro Jiménez, 2001: 181).

En el caso del artículo 7 del XII Convenio de La Haya de 18 de octubre de 1907 que instituía el Tribunal Internacional de Presas, norma que, antes que el artículo 38 del Estatuto, consagraba ciertas fuentes de Derecho internacional público, el problema de jerarquía no se presentaba pues de la redacción de la propia norma podía inferirse un evidente orden de prelación. Esta disposición estipulaba:

Si la cuestión de derecho que se trata de resolver está prevista por un convenio en vigor entre el beligerante que ha realizado la captura y el otro Estado que es parte en el litigio (o cuyo súbdito sea parte en el mismo) el Tribunal aplicará las estipulaciones de dicho convenio. A falta de tales estipulaciones, el Tribunal aplicará las normas de derecho internacional. Si no existieran normas generalmente reconocidas, el tribunal fallará según los principios generales del derecho y de la equidad.

En este sentido, para nosotros, las fuentes enumeradas en el artículo 38 del Estatuto recogen un orden de prelación tomado del Derecho de Gentes, reconociendo la primacía de la fuente convencional. Sin embargo, persiste otro problema que, aunque desborda los límites de este estudio, es importante para la materia, nos referimos a la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia. Los Estados pueden obligarse por anticipado a aceptar la jurisdicción de la Corte en casos especiales, ya sea mediante la firma de un tratado o convención en la que se estipula que un caso será sometido a la Corte; o mediante una declaración especial en ese sentido. Además, esas declaraciones de aceptación obligatoria de la jurisdicción de la Corte pueden excluir ciertos supuestos.

En el caso venezolano, nuestro Estado no acepta la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia; por lo menos no consta entre nuestras fuentes

convencionales documento alguno que evidencie la aceptación de la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia, lo cual complica aun más el problema de la determinación de las fuentes del Derecho internacional público, especialmente, de aquellas que interesan al Derecho internacional privado.

Lo que sí queda claro, por ahora, es que, por un lado, la doctrina y la jurisprudencia son aceptadas unánimemente como fuentes auxiliares, y así las califica el propio artículo al referirse expresamente a “*medios auxiliares*”; y, en relación con los principios generales del Derecho, éstos, además de haber sido considerados como subsidiarios, incluso por reiteradas decisiones del propio tribunal (Rousseau, 1993: 78), los que interesan a nuestra disciplina, están previstos expresamente en el propio artículo 1 de la Ley, al referirse a “*los principios de Derecho internacional privado generalmente aceptados*”.

Ahora bien, antes de abordar el problema de la importancia de las disposiciones de Derecho internacional público para el Derecho internacional privado, debemos referirnos a ciertas normas internas que regulan ámbitos tradicionalmente incluidos dentro del Derecho internacional público. Es el caso de la inmunidad de jurisdicción regulada a través de las leyes estadounidense de 1976 (*The foreign sovereign immunities Act*), inglesa de 1978 (*British immunity Act*) y canadiense de 1982 (*State immunity Act*). Evidentemente, la legislación interna no es fuente de Derecho internacional público, de hecho, la propia doctrina reconoce que la regulación de esta materia a través de normativa interna resulta insuficiente pues revela un punto de vista nacional, por más respetable que sea (Boscán de Ruesta, 1983: 32). Así las cosas, estas leyes sólo serán aplicadas por el juez venezolano cuando su norma de conflicto indique como competente el ordenamiento jurídico al cual pertenecen, pues por su naturaleza no debemos reconocer la posibilidad de aplicarlas como “*normas de Derecho internacional público*”.

## 2. Importancia de las fuentes del derecho internacional público para el derecho internacional privado

En principio, el Derecho internacional privado regula, como su nombre lo indica, relaciones jurídicas de carácter privado, es decir, situaciones en las que los sujetos que interactúan lo hacen en un plano de igualdad, y el

Derecho internacional público, por su parte, se ocupa de las relaciones entre los sujetos de Derecho internacional. A partir de estas simples definiciones, cabe preguntarse ¿cuáles son las fuentes de Derecho internacional público útiles para el Derecho internacional privado?

En este sentido, el artículo 1 de la Ley, al referirse a las fuentes del Derecho internacional público, aclara: “*...en particular, las establecidas en los tratados internacionales vigentes en Venezuela...*”, por lo que consideramos evidente que el primer peldaño en el orden de prelación de las fuentes en el sistema venezolano de Derecho internacional privado, continúa siendo el tratado. Sólo una vez descartada la existencia de una convención de Derecho internacional privado vigente entre Venezuela y los demás Estados cuyo ordenamiento jurídico esté relacionado con el caso concreto, se podrá recurrir a las demás “*normas de Derecho internacional público sobre la materia*”.

Ahora bien, la pregunta que surge inmediatamente es ¿Cuáles son las demás “*normas de Derecho internacional público sobre la materia*”? En nuestra opinión, las únicas normas de Derecho internacional público útiles en la resolución de los casos con elementos de extranjería son los tratados internacionales (En el mismo sentido: Maekelt, 2002: 60). Es decir, cualquier convención internacional, sea que esté especialmente destinada a la regulación de situaciones de tráfico jurídico externo, es decir, que esté dirigida a la reglamentación de ámbitos que tradicionalmente se han ubicado dentro del Derecho internacional público, tienen, o pueden tener, plena vigencia como fuente de Derecho internacional privado.

Así, no hay duda que, por ejemplo, los convenios emanados de la Conferencia de La Haya o de la Conferencia Especializada Interamericana de Derecho Internacional Privado, son normas de Derecho internacional privado. Pero existen tratados que regulan materias propias del Derecho internacional público y que inciden directamente sobre la conducta de los individuos, sujetos que, tradicionalmente, habían sido excluidos del ámbito de vigencia del Derecho internacional público.

En este sentido, parte de la doctrina sostiene que el individuo es un sujeto de Derecho internacional público, alegándose para sustentar esta afirmación que la evolución del Derecho internacional lo llevó a ampliar también su ámbito de actuación, llegando a abarcar desde sus tradicionales destinatarios hasta los propios seres humanos. Los derechos humanos y su posibilidad de defensa por el propio perjudicado, ante las instancias internacionales, es el ejemplo más recurrido (Rodner, 2001: 175). Se afirma,

además, que entender al Estado como único sujeto de Derecho internacional público no es propio de esta rama del Derecho sino que, más bien, tal idea surge de “*concepciones parroquiales equivocadas del siglo XIX*”, con el único fin de aumentar y conservar el poder de estos entes (Lung-Chu Cheng citado en Rodner, 2001: 175).

Por su parte, otros autores señalan que aunque hoy día no puede hablarse del individuo como sujeto directo del Derecho internacional público, puede sin embargo sostenerse que, desde un punto de vista axiológico, el ser humano es el centro del universo y el Derecho internacional público no puede ignorar esta situación (Pastor Ridruejo, 1998: 29), por ello, es frecuente observar como las normas de Derecho internacional afectan, en última instancia, al individuo.

Ahora bien, si entendemos al Derecho internacional privado como una rama del Derecho que tiene por objeto la regulación de relaciones jurídico privadas de carácter internacional, entendidas como aquellas por cuya causa se ponen en contacto dos o más ordenamientos jurídicos y, que por ser privadas se desarrollan en un plano de igualdad, debemos necesariamente admitir que si una norma de Derecho internacional público tiene alguna injerencia en este tipo de relaciones debe ser considerada como una “*norma de Derecho internacional público sobre la materia*”.

Semejante afirmación puede apreciarse claramente a través de un ejemplo. Dentro del Derecho ambiental internacional, encontramos el caso de la responsabilidad por contaminación transfronteriza. La doctrina ha reconocido que, ante un caso de contaminación que trascienda las fronteras de un Estado, el carácter internacional del litigio que puede plantearse, la universalidad de los problemas ambientales y los objetivos propios del Derecho ambiental internacional, han de señalar al Derecho internacional público como el sistema más idóneo para la regulación de estos supuestos (Palao Moreno, 1998: 19). Sin embargo, en la práctica se observa que los mecanismos propios del Derecho internacional público se han mostrado insuficientes ante estos supuestos, al no contar siquiera con un sistema de normas para sancionar la responsabilidad internacional de los Estados, dejando a la víctima sin protección, lo cual se traduce en una ausencia de indemnización por los daños que ha sufrido. Estas deficiencias han provocado que el Derecho internacional público haya sido, de cierta forma, desplazado por el Derecho internacional privado, cuya normativa brinda una más cabal protección a las víctimas de la contaminación de carácter internacional (Palao Moreno, 1998: 22-23).

En relación con los derechos humanos, ámbito especialmente atendido por el Derecho internacional público, éstos ya no pasan desapercibidos por el Derecho internacional privado. La propia determinación del Derecho aplicable se ha visto afectada por el reconocimiento de los derechos humanos. Así lo reconoció la Corte Constitucional alemana en sentencia de 04 de mayo de 1971, al invocar el derecho fundamental de contraer matrimonio para desatender el Derecho español competente que no otorgaba validez al divorcio anterior de un nacional español que pretendía contraer matrimonio con una alemana en Alemania.

Lo que queremos afirmar con esto es la posibilidad de superposición de las normas de Derecho internacional privado y de Derecho internacional público contenidas en tratados internacionales y su incidencia en las relaciones privadas de tráfico jurídico externo. Podríamos igualmente citar el caso de los tratados internacionales que reglamentan la caza de determinadas especies de fauna que han sido protegidas. Básicamente se trata de normas de Derecho internacional público que podrían ser infringidas por los particulares, sobre los cuales recaería, de manera eventual, cierta responsabilidad civil, relación jurídica de evidente naturaleza privada.

Así, habiendo concluido que son los tratados las únicas fuentes de Derecho internacional público idóneas para reglamentar las relaciones propias del Derecho internacional privado, la pregunta que va a surgir ha de ser ¿Qué ocurre con las demás fuentes, especialmente, con la costumbre? Pues si bien es cierto que su incertidumbre la ha hecho blanco de innumerables críticas, nadie puede seriamente dudar de su carácter de norma de Derecho internacional público.

En opinión de Akehurst, la costumbre internacional implica la observancia reiterada de conductas con la convicción, por parte de los sujetos de Derecho internacional público, de que tal conducta es requerida por ese Derecho (Akehurst, 1992: 29); la norma consuetudinaria surge de la conducta de aquellos a quienes obliga, en este caso, de los sujetos de Derecho internacional (Virally, 1973: 160). Así entendida, difícilmente tal fuente esté dirigida a regular supuestos de Derecho internacional privado; sin embargo, si lo hiciera, podría pensarse en su aplicación preferente, lo cual añadiría el problema de su aceptación por encima de la Ley interna del juez.

No debemos, sin duda, dejar de mencionar un elemento de vital importancia para el Derecho internacional privado, especialmente para el Derecho comercial internacional, nos referimos al antiguo *Ius mercatorum*, modernamente conocido como *Lex mercatoria*, fuente que más que de internacional, ha de ser calificada como anacional, en tanto no se corresponde con

el Derecho positivo de ningún Estado soberano; no es tampoco el producto de la actividad de un legislador, sea estatal o internacional (Rodner, 2001: 170-182). La *Lex mercatoria* está conformada por preceptos de carácter privado, cuyo valor vinculante depende de su reconocimiento expreso, sea por medio de una cláusula contractual, sea por medio de una norma jurídica formal. Por su naturaleza, difícilmente pueda considerársela incluida en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, norma que hace mención a la costumbre como norma jurídica nacida entre los sujetos del Derecho internacional público.

Hay, sin embargo, quienes dentro de la doctrina venezolana, estiman que la manera más factible de dar fundamento a la aplicación de la *Lex mercatoria* en nuestro sistema, es a través de su inclusión en el artículo 1 de la Ley, debido a la incorporación en esta norma del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, dando por sentado que la *Lex mercatoria* constituye, en definitiva, una norma consuetudinaria (Guerra Hernández, 2000: 100-102). Solución que, debido a los razonamientos anteriores, no consideramos viable.

Entendemos que la Ley de Derecho Internacional Privado venezolana sí permite la actuación de la *Lex mercatoria*, conformada por "...las normas, las costumbres y los principios del Derecho comercial Internacional, así como los usos y prácticas de general aceptación" (Art. 31 LDIP), pero no por vía del artículo 1 *eiusdem*, sino en materia contractual, por disposición de los artículos 30 y 31 de este instrumento normativo. Disposiciones fundamentales si consideramos que, *per se*, la *Lex mercatoria* al no provenir de un legislador formal, no goza de carácter normativo.

En todo caso, queda claro que en nuestro sistema de Derecho internacional privado, el juez tiene una útil herramienta para librar al comercio internacional de los defectos del método conflictual heredado de Savigny (Goldman citado por Santos Belandro, 1993: 41), lo cual imprime una fuerte dosis de flexibilidad a nuestra Ley, guiada en principio por las enseñanzas del gran maestro alemán.

### 3. Los tratados internacionales

Entendiendo entonces que la fuente primaria en nuestro sistema de Derecho internacional privado es el tratado, debemos aclarar que no nos corresponde, en este trabajo, adentrarnos en el estudio de su teoría general,

lo que verdaderamente nos interesa es determinar la manera en que, en virtud del artículo 1 de la Ley de Derecho Internacional Privado, se aplica un tratado en Venezuela, tomando en consideración las diferentes formas que los mismos pueden revestir.

Sin embargo, por ser el tratado la fuente principal, tanto del Derecho internacional público como del Derecho internacional privado, siendo al primero a quien le corresponde el estudio de la teoría general del mismo, trataremos de acercarnos un poco a su esencia. En este sentido, el artículo 2(a) de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, de 23 de mayo de 1969<sup>78</sup>, lo define como un "...*acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el Derecho Internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos, y cualquiera que sea su denominación particular*". En un sentido amplio, el tratado puede celebrarse también entre un Estado y un organismo internacional o entre dos o más organismos internacionales.

Para aplicar como primera fuente de Derecho internacional privado al tratado, en el sentido del artículo 1 de la Ley, éste debe haber cumplido ciertos requisitos en nuestro país. En primer lugar, corresponde al Poder Ejecutivo, especialmente al Presidente, la actuación internacional de la República, en virtud del artículo 236(4) de la Constitución de la República. Esta actuación internacional comprende, entre otras cosas, la negociación, firma, ratificación, aceptación, aprobación, adhesión, reservas, prórrogas, canje, depósito, suspensión, denuncia y terminación de un tratado internacional. Es al Ejecutivo a quien corresponde, *a priori*, la formación de la voluntad internacional del Estado venezolano.

Luego de la intervención del Poder Ejecutivo, corresponde al Poder Legislativo establecer un control sobre el mismo (Constitución de la República, Art. 154). Ahora bien, este acto de control, comúnmente conocido con la denominación "*Ley Aprobatoria*", es un acto totalmente independiente del tratado y se justifica porque la potestad legislativa del Poder Ejecutivo en materia de relaciones internacionales puede afectar una potestad propia del Poder Legislativo (Hernández-Breton, 1995: 83-84). Sin embargo, la aprobación de la Asamblea Nacional no obliga al Presidente de la República ratificar el tratado. La vigencia dependerá, en todo caso, de lo que el propio tratado indique, por ejemplo, puede determinar que entrará

<sup>78</sup> Esta convención no ha sido ratificada por Venezuela, sin embargo los principios generales que recoge son aplicados en nuestro país.

en vigencia cuando se hayan depositado los instrumentos de ratificación de la mitad de los Estados que hayan suscrito, etc.

Comúnmente, el proceso de formación del tratado concluye con la publicación en la Gaceta Oficial del texto íntegro del mismo, precedido de la Ley Aprobatoria. Se ha entendido que de esta publicación no depende la vigencia del tratado, pero su omisión después de concluidas todas las formalidades de Derecho internacional público, constituye una mala práctica.

Luego de estas breves precisiones, queremos reafirmar que para que un tratado internacional que regule casos con elementos de extranjería sea aplicado como tal, es necesario que haya cumplido debidamente con el proceso de formación, es decir, debe encontrarse plenamente vigente entre Venezuela y los Estados cuyos ordenamientos jurídicos estén involucrados en el supuesto controvertido; caso contrario, su aplicación ya no será directa, sino por vía de los principios generales del Derecho internacional privado que puedan obtenerse a partir de sus normas, como reseñaremos *infra*.

Llama la atención la disposición del artículo 444 de la Ley Orgánica de Protección a la Niñez y a la Adolescencia<sup>79</sup>, de acuerdo con la cual “*La adopción internacional sólo puede realizarse si existen tratados o convenios en materia de adopción entre Venezuela y el Estado de la residencia habitual de los adoptantes o solicitantes de la adopción*”. La redacción de esta norma nos sugiere que, en materia de adopción, el tratado internacional sólo puede ser aplicado como fuente primaria y no por la vía de principios generales; por ejemplo, si el Convenio de La Haya sobre Protección de Menores y Cooperación en materia de Adopción, vigente en Venezuela, no está vigente en el otro Estado involucrado, no podrán aplicarse sus disposiciones en ningún caso.

### 3.1. Relaciones entre el Derecho internacional y el Derecho interno

Desde hace mucho tiempo, ha sido cuestión harto controvertida la relación entre el Derecho internacional y el Derecho interno. En este sentido, se ha afirmado que la relación entre ambos sistemas jurídicos puede ser conflictiva o no conflictiva. Dentro de la primera categoría, podemos ubicar relaciones de tipo cooperativo, según las cuales el ordenamiento inter-

<sup>79</sup> Publicada en la G.O. Ext. N° 5.266 de fecha 02/10/1998 y entró en vigencia el 01/04/2000.

no proporciona al Derecho internacional público órganos o instituciones públicas, de las cuales éste carece, contribuyendo así a colmar las lagunas institucionales de la sociedad internacional. En segundo término, las relaciones no conflictivas pueden ser modificativas, en el sentido de la influencia que puede ejercer el Derecho interno en el Derecho internacional o viceversa; y, finalmente, las relaciones pueden ser identificativas, de manera que existen normas de Derecho interno que son al mismo tiempo normas de Derecho internacional (Toro Jiménez, 2001: 67-70).

Ahora bien, la interacción entre ambos sistemas también puede ser conflictiva, cuando ambos regulan simultáneamente una misma relación, aportando soluciones contradictorias. La solución de este problema depende, en todo caso, de la tesis que se adopte y, en este sentido, dos teorías se han disputado la respuesta a este planteamiento: la doctrina monista y la dualista.

La concepción monista parte del principio de unidad del Derecho; el Derecho interno y el internacional tienen idéntica naturaleza, sus funciones y sus destinatarios son los mismos. Tal tesis a su vez se bifurca en dos tendencias. La primera de ellas, ampliamente superada en la actualidad, expuesta por Jellinek, subordina el Derecho internacional al Derecho interno, sosteniendo que la potestad creadora del Derecho es exclusiva del Estado, pues la soberanía estatal es absoluta. De manera que el Derecho internacional queda subsumido en el Derecho interno y en caso de contradicción prevalece el Derecho estatal.

La segunda tendencia, dentro de la concepción monista, fue propuesta por Kelsen, quien subordina el Derecho interno al Derecho internacional. El maestro austriaco sostiene que el Derecho internacional tiene supremacía sobre el Derecho estatal y la relación entre uno y otro Derecho está gráficamente representada en el principio *pacta sunt servanda* (clave del sistema kelseniano) el cual constituye la cúpula de su figura piramidal (Kelsen, 1977: 199-200).

De acuerdo con la concepción dualista, proclamada por el autor alemán Triepel y seguida por juristas italianos como Anzilotti, Perassi y Quadri (autores citados por Rousseau, 1993: 10), ambos ordenamientos, el interno y el internacional, están absolutamente separados, constituyen estancos plenamente diferenciados, sus fuentes y sus destinatarios son diferentes. Como consecuencia de esta profunda separación, ambos sistemas normativos se entienden como autónomos e independientes, en el sentido que la forma de creación de normas es diferente, la validez del uno no depende de

la del otro y no debe entenderse que alguno tenga un rango superior. De acuerdo con esta tesis, en caso de contradicción entre uno y otro sistema, ninguno excluye al otro, pues ambos coexisten aisladamente, por lo cual no pueden colidir (Toro Jiménez, 2001: 72-73).

Además existe una tercera posición más reciente que considera que ambos ordenamientos están en una relación de coordinación o de armonización (Romano, 1945). Incluso, en doctrina se ha hablado de un “*monismo moderado*” expuesto por Verdross quien, apartándose del maestro de la escuela normativa austriaca, opina que ambos ordenamientos están en una relación de coordinación bajo la supremacía del Derecho natural (Verdross, 1982: 94-104).

Hoy día, la cuestión ha quedado polarizada entre el monismo kelseniano, el dualismo expuesto por Triepel y la concepción según la cual ambos ordenamientos son autónomos en cuanto a su jurisdicción y se encuentran en relación de coordinación. Brownlie afirma incluso que el Derecho interno y el internacional no entran en conflicto, pues ambos trabajan en esferas jurídicas diferentes y cada uno es supremo en su propia esfera, por esa razón no debe haber problemas de jerarquía entre estos dos sistemas (Brownlie, 1998: 35; Rodner, 2001: 178).

En lo que al ordenamiento jurídico venezolano se refiere, la Constitución de la República acogió expresamente, entre 1864 y 1914, la teoría monista. Seguidamente, las constituciones de 1901, 1904 y 1906 consagraron la supremacía del texto constitucional sobre los tratados y la de estos últimos sobre las demás leyes<sup>80</sup>. A partir del Estatuto Constitucional Provisorio de 1914 se omitió toda referencia al tema<sup>81</sup>. Tal silencio constitucional fue interpretado de diversas maneras. Algunos autores lo vieron

<sup>80</sup> Texto constitucional de 1864, Art. 120: “El Derecho de gentes hace parte de la legislación nacional, sus disposiciones regirán especialmente en los casos de guerra civil. En consecuencia puede ponerse término a ésta por medio de tratado entre los beligerantes, quienes deberán respetar las prácticas humanitarias de las naciones cristianas y civilizadas”. Esta disposición se repitió en los textos de 1874, 1881, 1891 y 1893. En 1901, el artículo 140 de la Constitución dispuso: “El Derecho de gentes es suplemento de la legislación nacional; pero jamás podrá ser invocado en contra de los estatuidos por esta constitución y los derechos individuales que ella garantiza. Sus disposiciones regirán especialmente en los casos de guerra civil y, en consecuencia puede ponerse término a ésta por medio de tratado entre los contendientes, quienes deberán respetar las prácticas humanitarias de las naciones civilizadas y a este efecto la Legislatura nacional dictará una ley que contenga las instrucciones necesarias para el ejército de los Estados Unidos de Venezuela”. Y en 1904 apareció el artículo 125, según el cual “El Derecho de gentes hace parte de la legislación nacional, pero sus disposiciones no podrán ser invocadas cuando se opongan a la Constitución y Leyes de la República”, norma que se repitió en 1909.

<sup>81</sup> Ver evolución en: Toro Jiménez, 2001: 102 ss.

como la aceptación del dualismo, considerando que ambos ordenamientos tienen igual jerarquía, y que las normas de Derecho internacional sólo son obligatorias cuando son objeto de transformación en normas de Derecho interno<sup>82</sup>, para ellos el silencio de la Constitución consagró la teoría dualista (Toro Jiménez, 2001: 102-103).

Para otros, la existencia de la norma contenida en el artículo 8 del Código de Procedimiento Civil, comentario igualmente aplicable al artículo 1 de la Ley, significa la adopción de la teoría kelseniana, en cuyo caso no es necesaria la transformación. Pero, en el sentir del profesor Fermín Toro Jiménez, si en esta disposición se consagra la aplicación preferente del Derecho internacional público, es porque el legislador considera que los tratados no son parte del ordenamiento jurídico venezolano. Según este autor, el Derecho internacional, además de ser diferente del Derecho interno, sólo prevalece sobre él en casos específicos, por mandato expreso de la Ley. A este argumento el autor añade el hecho de que, por mandato del artículo 154 constitucional, los tratados requieren aprobación legislativa para su validez (Toro Jiménez, 2001: 105-108).

Una consideración realista sobre esta materia tiene que partir de una primacía del Derecho internacional sobre el Derecho interno, esto no significa la inexistencia o nulidad de las normas estatales contrarias al Derecho internacional, sino tan sólo la posibilidad de que se exija al Estado una responsabilidad por el incumplimiento de sus obligaciones internacionales. Además, hoy día es ampliamente aceptada la supremacía de los tratados sobre el Derecho interno y, no puede afirmarse que el hecho de la vigencia de un tratado en un Estado determinado, lo convierte en Ley interna del mismo (Hernández-Breton, 1995: 83-87).

No debemos dejar de mencionar el artículo 23 del texto constitucional, según el cual “*Los tratados, pactos o convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y la ley de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del poder público*”.

<sup>82</sup> Debemos considerar que con esta postura se adopta, en el fondo, una posición nacionalista, pues para ellos, al ser el Derecho internacional privado una rama del Derecho estatal y, prescindiéndose de otras fuentes internacionales, el tratado se “transforma” en ley, subordinándose el Derecho internacional al Derecho interno.

De la lectura de esta norma pareciera desprenderse que, en materia de derechos humanos, los tratados tienen el mismo rango que la Constitución siempre y cuando su aplicación sea más favorable. Tal afirmación podría eventualmente traducirse en la desaplicación del convenio cuando el juez considere que sus disposiciones no son más favorables que las contenidas en la Constitución y demás leyes de la República<sup>83</sup>.

El silencio continúa, sin embargo, con relación a los tratados internacionales que no regulen la materia de los derechos humanos. Una posible respuesta podría encontrarse en el artículo 7 constitucional, según el cual “*La Constitución es la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico*”. Si consideramos que los tratados internacionales, sin ser leyes, forman parte del ordenamiento jurídico, esta norma establece la supremacía de la Constitución sobre ellos; mas si asumiéramos una posición dualista, seguiríamos sin una regulación que resuelva el problema.

Igualmente, debemos considerar la disposición contenida en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, según la cual “*Una parte no podrá invocar las disposiciones de su Derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado*”. Esta norma ha de integrarse con el artículo 46 *eiusdem*, que elimina la posibilidad de que el Estado alegue la nulidad por esa causa, salvo que la violación del Derecho interno sea manifiesta y se afecte una norma de tipo fundamental dentro del mismo.

Por último, es importante considerar las disposiciones de la Ley sobre el Derecho de Autor<sup>84</sup>, las cuales, al ser leídas con sumo cuidado, pueden

<sup>83</sup> En este sentido, llama la atención el artículo 256 del Proyecto de Constitución propuesto por el Polo Patriótico: «Los tratados o acuerdos internacionales en materia de Derechos Humanos y aquellos que modifiquen el territorio nacional, tendrán rango constitucional. Los tratados o acuerdos internacionales que establezcan normas de Derecho internacional privado o de Derecho uniforme, tendrán rango superior a las leyes. Los tratados o acuerdos internacionales que establezcan órganos supranacionales o de integración, tendrán igualmente rango superior a las leyes. Tendrán igualmente rango superior a las leyes los tratados y acuerdos internacionales en materia de protección del medio ambiente, siempre y cuando sean progresivos respecto a las leyes internas respectivas. Los convenios internacionales en materia laboral, tendrán también jerarquía superior a las leyes, siempre y cuando en la misma ley se establezca. Los tratados cuya aplicación preferente no sea ordenada por una ley, tendrán el mismo rango que las leyes. La determinación del carácter progresivo de los tratados internacionales en materia de protección del ambiente y en materia laboral, será determinada por la Corte Suprema de Justicia». Referencia tomada de Toro Jiménez, 2001: 126-127.

<sup>84</sup> G.O. Ext. N° 4.638 de fecha 01/10/1993.

sugerir una inversión en el orden de prelación de las fuentes en materia de Derecho internacional privado. Así, el artículo 125 somete a las disposiciones de la propia ley, las obras del ingenio y las ediciones de obras ajenas o de textos, cuando el autor sea venezolano, domiciliado en Venezuela o la obra haya sido publicada por primera vez en la República o dentro de los treinta días después de su primera publicación y, el artículo 126 somete a las obras no comprendidas en el artículo precedente, a la protección establecida en “...*convenciones internacionales que la República haya celebrado o celebrare en el futuro...*”. A falta de tratado, de acuerdo con el artículo precitado, se aplica de nuevo la Ley, previa comprobación del requisito de reciprocidad. Sin embargo, en nuestra opinión esta norma no debe interpretarse literalmente, debe tomarse en cuenta que en todo caso, los tratados tienen aplicación primaria. Así podemos observarlo, por ejemplo, en los artículos 2 de la Ley de Aviación Civil<sup>85</sup>, 1 de la Ley de Arbitraje Comercial<sup>86</sup>, y 3 del Decreto Ley sobre Comercio Marítimo<sup>87</sup>, entre otros.

### 3.2. Aplicación de Tratados internacionales que regulan la misma materia

#### 3.2.1. Derecho internacional privado y Derecho material unificado

Ha quedado claro que el tratado es la fuente primaria a la que debe acudir el juez cuando se encuentra frente a un caso de Derecho internacional privado; pero en esta fase pueden presentarse múltiples inconvenientes, por ejemplo ¿Qué pasa en los casos en que, entre los Estados cuyos ordenamientos jurídicos están involucrados en la controversia, existen dos o más tratados vigentes? ¿Cuál debe ser el criterio para aplicar uno u otro? Podría pensarse en el criterio “*Ley posterior deroga Ley anterior*”, pero ¿Qué pasa si ambos entraron en vigencia en un mismo momento?, ¿Podemos recurrir al criterio: “*Ley especial deroga Ley general*”? Más aun, ¿Qué ocurriría si uno de esos tratados es de Derecho material destinado a regular casos con elementos de extranjería?

Antes de intentar una respuesta definitiva, debemos considerar ciertos aspectos. Cuando se trata de convenios internacionales que regulan la

<sup>85</sup> G.O. N° 37.293 de fecha 28/09/2001.

<sup>86</sup> G.O. N° 36.430 de 07/04/1998.

<sup>87</sup> G.O. Ext. N° 5.551 de 09/11/2001.

relación controvertida a través de normas de conflicto, deben privar los criterios antes mencionados, esto es, “*Ley posterior deroga Ley anterior*” y “*Ley especial deroga Ley general*”. Ahora bien, cuando entre los tratados simultáneamente vigentes para regular la relación, existe uno de Derecho material unificado, es decir, un convenio que regule relaciones de tráfico jurídico externo a través de normas materiales o directas, debe aplicarse preferentemente este último, pues con él se destruye el presupuesto jurídico de actuación de la norma de conflicto, es decir, la necesidad que existan ordenamientos jurídicos diferentes simultáneamente vigentes para regir una relación determinada, ya que el tratado en cuestión sería Derecho material vigente en los Estados involucrados.

### 3.2.2. El Derecho internacional privado y tratados en el marco de la integración subregional andina

Cuando entre los tratados vigentes para regular una misma materia encontramos uno proveniente de un proceso de integración, en nuestro caso de la Comunidad Andina, el juez debe tener en cuenta las particulares características del Derecho comunitario.

En primer término, es lugar común la afirmación según la cual la influencia de la integración en el Derecho internacional privado, depende de la intensidad de ésta, pues mientras mayor sea la integración, en el plano jurídico, menor será la necesidad de hacer uso de las normas de conflicto (Vieira, 1973: 64). Esta afirmación obedece a que, comúnmente, las normas emanadas del Derecho comunitario son normas materiales, pero nada obsta para que en el proceso de integración se adopten normas de conflicto. Es el caso del artículo 7 de la Decisión 292 sobre el Régimen Uniforme para Empresas Multinacionales Andinas, que establece la legislación aplicable a este tipo especial de empresas<sup>88</sup>. Véase igualmente el proceso de reglamentación en la Unión Europea.

Ahora bien, como señalamos *supra*, para algunos autores, las decisiones de las organizaciones internacionales no son más que una manifesta-

<sup>88</sup> Art. 7: “La empresa multinacional andina se rige por las siguientes normas:

1. Su estatuto social, el cual deberá conformarse a las disposiciones del presente Régimen.
2. El presente Régimen en todo lo que no estuviere establecido en su estatuto social.
3. En aspectos no regulados por el estatuto social o por el presente Régimen se aplicarán:
  - a) La legislación del país del domicilio principal; y,
  - b) Cuando fuere el caso, la legislación del país donde se establezca la relación jurídica o la de aquel donde hayan de surtir efecto los actos jurídicos de la empresa multinacional andina, según lo establezcan las normas de Derecho internacional privado aplicables”.

ción de la fuente convencional; es decir, mediante el tratado que creó el Acuerdo de Cartagena, Venezuela consintió en delegar ciertas competencias legislativas, por lo tanto su ratificación implica su aprobación tácita y la incorporación, sin requisito posterior, de cualquier norma proveniente de él, dentro de los límites de la competencia legislativa cedida (Toro Jiménez, 2001: 177). En este sentido, se ha dicho que las Decisiones de la Comunidad Andina carecen de los elementos necesarios para configurar un tratado. La existencia de la Comunidad y su competencia para dictar normas jurídicas suponen la vigencia previa de un tratado, a través del cual el Estado convino en la creación de un órgano supranacional con competencia para dictar normas en materias orientadas a la integración.

Sea que adoptemos la tesis de dar autonomía como fuente del Derecho internacional a las Decisiones de la Comunidad Andina; sea que las concibamos como parte de la fuente convencional, su rango superior en relación con la legislación interna es innegable. Aunado a esto debemos considerar que el elemento que caracteriza el ordenamiento jurídico comunitario es la supranacionalidad, elemento que se manifiesta a través de la aplicación directa y la preeminencia.

De acuerdo con la “*aplicación directa*”, todas las Decisiones emanadas de los órganos competentes de la Comunidad Andina, obligan a los Estados miembros desde la fecha en que sean aprobadas y serán directamente aplicables a los mismos a partir de la fecha de publicación en la Gaceta Oficial de la Comunidad, a menos que las mismas señalen una fecha posterior. Así, a partir de este momento los derechos y obligaciones contenidos en la Decisión se hacen exigibles ante los Estados miembros, tanto de parte de los particulares como de parte de los demás Estados participantes en el movimiento de integración. Semejante afirmación se desprende de los artículos 2 y 3 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina<sup>89</sup>, modificado por el Protocolo de Cochabamba en 1996.

La “*preeminencia*”, por su parte, tiene que ver con la aplicación preferente del ordenamiento jurídico comunitario sobre la legislación interna. Este principio impide que los Estados puedan alegar su legislación interna

<sup>89</sup> Protocolo de Cochabamba, Art. 2: “Las Decisiones obligan a los países miembros desde la fecha en que sean aprobadas por el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores o por la Comisión de la Comunidad Andina”; Art. 3: “Las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y las Resoluciones de la Secretaría General serán directamente aplicables en los Países Miembros a partir de la fecha de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo, a menos que las mismas señalen una fecha posterior”.

para dejar de cumplir las obligaciones asumidas en el marco de la integración subregional. En este sentido, el Tribunal Andino ha sido contundente al afirmar que "...el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina prevalece en su aplicación sobre las normas internas o nacionales, por ser característica fundamental del Derecho comunitario, como requisito básico para la construcción integracionista..."<sup>90</sup>. Igualmente, debemos tener en cuenta que "...no se trata propiamente de que la norma comunitaria posterior derogue la norma nacional preexistente, al igual que ocurre en el plano del Derecho interno, puesto que son dos ordenamientos jurídicos distintos, autónomos y separados, que adoptan dentro de sus propias competencias formas peculiares de crear y extinguir el derecho..."<sup>91</sup>. La misión de la Ley interna será regular los asuntos no comprendidos en la normativa comunitaria, así lo dispone, por ejemplo, el artículo 276 de la Decisión 486 sobre Régimen Común de Propiedad Industrial<sup>92</sup>.

Finalmente, debemos anotar que este elemento no impide que una normativa emanada de la Comunidad pueda ser desarrollada a través del ordenamiento interno. Es el caso del Reglamento de las Decisiones 291 y 292 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena sobre el Régimen Común de Tratamiento a los Capitales Extranjeros y sobre Marcas, Patentes, Licencias y Regalías, dictado por la Presidencia de la República, en 1992<sup>93</sup>.

Ahora bien, al lado de la obligación de no entorpecer el funcionamiento del Derecho comunitario y de adoptar las medidas necesarias para asegurar su cumplimiento, se impone el deber de uniformar el Derecho interno con la normativa subregional. Este deber se desprende del artículo 4 del Protocolo de Cochabamba<sup>94</sup>.

La preeminencia del ordenamiento jurídico comunitario se ve reforzada por la disposición contenida en el artículo 153 de la Constitución de la República, según la cual: "*La República promoverá y favorecerá la inte-*

<sup>90</sup> Tribunal Andino de Justicia, Sent. 14/03/1997, proceso 3-A1-96, G.O. del Acuerdo de Cartagena N° 261 de fecha 29/04/1997. Ver jurisprudencia de la Comunidad Andina en <http://www.comunidadandina.org>

<sup>91</sup> Tribunal Andino de Justicia, Sent. 25/05/1988, proceso 2-1P-88.

<sup>92</sup> Art. 276 de la Decisión 486: "Los asuntos sobre Propiedad Industrial no comprendidos en la presentes Decisión, serán regulados por las normas internas de los países miembros".

<sup>93</sup> G.O. N° 34.930 de 25/03/1992.

<sup>94</sup> Protocolo de Cochabamba: "Los Países Miembros están obligados a adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina.

Se comprometen, asimismo, a no adoptar ni emplear medida alguna que sea contraria a dichas normas o que de algún modo obstaculice su aplicación".

*gración latinoamericana y caribeña, en aras de avanzar hacia la creación de una comunidad de naciones, defendiendo los intereses económicos, sociales, culturales, políticos y ambientales de la región. La República podrá suscribir tratados internacionales que conjuguen y coordinen esfuerzos para promover el desarrollo común de nuestras naciones, y que aseguren el bienestar de los pueblos y la seguridad colectiva de sus habitantes. Para estos fines, la República podrá atribuir a organizaciones supranacionales, mediante tratados, el ejercicio de las competencias necesarias para llevar a cabo estos procesos de integración. Dentro de las políticas de integración y unión con Latinoamérica y el Caribe, la República privilegiará relaciones con Iberoamérica, procurando sea una política común de toda nuestra América Latina. Las normas que se adopten en el marco de los acuerdos de integración serán consideradas parte integrante del ordenamiento legal vigente y de aplicación directa y preferente a la legislación interna".*

Con esta norma que parece decantarse por una tesis monista al considerar al ordenamiento jurídico comunitario como "*parte integrante del ordenamiento legal vigente*", la propia Constitución reconoce que cuando un juez venezolano tiene ante sí un caso relacionado con las materias reguladas por las Decisiones de la Comunidad Andina, debe aplicar éstas preferentemente a cualquier otra posible regulación, incluyendo los tratados que contengan normas de conflicto; pues, al igual que en el caso del Derecho material unificado, la existencia de tratados de integración destruye, para los Estados miembros, el presupuesto jurídico, pues, al formar estos parte del Derecho de cada Estado, ya no hay diversidad de ordenamientos jurídicos entre los cuales el juez tenga que elegir el que regulará la relación jurídica.

Es así que, como hemos sostenido en otras oportunidades, la especial naturaleza del Derecho comunitario nos lleva, inexorablemente, a pensar en la posibilidad de que sus normas sean calificadas como de aplicación necesaria e inmediata, puesto que cuando la controversia en cuestión esté regulada por alguna disposición andina, ésta, dado su carácter preeminente, será aplicada con preferencia a cualquier otra norma (Madrid Martínez, 2004: 176).

Finalmente, debemos considerar que el problema persiste frente a Estados que no forman parte del organismo subregional. Antes de emitir cualquier opinión, hay que considerar que algunas Decisiones, por su propia naturaleza, sólo son aplicables a los Estados parte, es el caso de la Decisión

292 sobre Régimen Uniforme para Empresas Multinacionales Andinas (Lima, 1991), pues su fin es "...preservar y estimular la asociación de inversionistas nacionales en los Países Miembros, para la ejecución de proyectos de interés compartido y alcance multinacional"<sup>95</sup>.

Sin embargo, Decisiones como la 289, sobre Transporte Internacional de Pasajeros por Carretera (Lima, 1991) dispone, dentro de sus considerandos, "Que es necesario, en esta nueva etapa que vive el proceso de integración, otorgarle al transporte de personas por carretera entre los países integrantes del Acuerdo de Cartagena, un tratamiento prioritario que permita la circulación a bajo costo, fundamentalmente de personas, de recursos económicos limitados, propiciando así un fortalecimiento de la conciencia integracionista en los habitantes de los Países Miembros" y, más adelante, en su artículo 5, dispone que "El Transporte Internacional de Pasajeros por Carretera de que trata la presente Decisión considera los siguientes tráfico: a) Entre Países Miembros; b) En tránsito a través de Países Miembros hacia terceros países, dejando y recogiendo pasajeros de viaje internacional". Esta norma nos conduce a afirmar la posibilidad de aplicar esta Decisión a un tercer Estado, siempre y cuando esté involucrado un Estado Miembro de la Comunidad Andina.

Por último, existen Decisiones que están destinadas expresamente a regular relaciones con Estados que no forman parte del régimen andino de integración, es el caso de la Decisión 291 sobre Régimen Común de Tratamiento a los Capitales Extranjeros y sobre Marcas, Patentes, Licencias y Regalías (Lima, 1991). Con la expresión "Inversiones Extranjeras", la Decisión se refiere a las inversiones provenientes de terceros Estados, pues las inversiones provenientes del Estado Miembro receptor de la inversión, son calificadas como "nacionales"; y las provenientes de un Estado Miembro distinto del receptor de la inversión, son "subregionales".

### 3.3. Breve referencia al Soft Law

Considerando que hoy día es casi un lugar común referirse a la flexibilización de las fuentes del Derecho internacional privado, no debemos dejar de hacer referencia al *Soft Law* o *Droit Assourdi*, como una importantísima fuente de procedencia internacional que definitivamente

<sup>95</sup> Considerando de la Decisión 292.

incide de gran manera en la regulación de los supuestos de tráfico jurídico externo.

La doctrina ha expresado que este Derecho suave o blando, como también se le conoce, contiene recomendaciones, dictámenes, códigos de conducta, principios, etc., que no son directamente vinculantes, pero cuya influencia puede hacerse sentir tanto en el desarrollo legislativo futuro como en la actividad judicial (Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo, 1997: 116). Sin embargo, definir *Soft Law* no ha resultado tarea sencilla para la doctrina, lo máximo que se ha logrado es establecer ciertas características que nos permiten acercarnos a su naturaleza. Para Baxter, por ejemplo, el *Soft Law* está constituido por normas con varios grados de convencimiento, persuasión y consenso, las cuales son incorporadas a través de acuerdos entre los Estados, pero no crean derechos ejecutables ni deberes. El autor ejemplifica su afirmación a través del *pactum in contrahendo*, constituido por ciertos artículos incluidos en algunos tratados que requieren un acuerdo posterior más fuerte para poder ser ejecutados (Baxter citado por Sarcevic, 1990: 89).

Ahora bien, aun cuando existe consenso casi absoluto en considerar al *Soft Law* como no vinculante, el gran problema se presenta a la hora de calificarlo como "norma" o como "principio"; pues la distinción entre ambos conceptos no es del todo clara y depende, en todo caso, de la tesis que se adopte en relación con la Teoría General de la norma jurídica.

En este sentido, se afirma que el *Soft Law* no tiene la particularidad de crear normas obligatorias, su contenido ni pertenece a la fuente convencional ni a la consuetudinaria; sin embargo, provoca que entre la obligatoriedad de una norma y la ausencia total de efectos obligatorios, exista una zona intermedia rica en matices que el jurista no puede subestimar, pues el *Soft Law* está fundado sobre nociones racionales, científicas o técnicas de carácter programático (Pastor Ridruejo, 1998: 68). Su ámbito tradicional de aplicación ha sido el Derecho internacional público, especialmente, el Derecho internacional económico. Ejemplo de ello lo constituye el Acuerdo de Breton Woods de 1944, que crea el Fondo Monetario Internacional y a través del cual se sujeta a los miembros de este organismo a ciertas obligaciones y se les "invita" a seguir unos principios básicos de orden, estabilidad y justicia. En general, Roessler, describe al Derecho monetario como un conjunto de reglas creadas para regular conductas que comienzan a operar gradualmente como principios y que tienden a convertirse en *Firm Law* (Sarcevic, 1990: 97).

En materia de Derecho internacional privado, algunas convenciones incluyen las llamadas *opting-out clauses* que permiten a los contratantes excluir la aplicación de ese tratado y, hoy día se las considera casi como cláusulas estándares en las leyes modelo y en las convenciones en materia de contratación internacional (Sarcevic, 1990: 97-98). En este sentido suele mencionarse la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980 y se la califica como *softer*, ya que permite a las partes en un contrato excluir la aplicación de ciertas normas que no sean imperativas<sup>96</sup>.

En el seno de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado también podemos encontrar ejemplos de *Soft Law*. Así, declaraciones y recomendaciones relativas al alcance la Convención sobre Derecho aplicable a la venta internacional de bienes, recomendaciones relativas a la Convención sobre aspectos civiles del secuestro internacional de menores, etc. Harto conocidas son las guías de incorporación al Derecho interno de las Leyes modelo nacidas en el seno de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), las cuales son tomadas en cuenta por los Estados, al lado de la Ley modelo, a la hora de promulgar su legislación interna.

Ahora bien, el carácter no vinculante que define al *Soft Law* se pierde en algunos casos, por ejemplo, cuando la Cámara de Comercio Internacional con sede en París recopila cierta normativa que luego es adoptada por los ordenamientos jurídicos estatales, es el caso de los Incoterms (2000). Esta práctica ha contribuido considerablemente a la unificación en materia de comercio internacional.

Es tal la importancia concedida en la actualidad al *Soft Law*, que algunos autores consideran incluso que puede calificarse como una fuente formal y no ya meramente material (Guerra Hernández, 2000: 110). En nuestra opinión, la eficacia que pueda llegar a tener esta fuente dependerá, en todo caso, de la voluntad de los destinatarios pues, al faltarle el carácter vinculante, serán ellos quienes en definitiva acepten aplicarla a sus relaciones jurídicas, mas esto no le resta importancia como fuente de Derecho internacional privado.

<sup>96</sup> Convención de Viena, Art. 6: "Las partes podrán excluir la aplicación de la presente Convención o, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 12, establecer excepciones a cualquiera de sus disposiciones o modificar sus efectos".

#### IV. LAS NORMAS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO VENEZOLANO

Descartada la posibilidad de aplicar las "...normas de Derecho Internacional Público sobre la materia, en particular, las establecidas en los tratados internacionales vigentes en Venezuela...", el juez, frente a un caso de tráfico jurídico externo, debe buscar la solución en las "...normas de Derecho Internacional Privado venezolano..."; se hace referencia de esta manera a las normas de procedencia estatal.

Evidentemente la pregunta, en este caso, está dirigida a la diversidad de leyes internas que contienen normas que tienen que ver con nuestra disciplina, frente al carácter general de la derogatoria contenida en el artículo 63 de la Ley de Derecho Internacional Privado, según el cual "Se derogan todas las disposiciones que regulen la materia objeto de la presente ley".

Bien, una manera radical de entender esta derogatoria general es afirmar que, siendo el objeto de la Ley, de acuerdo con su artículo 1, la regulación de "Los supuestos de hecho relacionados con los ordenamientos extranjeros..." y, atendiendo a su artículo 63, estarían derogadas todas las normas que, de una u otra forma, tengan que ver con la reglamentación de casos con elementos de extranjería.

Igualmente, hemos de considerar que la Exposición de Motivos de la Ley sugiere la derogatoria de los artículos 9, 10, 11, 26 (aparte final), 104, 105, 106, 107, 108 y 879 del Código Civil; y 2, 4, 6, 8, 53, 54, 55, 56, 57, 57, 58, 59 (primer aparte), 850 y 851 del Código de Procedimiento Civil. Podríamos, a partir de esta derogatoria, válidamente preguntarnos sobre su verdadero alcance. Por ejemplo, podríamos preguntarnos si el artículo 11 está totalmente derogado, en particular, en relación con la exigencia de documento público para la prueba de determinados actos. Tampoco parece claro que pueda entenderse derogado el artículo 879 del Código Civil, pues de ser así deberíamos afirmar que, con la entrada en vigencia de la Ley de Derecho Internacional Privado, sería válido en Venezuela el testamento ológrafo.

Si pensamos en el carácter general atribuido a nuestra Ley, es decir, que ésta sirve de marco a las disposiciones que permanecen en leyes especiales (Maekelt, 1998: 23-24), podemos afirmar que disposiciones que regulan materias específicas tales como la Ley sobre el Derecho de Autor, la Ley que Regula y Fomenta la Multipropiedad y el Sistema de Tiempo

Compartido, la Ley Orgánica de Protección a la Niñez y a la Adolescencia, la Ley de Aviación Civil, la Ley de Comercio Marítimo, y aun en el propio Código de Comercio, siguen teniendo vigencia.

En este sentido, se presentan también serias dudas en relación con el artículo 44 del Código Civil venezolano, especialmente en relación con el artículo 37 de la Ley, relativo a la forma de los actos jurídicos. Ya en anteriores ocasiones hemos expresado posibles soluciones a este planteamiento (Madrid Martínez, 2001: 150-152). En nuestra opinión, el artículo 44 del Código Civil tiene un campo de acción que va mucho más allá de las relaciones de tráfico jurídico externo y, por ello, sería erróneo concluir que este artículo no es aplicable a dos homosexuales domiciliados en Inglaterra que pretenden contraer matrimonio en nuestro país ante un funcionario consular inglés y que por ello podríamos aplicar la norma de conflicto que indica el Derecho aplicable a la forma, y así resultar que al aplicar, por ejemplo, la Ley del domicilio, este matrimonio pueda celebrarse válidamente en Venezuela. Sin embargo, después de algunas reflexiones, no consideramos que sea la única solución en esta materia.

Por tal razón, preferimos replantear la naturaleza de la norma contenida en el artículo 44 del Código Civil para llegar a otra posible solución. Así, su encabezamiento establece que “*El matrimonio no puede contraerse sino entre un solo hombre y una sola mujer*”, disposición que podría entenderse como la positivización de un principio fundamental del ordenamiento jurídico venezolano: el matrimonio monogámico y heterosexual, principio aplicable a todos los matrimonios celebrados o que aspiren a ser reconocidos en Venezuela y, estando recogido por una norma positiva, no podría ser derogado por normas de conflicto. Más aun, aunque aceptemos que la norma que lo contiene pueda estar derogada, el mecanismo del orden público en el Derecho internacional privado podría impedir la celebración en Venezuela y el reconocimiento de matrimonios homosexuales o poligámicos celebrados en el extranjero.

La segunda parte del artículo señala que “*La Ley no reconoce otro matrimonio contraído en Venezuela sino el que se reglamenta por el presente Título, siendo el único que producirá efectos legales, tanto respecto de las personas como respecto de los bienes*”. Esta disposición puede ser calificada como una norma de extensión, pues indica la aplicación imperativa, de las normas venezolanas relativas a la celebración del matrimonio en Venezuela. Por tal razón y, habiendo una norma posterior en la que el legislador decidió permitir la aplicación de un Derecho extranjero a tal

supuesto, pensamos que no habría problema en admitir, si no la derogatoria, al menos la no aplicabilidad de esta norma a los casos con elementos de extranjería.

Finalmente, debemos observar que la Ley de Derecho internacional privado no se refiere a las disposiciones “*contrarias*” sino a las “*...disposiciones que regulen la materia objeto de la presente ley*”, es decir, que regulen “*...supuestos de hecho relacionados con los ordenamientos jurídicos extranjeros...*”. Además, la Ley, en su artículo 1, no ordena su exclusiva aplicación, sino más bien se refiere abiertamente a “*...normas de Derecho Internacional Privado venezolano...*”, razón por la cual consideramos que, a pesar de la amplia derogatoria de la misma, algunas disposiciones especiales contenidas en otras leyes y que regulan casos de Derecho internacional privado, continúan vigentes en la medida en que no contradicen el espíritu de la Ley.

## V. LOS MECANISMOS DE INTEGRACIÓN DEL DERECHO EN DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

En principio, el ordenamiento jurídico tiene para cada caso una proposición jurídica aplicable de la que puede extraerse, mediante un silogismo, la consecuencia jurídica. Para llegar a tal fin, el operador del Derecho debe averiguar el contenido de la norma y por ello ha de interpretarla, esforzándose por entenderla como se ofrece a cualquier perito (Larenz, 1966: 246). Ahora bien, la tarea del operador jurídico se complica cuando del texto de la norma no obtiene respuesta, produciéndose así una laguna, cuya existencia ha sido ampliamente aceptada por la doctrina<sup>97</sup>. Dar al juez la posibilidad

<sup>97</sup> Autores como Kelsen no admiten tal posibilidad. Para el maestro austriaco el ordenamiento jurídico es completo gracias al juego del llamado principio de clausura, según el cual todo lo que no está prohibido está permitido. Así, “...donde se pretende ver una laguna, no hay en rigor de verdad otra cosa que una divergencia entre el derecho positivo y otro “derecho” considerado mejor o más justo. Sólo la comparación de esos dos “derechos” hace aparecer una insuficiencia del derecho positivo... Si en apariencia se completa el derecho, en realidad se lo deroga y se lo reemplaza por un derecho nuevo, creado especialmente en vista de un caso concreto”. (Kelsen, 1977, 172-178). Del Vecchio y Recaséns Siches, por su parte, tampoco admiten la existencia de lagunas en el Derecho, por considerar que el propio ordenamiento jurídico ofrece al juez medios para eliminarlas. En este sentido, el último autor citado afirma que, en el caso de los supuestos no previstos, el legislador firma un documento en blanco, que será llenado por el juez inspirándose en un principio de justicia, en una estimación ideal que es, en definitiva, el mismo propósito intencional que anima la legislación. Al contrario, Savigny estima que si las fuentes resultan

de integrar las lagunas de la Ley, de tal forma que pueda llegar a soluciones adecuadas al objeto, ha sido considerado como una de las misiones más importantes de la ciencia del Derecho (Larenz, 1966: 286).

Así, los científicos del Derecho acertadamente han admitido que su proceso de aplicación consta de tres etapas. Si la norma es absolutamente clara, la cuestión se resuelve aplicándola<sup>98</sup>. Si la norma es oscura y existen dudas acerca de su aplicación al caso concreto o hay discrepancia entre varias normas que podrían solucionar el problema, es necesario interpretarla, desentrañar su verdadero sentido y alcance. Finalmente, si no hay una proposición jurídica que resuelva directamente la cuestión, es necesario llenar el vacío y, con ello, integrar el Derecho.

Cuando el artículo 1 de la Ley le permite al juez recurrir a la analogía y a los principios del Derecho internacional privado generalmente aceptados, implícitamente está admitiendo la existencia de lagunas en el Derecho. La expresión laguna alude a un estado incompleto. Las lagunas son definidas como los claros o estados vacíos que ha dejado el legislador por olvido, imprevisión o imposibilidad de imaginarlas al establecer la norma (Mouchet y Zorraquín, 1953: 292; Guastini, 2000: 93-94)<sup>99</sup>.

Sin embargo, debe considerarse que no tiene sentido hablar de lagunas sino se hace referencia a un cierto sistema jurídico y a un caso determinado, de tal manera que, un cierto caso constituye una laguna de un determinado sistema normativo, cuando este sistema no lo correlaciona con algu-

insuficientes para resolver una cuestión jurídica, es necesario colmar la laguna, pues la universalidad es una condición tan esencial al Derecho como su unidad. La dificultad está en saber cómo ha de procederse en estos casos y afirma que las diferentes opiniones emitidas por la doctrina pueden resumirse en dos: o existe un Derecho universal y formal –el Derecho natural– que complementa al Derecho positivo, o el Derecho positivo se complementa a sí mismo, en virtud de su fuerza orgánica (Savigny, 1879: T. I, 196).

<sup>98</sup> Debemos, sin embargo, considerar que para algunos autores la absoluta claridad en una proposición jurídica puede deberse a que el problema interpretativo ya ha sido resuelto, es decir, ya le ha sido atribuido un sentido por los organismos competentes, con lo cual se van formando “hábitos interpretativos” que ya no serán posteriormente cuestionados (Delgado, 2001: 433). En efecto, no faltan referencias en la doctrina a que calificar una norma como clara, supone un esfuerzo interpretativo previo para llegar a tal conclusión.

<sup>99</sup> Ennecerus refiere cuatro situaciones en las que el operador jurídico puede encontrarse frente a lagunas: 1) cuando la norma da al juez una orientación general, señalando expresa o tácitamente, hechos, conceptos o criterios no determinados en sus notas particulares y que el juez debe estimar o investigar; 2) cuando el legislador calla en absoluto, sea porque de ningún modo podía resolverse el caso, sea por haberse suscitado la cuestión después de haberse dictado la Ley, en virtud de haberse alterado las circunstancias de hecho; 3) cuando hay dos Leyes que se contradicen entre sí, haciéndose recíprocamente inaplicables; y 4) cuando una norma es inaplicable por abarcar casos o acarrea consecuencias que el legislador no habría ordenado de haber conocido aquellos o sospechado éstas. Citado en: Monroy Cabra, 1998: 320.

na calificación normativa de determinada conducta, es decir con una solución (Alchourrón y Bulygin citados por Nino, 1987: 281).

A pesar de tales afirmaciones, es común encontrar múltiples referencias a que “*el ordenamiento jurídico es lógicamente completo*”. Para Betti, por ejemplo, tal expresión responde a una errónea perspectiva intelectualista e inmovilizante. La plenitud del ordenamiento jurídico –sostiene– más que un punto de partida, es un punto de llegada nunca definitivamente alcanzado por la interpretación (Betti, 1971: 47).

El Derecho internacional privado, como parte del ordenamiento jurídico, no escapa a esta realidad; de hecho, la escasez y dispersión que caracterizó nuestro sistema, antes de la entrada en vigencia de la Ley, hacía aun más necesario el procedimiento de integración del Derecho, por ello fue tan importante la adopción, en 1897, del artículo 8 del Código de Procedimiento Civil.

Llama la atención que tal norma haya aparecido mucho antes incluso que el artículo 4 del Código Civil, disposición que consagra las fuentes del Derecho en general. Esta última norma apareció inicialmente en el Código Civil de 1916, antes de esta fecha, la analogía como medio para integrar el Derecho, estaba consagrada en el Código de Procedimiento Civil de 1904. En los Códigos anteriores, desde 1862 hasta 1880, sólo estaban previstos el Derecho natural y la razón. Esta norma pasó del Código de Procedimiento Civil al Código Civil, aparentemente por recomendación de Emilio Constantino Guerrero, quien en 1912 publicó un artículo argumentando que las normas sobre interpretación del Derecho debían estar en el Código Civil, pues es en él donde se encuentran consagrados los principios generales.

Antes de 1897, los operadores del Derecho, no contaban con una herramienta legal que les permitiese aplicar la analogía y los principios generales del Derecho a supuestos que no estuviesen enmarcados dentro de los artículos 9, 26, 10 y 11 del Código Civil, lo que hacía insalvables las lagunas de nuestro sistema de Derecho internacional privado<sup>100</sup>. La aparición del mencionado artículo 8 permitió que mediante estas escasas disposiciones se regulara una multiplicidad de casos no previstos en ellas.

Ahora bien, de acuerdo con el artículo 8 del Código de Procedimiento Civil, cuando el juez venezolano, ante un caso con elementos de extranjería,

<sup>100</sup> No debemos olvidar que en opinión de gran parte de la doctrina, la importancia de la analogía es tal, que para ser legítima no es necesario que sea autorizada expresamente por el legislador y será en todo caso procedente siempre que no esté prohibida o atente contra la naturaleza excepcional de algunos preceptos jurídicos. Ver: Betti, 1971: 156.

no lograba encontrar una solución en las normas positivas, ya proviniesen de fuente convencional o estatal, debía recurrir a “*lo que se desprenda de la mente de la legislación patria*”, lo que tradicionalmente se entendió como una referencia directa a la analogía. Mas debemos considerar que, desde el punto de vista de la teoría general del Derecho, las expresiones “*mente de la ley*”, “*voluntad de la ley*” o “*fin de la ley*”, envuelven algo más que una referencia a la analogía. La búsqueda de la mente del legislador o de la ley—según se adopte la tesis subjetiva o de la voluntad o la teoría objetiva o de la interpretación inmanente de la Ley— constituye el propio objetivo de la interpretación y desde Ihering ocupa un papel preponderante en todas las teorías interpretativas (Larenz, 1966: 250-254). Debemos afirmar que, probablemente, tal idea se debe a alguna reminiscencia de las tesis exegéticas, para las cuales la analogía no era una herramienta de integración del Derecho, sino que más bien constituía un elemento de interpretación a través del cual se buscaba desentrañar la intención del legislador.

Finalmente, ante la imposibilidad de hallar la solución a través de la analogía, el juez aplicaría los principios generalmente aceptados de Derecho internacional privado. El legislador internacionalprivatista se refiere, con esta remisión, a la función integradora de los principios generales del Derecho, a la cual haremos referencia *infra*. Baste por ahora señalar que, aun cuando el artículo 1 de la Ley de Derecho Internacional Privado no lo establezca expresamente, los principios serán siempre una guía en la interpretación del ordenamiento jurídico y del Derecho internacional privado, como parte integrante de éste.

Ahora bien, hemos admitido que efectivamente el ordenamiento jurídico puede tener lagunas, pero esta ausencia de respuestas no justifica la inercia del juzgador, éste tiene la obligación de hallar una solución. El juez no puede dejar de juzgar sin dejar de ser juez (Cossio, 1946: 51).

En Venezuela tal conducta es sancionada por el artículo 9 del Código de Procedimiento Civil. De acuerdo con este precepto: “*El juez que se abstuviere de decidir so pretexto de silencio, contradicción o deficiencia de la ley, de oscuridad o ambigüedad en sus términos... será penado como culpable de denegación de justicia*”. Tal principio, denominado de la *plenitud hermética*, en opinión de Recaséns Siches, no es sólo un principio jurídico positivo, sino una necesidad *a priori*, un principio forzoso de todo orden jurídico, pues no hay controversia posible, por difícil, complicada o imprevisible que sea, que no exija y deba tener solución en el campo del Derecho (Recaséns Siches, 1946: 296-297).

Antes de adentrarnos en el estudio de la analogía y de los principios generalmente aceptados de Derecho internacional privado, debemos recordar que el artículo 8 del Código de Procedimiento Civil permitió dar solución al problema doctrinal planteado por el maestro Lorenzo Herrera Mendoza, con el nombre de hibridismo antagónico, al prever la aplicación de los principios generales del Derecho internacional privado y por lo tanto de las leyes extranjeras en los casos permitidos por ese Derecho.

### 1. La Analogía

Cuando falta en la Ley la orden positiva que el fin de la regulación hace esperar, se produce lo que la doctrina ha calificado como una laguna abierta, definida en sentido contrario a las llamadas lagunas ocultas, entendidas como aquellas en las que lo que falta es la limitación, para determinados casos, de una regla determinada (Larenz, 1966: 298). En el primer caso, es decir, en los supuestos de lagunas abiertas, siendo éstas propias, la principal herramienta de que dispone el operador jurídico es la analogía; en el segundo caso, el intérprete cuenta con la reducción lógica. A través de esta última herramienta, el juez reconduce la norma legal formulada de manera demasiado amplia, al campo de aplicación que le corresponde conforme al fin o a la conexión de sentido de la Ley (Larenz, 1966: 308).

De esta manera, la analogía puede definirse como la transportación de una regla dada en la Ley para un supuesto de hecho A, o para varios supuestos similares entre sí, al supuesto de hecho B, similar a A, no regulado en la Ley, sino formado por el enjuiciador, generalmente en atención al caso concreto. De esta manera, la consecuencia jurídica de A es también válida para B, en virtud de un principio de justicia según el cual ha de tratarse jurídicamente igual lo de la misma clase (Larenz, 1966: 300). La analogía es un procedimiento lógico que trata de inducir, de soluciones consagradas por el ordenamiento jurídico, el principio íntimo que las explica, para someter un caso semejante a la misma solución por vía deductiva (Mouchet y Zorraquín, 1953: 296). Esta herramienta encuentra su fundamento en el hecho de entender que de una regla legal o de un conjunto de ellas, se pueden extraer principios aplicables a casos no previstos en la Ley, ni siquiera en forma implícita, pero que por presentar una semejanza sustancial con los contemplados en los textos legales deben tener las mismas soluciones (Latorre, 1987: 83).

Puede entonces hacerse analogía *legis* cuando recurrimos a una norma jurídica, por ello Larenz prefiere referirse a “*analogía individual*”; y analogía *iuris* –o *conjunta* en términos del autor germano– cuando buscamos la respuesta en varias normas. De acuerdo con esta última, se busca inferir, de la coincidencia de la idea fundamental de múltiples proposiciones jurídicas, un principio fundamental que se aplica a los casos no previstos (Larenz, 1966: 304-306)<sup>101</sup>. No existe, en opinión de algunos autores, una diferencia sustancial entre ambas, y no podría ser de otro modo, pues la aplicación analógica de una norma implica la individualización del principio en que se funda<sup>102</sup>. De esta manera, la aplicación analógica de una norma supone la previa identificación de la *ratio iuris* del precepto; por ello, podría afirmarse que lo que se hace no es tanto extender una disposición particular, cuanto aplicar el principio de cuya existencia sería testimonio la disposición particular (Guastini, 2000: 97).

En todo caso, el intérprete ha de verificar si los elementos decisivos para el tratamiento jurídico, presentes en el hecho previsto y en el no previsto son sustancialmente idénticos; en caso de establecer que ambos son semejantes o análogos, podrá concluir que para ellos existe una paridad en la *ratio iuris* y podrá aplicar analógicamente la norma (Betti, 1971: 161).

## 2. Los Principios Generales del Derecho

Definir lo que ha de entenderse por principios generales no es tarea sencilla. Díaz Couselo estima que los principios generales son juicios de valor, anteriores a la formulación de la norma positiva, con lo cual los concibe como fundamento del Derecho positivo; pero también les atribuye el papel de fuente en sentido técnico, pues en ellos ha de apoyarse el juez para resolver el caso ante la ausencia de una norma expresa (Díaz Couselo, 1971: 79). Legaz y Lacambra entiende que los principios forman la capa

<sup>101</sup> “Se llama analogía *legis* a la trasposición de la regla dada para un supuesto de hecho a otro que le es similar; más correcta sería la expresión analogía individual, pues aquí se aplica “oportunamente” una única norma legal al hecho similar. Tradicionalmente se distingue de ésta la llamada “analogía *iuris*”; nosotros llamamos a ésta “analogía conjunta”. En ella se infiere de varias disposiciones legales, cuyos supuestos de hecho coinciden en un determinado aspecto que parece “esencial” para la consecuencia jurídica vinculada, un principio general del Derecho que puede ser aplicado también a aquellos supuestos de hecho que la ley no ha regulado”. Larenz, 1966: 304.

<sup>102</sup> Recuérdese, en este sentido, la sentencia de la extinta Corte Suprema de Justicia, según la cual, refiriéndose al Código Bustamante, “los principios que consagra pueden ser aplicados analógicamente”. CSJ/SPA Sent. 23/02/1981, JRG T. LXXII, p. 551.

más profunda de la dimensión normativa del Derecho (Legaz y Lacambra, 1953: 400).

La dificultad de definir esta figura se debe, entre otras cosas, a las múltiples funciones que desempeñan. Conocida es la duplicidad de acepciones que les atribuyó Esser. Para el autor germano, los principios generales del Derecho pueden definirse, en primer lugar, como aquellos principios en los cuales se fundamentan las normas y que constituyen las bases inderogables de un ordenamiento jurídico; en este sentido nos ayudarán a delimitar los casos en que se produce la evicción del Derecho extranjero por razones de orden público. En segundo lugar, los principios serán entendidos como aquellos que derivan de la norma, de la costumbre o de las necesidades de solución de un caso concreto; considerados, desde este punto de vista, como una fuente supletoria del Derecho (Esser, 1961: 6-11).

Así, tomando como punto de partida la obra del profesor De Castro (1949: 427 ss), hemos de entender que los principios generales del Derecho –concebidos como normas fundamentales, taxativas, universales, tópicas, axiológicas; implícita o explícitamente positivas– desempeñan tres funciones básicas. La primera es la función creativa, es entender los principios como fundamento del ordenamiento jurídico; en este sentido, los principios se convierten en la fuente material y formal por excelencia de todo orden jurídico, en su fuente primigenia, pues ellos preceptúan los requisitos de forma y fondo que han de llenar los demás preceptos jurídicos; ellos representan los valores fundamentales vigentes en la sociedad, dirigen las labores legislativa, ejecutiva y jurisdiccional del Estado.

En su función interpretativa, los principios constituyen el principal instrumento para comprender las normas jurídicas<sup>103</sup>. La función integradora deriva de la definición que de los principios generales diera Aristóteles en su *Ética* a Nicómaco (1137b, 13) y según la cual estos constituyen el *nomos*, en cuanto reglas generales aplicables a los hechos que sus supuestos prevén. La generalidad propia de la Ley trae consigo la imposibilidad de regular todas las particularidades, detalles o especificidades de los hechos que está

<sup>103</sup> En materia de interpretación, resalta el intento de Esser por enumerar –como universalmente admitidos– algunos principios, entre los cuales destacan: el respeto del texto de la Ley, con la clásica salvedad en caso de llegar a resultados absurdos o indignos; la interpretación conforme al fin del instrumento interpretado; el principio de independencia y unidad de un instrumento referente al mismo círculo jurídico, con todas las posibilidades, pero también con todos los límites de una interpretación sistemática; el principio de corroboración y complemento del texto por medio de reglas objetivas; y el principio de respeto a los derechos adquiridos o, en su caso, el de la libertad, que impone una interpretación restrictiva de los deberes y cargas asumidas (Esser, 1961: 61-62).

llamada a normar; tampoco puede regular hechos que aun no se han presentado en la realidad, pero que se presentarán en el futuro. De manera que, como el legislador no puede preverlo todo, los principios funcionan como normas que pueden y deben solucionar todos, absolutamente todos los casos posibles, no previstos legislativamente. En otras palabras, los principios generales funcionan como normas integradoras ante el silencio del ordenamiento jurídico positivo.

Es a esta última función a la que parece referirse el legislador internacionalprivatista, en el artículo 1 de la Ley de Derecho Internacional Privado. El problema, en todo caso, sigue siendo determinar estos principios. Según adoptemos una posición positivista, entenderemos que los principios generales son los que están recogidos por el Derecho positivo; mientras que si partimos desde la óptica iusnaturalista, hemos de traducirlos en principios universales y eternos de justicia que dan origen al ordenamiento jurídico. La doctrina que suscribe esta última tesis, la considera más acertada por hacer referencia a juicios de valor inherentes a la naturaleza humana y que constituyen el fundamento de toda legislación positiva (Legaz y Lacambra, 1953: 380).

Para descubrirlos, Del Vecchio aconseja ascender por abstracción de normas particulares de la Ley a determinaciones más amplias, continuando la creciente generalización hasta llegar a comprender el caso dudoso en la esfera del Derecho positivo. Los principios —afirma— tienen un carácter ideal y absoluto, por lo tanto son superiores al orden positivo y, aunque no puedan derogar las normas vigentes, tienen valor sobre y dentro de ellas, puesto que representan la razón suprema y el espíritu que las informa. Entre los principios generales el autor enumera la soberanía de la Ley; la igualdad de los ciudadanos ante la Ley; la división de poderes; la libertad; la validez de los pactos libremente consentidos, etc. (Del Vecchio, 1948: 51 y 138).

Llama la atención la referencia hecha a los principios generales por el legislador portugués. Dentro del sistema luso, los casos no previstos son regulados de acuerdo a la norma aplicable a los casos análogos y tal aplicación analógica dependerá de que, en el caso omiso, “procedan las razones justificativas de la reglamentación en el caso previsto por la Ley”. Ahora bien, “Ante la falta de un caso análogo, la situación es resuelta de acuerdo a la norma que el propio intérprete creará, si hubiese que legislar dentro del espíritu del sistema” (Código Civil portugués, Art. 10). No podemos dejar de notar como el legislador autoriza al juez para que, inspirado en los principios que informan el sistema, cree la norma que habrá de regular el caso no previsto de manera expresa.

En materia de Derecho internacional privado, se ha aceptado que los principios generales pueden extraerse de los tratados internacionales, cuando estos no resulten aplicables, en cuanto tales, a un caso concreto. Ejemplo de tal planteamiento puede observarse en algunas decisiones que han aplicado la conexión dada por la autonomía de la voluntad de las partes, como un principio general emanado del Código Bustamante<sup>104</sup>.

### 3. La Integración del Derecho en Materia de Derecho Internacional Privado

Antes de analizar el proceso de integración en materia de Derecho internacional privado, debemos considerar el funcionamiento de las diversas fuentes que informan esta disciplina. En presencia de tratados internacionales, hemos de tener en cuenta las disposiciones contenidas en los artículos 31 a 33 del Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados, en relación con la interpretación de los mismos.

Así, en virtud del artículo 31, “Un tratado deberá 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”. Tal contexto “comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos: a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado; y b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado” (Art. 31[2]).

El propio artículo impone considerar todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones; toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado; y, finalmente, toda forma pertinente de Derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes (Art. 31[3]).

Cuando la solución obtenida por estos medios deje ambiguo u oscuro el sentido; o conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable, se podrá acudir a medios de interpretación complementarios, en particular

<sup>104</sup> “El principio de la autonomía de la voluntad consagrado en artículos no reservados por Venezuela, debe ser aplicado a países no vinculados por dicho convenio, pues indudablemente representa un principio de Derecho internacional privado aceptado por la legislación venezolana”. DFMIM2 Sent. 29/02/1968 y Sent. 12/03/1970 ambas consultadas en original.

a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31 (Art. 32).

Si el tratado es emitido en más de un idioma oficial, aunque se presume que los términos del tratado tienen en cada texto auténtico igual sentido, podrá prevalecer uno de ellos si, para el caso de discrepancia, el tratado lo permite o las partes lo han convenido así. En todo caso, se adoptará el sentido que mejor concilie esos textos, considerando siempre el objeto y fin del tratado (Art. 33).

En el caso de normas de Derecho internacional privado emanadas del legislador estatal, deberán atenderse los criterios que se han adoptado en el Estado de que se trate. En Venezuela habrá de considerarse lo establecido en el artículo 4 del Código Civil, que impone una interpretación gramatical del texto de la Ley, según la conexión de las palabras entre sí y la intención del legislador. La función orientadora de tal operación, vendrá dada por los principios generales del Derecho.

Ahora bien, en presencia de una laguna, la labor del juez ante un caso con elementos de extranjería no difiere de la que ha de desempeñar ante un caso doméstico; sin embargo, presenta algunas particularidades. La aplicación analógica de normas generales no presenta problemas y ello queda demostrado con la bilateralización de las normas de conflicto unilaterales. Recordemos en este sentido lo ocurrido en nuestro sistema derogado con los artículos 9, 10 y 11 del Código Civil.

Igualmente, no es posible recurrir a la analogía en caso de normas excepcionales, pues éstas se fundamentan en principios contrarios a aquellos que sustentan las normas generales en la materia. Por ejemplo, en el marco de nuestra Ley, la existencia, estado y capacidad de las personas físicas se rige por el Derecho de su domicilio, entendido éste como la residencia habitual (Arts. 11 y 16); sin embargo, quedan fuera de este régimen las personas cuya residencia habitual “*sea resultado exclusivo de funciones conferidas por un organismo público nacional, extranjero o internacional*” (Art. 14). Al ser excepcional, y por ello contraria al principio general de aplicación del Derecho de la residencia habitual, esta norma no podría ser aplicada analógicamente a los trabajadores de empresas privadas.

Cuando la laguna se produzca en el marco de un tratado internacional<sup>105</sup>, es aconsejable intentar una integración en el propio marco del con-

<sup>105</sup> Debemos tener en cuenta que hemos de estar frente a una verdadera laguna, y no frente a una materia que esté fuera del ámbito de aplicación del convenio.

venio, a tal efecto resultan útiles los principios en los que éste se ha basado. La justificación de tal procedimiento resulta sencilla: el interés de alcanzar soluciones uniformes para todos los Estados partes del tratado (Calvo Caravaca y Carrascosa González, 2002: 61). Tal solución ha sido adoptada, por ejemplo, por la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías (1980); este instrumento dispone, en su artículo 7, que “*Las cuestiones relativas a las materias que se rigen por la presente Convención que no estén expresamente resueltas en ella se dirimirán de conformidad con los principios generales en los que se basa la presente Convención o, a falta de tales principios, de conformidad con la ley aplicable en virtud de las normas de Derecho internacional privado*”. En sentido similar se pronuncia el artículo 4 de la Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los contratos internacionales, según el cual, “*Para los efectos de interpretación y aplicación de esta Convención, se tendrá en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación*”.

Ante este panorama, nos preguntamos si al recurrir al tratado internacional, como lo dispone el artículo 1 de la Ley, hemos de agotar todas las posibilidades –aplicación analógica y de los principios generales que lo inspiran– antes de recurrir a las normas de Derecho internacional privado de fuente estatal. Una correcta aplicación del tratado internacional parece conducirnos a una respuesta positiva. De manera que, sólo en los casos en que el hecho concreto escape al ámbito de aplicación del convenio, podremos recurrir a las normas internas en materia de Derecho internacional privado.

Sin embargo, debemos considerar que la amplitud que caracteriza algunas normas de Derecho internacional privado, dificulta que un hecho concreto pueda escapar al ámbito de aplicación de algunos tratados. Por ejemplo, el artículo 3 de la Convención de México sobre Derecho aplicable a los contratos, dispone que “*Las normas de esta convención se aplicarán, con las adaptaciones necesarias y posibles, a las nuevas modalidades de contratación utilizadas como consecuencias del desarrollo comercial internacional*”. Semejante afirmación implica agotar todas las vías de interpretación e integración del tratado antes de recurrir a la legislación interna.

Problema diferente se plantea cuando el operador jurídico pretende recurrir al tratado, sea por vía de la analogía, sea haciendo uso de los principios en él contenidos, para aplicarlo a un litigio en el que convergen

ordenamientos jurídicos que no forman parte del convenio en cuestión. Parte de nuestra doctrina ha sugerido la aplicación analógica del tratado en estos casos, basándose para tal afirmación en que al cambiar las partes, cambia el supuesto y de ser idéntico pasa a ser análogo (Guerra Hernández, 2000: 150 ss.)<sup>106</sup>.

La analogía, sin embargo, supone que la norma que ha de ser aplicada por esta vía, se encuentre vigente y, técnicamente no puede considerarse vigente, para el caso concreto, un tratado en el que no participen los ordenamientos en conflicto. En todo caso, si el tratado ha de ser considerado en la solución de un caso que no permita su aplicación por vía principal, preferimos su aplicación indirecta a través de la consideración de los principios generales que lo inspiran; pues si el tratado ha sido ratificado por nuestro Estado, tal actitud supone un acuerdo con los principios que subyacen bajo el instrumento en cuestión.

No olvidemos que el artículo 1 de la Ley se refiere a los “*principios de Derecho internacional privado generalmente aceptados*”, lo cual parece extender la fuente de producción de los mismos más allá de la órbita del ordenamiento jurídico del foro, siempre y cuando sean “*generalmente aceptados*”. La garantía del debido proceso, la autonomía de las partes, la exclusividad del foro del lugar de ubicación de los inmuebles, por ejemplo, pueden contarse entre estos principios de general aceptación; no así el *forum non conveniens*, cuya vigencia parece limitada a los sistemas del *Common Law*.

Ahora bien, acertadamente, parte de la doctrina ha afirmado que, en materia de la determinación de la competencia procesal internacional directa, no existen lagunas que permitan el recurso a la analogía, ni, en ningún caso, acudir a la aplicación analógica de las normas sobre competencia territorial interna. La negativa o el silencio del legislador —se ha afirmado— significan que el conocimiento de un supuesto de hecho jurídicamente internacionalizado, no cae dentro de la esfera de la jurisdicción de los tribunales nacionales (Hernández-Breton, 1991: 235).

<sup>106</sup> No han faltado decisiones de nuestros tribunales que recurran a esta herramienta. “Si se invocan las disposiciones del Código Bustamante no es porque se pretenda aplicarles a un Estado que no ha sido contratante, sino para deducir la mente de la legislación patria respecto a la cuestión debatida. El Código Bustamante pone de manifiesto que la intención del legislador es modificar el criterio tradicional que se hace patente en la ley adjetiva, por ese, el que importaba en la época en la que se redactó”. DFSC1 Sent. 21/06/1961, JRG Vol. IV, p. 51. “Pese a que el Estado Libre Asociado de Puerto Rico no es parte del Código Bustamante de Derecho internacional privado, dicho cuerpo de normas constituye fuente de interpretación de ese Derecho, en cuya virtud los principios que consagra pueden ser aplicados analógicamente por los Estados miembros de la comunidad hispanoamericana”. CSJ/SPA Sent. 23/02/1981, JRG Vol. LXXII, p. 551.

Ahora nos interesa particularmente el problema de los casos en los que la norma de Derecho internacional privado, formalmente aplicable, conduce a una respuesta que puede —por absurda— resultar no adecuada. En estos casos, la doctrina propone, en primer término, recurrir a la analogía, lo cual se hará factible si la norma general se halla corregida por una norma especial que se basa en principios específicos pero no contrarios a los que sustentan la norma general; se afirma entonces la posibilidad de aplicar, analógicamente el precepto especial. En segundo lugar, de no ser posible emplear la analogía en los términos propuestos, como en los casos de lagunas, habrá que recurrir a los principios generales del Derecho internacional privado (Calvo Caravaca y Carrascosa González, 2002: 62).

El juez, haciendo uso de las herramientas que le brinda la teoría general del Derecho, evitará los resultados absurdos a que puedan conducir las normas generales de Derecho internacional privado; deberá entonces aplicarlas conforme a su *ratio* y, si observa que ésta no alcanza a abarcar, de acuerdo con su espíritu y finalidad, un grupo de supuestos, reducirá el campo de acción de la norma general.

Evitar resultados absurdos nos conduce indefectiblemente al tema de la justicia material en Derecho internacional privado y a la posibilidad de que el juez, a través de la interpretación, desatienda el mandato legislativo contenido en la norma de conflicto. Como quiera que ciertamente la noción de justicia material constituye el espíritu de la Ley de Derecho internacional privado venezolana, debe andar el juez con cuidado a la hora de hacer uso de este instrumento, pues bien sabido es que en nuestro sistema no es permitido que el juez, invadiendo la esfera de competencia del legislador, cree Derecho. Este límite tampoco debe conducirlo a resultados contrarios a la equidad en el caso concreto. Prudencia es el fiel de la balanza entre uno y otro extremo.

## CONCLUSIONES

El artículo 1 de la Ley de Derecho Internacional Privado venezolana ordena a nuestras autoridades competentes, poner en funcionamiento el sistema de Derecho internacional privado en los casos que la relación en cuestión ponga en contacto a más de un ordenamiento jurídico. Asume así nuestro legislador una concepción realista del objeto de nuestra disciplina: la relación jurídica internacional.

Luego de determinar que la relación puede ser calificada como de tráfico jurídico externo, el juez debe recurrir a los tratados internacionales como principal fuente informadora de nuestro sistema. Dentro de los tratados internacionales, el juez podrá recurrir a convenciones de Derecho internacional público, cuando su regulación tenga alguna incidencia en las relaciones privadas, es decir, cuando se trate de “*normas de Derecho internacional público sobre la materia*”. Una vez agotadas todas las posibilidades de aplicación, interpretación e integración del tratado, el juez podrá recurrir a las normas que hallan su fuente en la legislación estatal; normas que no se encuentran limitadas, a pesar de la amplísima derogatoria contenida en la Ley de Derecho Internacional Privado, a sus propias disposiciones, sino que se extienden a aquellas contenidas en leyes especiales y que no colidan con el espíritu de la Ley.

Analogía y principios de Derecho internacional privado generalmente aceptados, constituyen las herramientas dadas al juez para la integración del Derecho. De tal manera, ambos están dirigidos a auxiliarlo en la aplicación de las normas positivas del ordenamiento jurídico, sea que hallen su fuente en un tratado o en una disposición interna.

## JURISPRUDENCIA

### A. Prelación de fuentes. Determinación de la jurisdicción

Por tratarse de un asunto con elementos de extranjería, debe ser analizado a la luz del Derecho Internacional Privado, por lo cual se ha de atenderse al orden de prelación de fuentes establecido en el artículo 1 de la Ley de Derecho Internacional Privado.

Molinos Carabobo C. A. (MOCASA) Vs. Filippou Filippou. Sentencia No. 01359, 13/06/2000. Exp. No. 14.878. Magistrado Ponente: Levis Ignacio Zerpa.

#### *En el mismo sentido:*

Pierre Nahas NASR vs. Germán L. Prieto S. Sentencia No. 121, de fecha 18/02/1999. Exp. No. 14178. Magistrado Ponente: Hermes Harting.

Pedro Glucksman vs Metales Internacionales Paraguaná, C.A. (Metimpaca). Sentencia No. 1044, de fecha 11/08/1999. Exp. No. 14171. Magistrado Ponente: Hermes Harting.

- José Luis Jiménez vs José Leoncio Valdez Varela. Sentencia No. 1088, de fecha 30/09/1999. Exp. No. 14781. Magistrado Ponente: Humberto La Roche.
- Sumalteco Maquinarias y Equipos Industriales, C.A. (Sumalteco, C.A.) vs. Allis Mineral Systems Fábrica de Aço Paolista Ltda. (FAÇO). Sentencia No. 1590, de fecha 25/11/1999. Exp. No. 13323. Magistrado Ponente: Humberto La Roche.
- Anna Roscioli Tomassi vs Melba Mena Hernández. Sentencia No. 1950, de fecha 21/12/1999. Exp. No. 13868. Magistrado Ponente: Hermes Harting.
- Valdova Limited Ltd. Vs Válvulas de Aragua C.A., María Elena Holding Ltd., Estefania Holding Ltd., Intraco Metalúrgica Venezolana, C.A., Kellwood Industries, Inc., Manuel Rico Diaz, Alberto Possenti Zupi y Guisepe Stasi Nadie. Sentencia No. 00736, de fecha 03/03/2000. Exp. No. 15414. Magistrado Ponente: Levis Ignacio Zerpa.
- Banco Maracaibo N.V. Vs. Omnivisión, C.A. y Servicios Multicanal 12, C.A. Sentencia No. 742, de fecha 30/03/2000. Exp. No. 0067. Magistrado Ponente: Levis Ignacio Zerpa.
- Mariana Capriles Vs. George Viney Kubala. Sentencia No. 01023, de fecha 03/05/2000. Exp. No. 16391. Magistrado Ponente: Carlos Escarrá Malavé.
- Boris Galo Grunblatt Guerra vs Blanca Nieves Elisa Clotilde Perina Benito. Sentencia No. 1200, de fecha 25/05/2000. Exp. No. 0391. Magistrado Ponente: Carlos Escarrá Malavé.
- C.A.V. Seguros Caracas vs Thos & Jas Harrison Ltd. (Harrison Line) y H.L. Boulton & Co., SACA. Sentencia No. 01220, de fecha 30/05/2000. Exp. No. 13933. Magistrado Ponente: Carlos Escarrá Malavé.
- Corporación El Gran Blanco, C.A. vs Nedlloyd Lijnen B.V. y Nedlloyd Maritime de Venezuela, C.A. Sentencia No. 01252, de fecha 30/05/2000. Exp. No. 15341. Magistrado Ponente: Levis Ignacio Zerpa.
- Sural, C.A. vs Banco Exterior de Los Andes y de España (Extebandes) y Euro Alloys Limited. Sentencia No. 01260, de fecha 06/06/2000. Exp. No. 13406. Magistrado Ponente: Carlos Escarrá Malavé<sup>107</sup>.
- José Carlos R. Vs. Manuel Álvarez F. Sentencia No. 1321, 13/06/2000. Exp. No. 10112. Magistrado Ponente: Carlos Escarrá Malavé.
- Molinos Carabobo C.A. (MOCASA) Vs. Filippou Filippou. Sentencia No. 1359, 13/06/2000. Exp. No. 14878. Magistrado Ponente: Levis Ignacio Zerpa.
- Jean Francois Raulet Vs. María Chu Thi Thanh. Sentencia No. 1363, 13/06/2000. Exp. No. 15348. Magistrado Ponente: Levis Ignacio Zerpa.
- Misés Almarza, Juan R. Arteaga, Alfredo Rivero, Jesús Montesinos, Frank Leal, Orlando Medina y Greinson Román Vs. Shipping ALJA N.V. Sentencia No. 00818, 08/05/2001. Exp. No. 14.308. Magistrado Ponente: Hadel Mostafá Paolini.

<sup>107</sup> Nota: Se aplicó el artículo 8 CPC derogado por el artículo 1 LDIP.

- Inversiones Rhopal, C.A. Vs. Banco Provincial Internacional N.V. Sentencia No. 01173, 20/06/2001. Exp. No. 14730. Magistrado Ponente: Hadel Mostafá Paolini.
- David Enriquez Angulo, Antonio Porti, Rodrigo Hernández, Hernán Pérez y Francisco Hernández Vs. Margarita Cargo Line INC. Sentencia No. 01321, 03/07/2001. Exp. No. 0493. Magistrado Ponente: Yolanda Jaimes Guerrero.
- Steven Mishkin Pesin Vs. Maria Teresa Osorio Rodríguez. Sentencia No. 01543, 18/07/2001. Exp. No. 0719. Magistrado Ponente: Hadel Mostafá Paolini.
- Fábrica de Envases Unopet, C.A. Vs. Northstar Trade Finance, Inc. Sentencia No. 02828, 27/11/2001. Exp. No. 1266. Magistrado Ponente: Hadel Mostafá Paolini.
- Hooper Radio INC. y E & H Partners Vs. Harbie Nadera Mikael. Sentencia No. 02872, 29/11/2001. Exp. No. 0325. Magistrado Ponente: Yolanda Jaimes Guerrero.
- Foreign Credit Insurance Association Vs. Naviera Rassi, C.A. Sentencia No. 0451, 20/12/2001. Exp. No. 4400. Magistrado Ponente: Franklin Arrieche G.
- Merrill Lynch y Pierce Ferrer & Smith, INC. Vs. Baninvenca Capital Markets, Ltd. Y Baninvenca Mercado de Capitales, C.A. y Fenelón Jiménez y María Adela González de Guerrero. Sentencia No. 00135, 29/01/2002. Exp. No. 11503. Magistrado Ponente: Levis Ignacio Zerpa.
- Vasos Venezolanos S.A. Vs. Plaveco de Puerto Rico INC. Y Joaquín R. Simoni Baena. Sentencia No. 00213, 07/02/2002. Exp. No. 11870. Magistrado Ponente: Hadel Mostafá Paolini.
- Sharon Guadalupe Fernández Vs. Alejandro José Fernández Dávila. Sentencia No. 00574, 09/04/2002. Exp. No. 0288. Magistrado Ponente: Yolanda Jaimes Guerrero.
- Molino Oriental C.A. (MOLORCA) vs. Garnac Grain Co, Inc. Sentencia No. 00335, 06/03/2003. Exp. No. 2001 – 0804. Magistrado Ponente: Luis Ignacio Zerpa.
- Eddy Cristo de Carvallo vs. Gertrud Legisa Greshonig. Sentencia No. 00461, 25/03/2003. Exp. No. 2002-1017. Magistrado Ponente: Hadel Mostafá Paolini.
- Carlos Alberto Abad Ruiz vs Carmen Elisa Mendoza. Sentencia No. 00242, 23/03/2004. Exp. No. 2004-0145. Magistrado Ponente: Hadel Mostafá Paolini.
- Juan Luis Augusto Suárez Novoa y Eduardo Clopatofsky de la Peña vs. Plácida Amparo Mejía González y Wilson Salcedo Rojas. Sentencia No. 00586, 22/04/2003. Exp. No. 2003-0151. Magistrado Ponente: Levis Ignacio Zerpa.
- Lila Morillo e Ivonne Palm vs Corp Banca C.A., Banco Universal. Sentencia No. 01410, 23/09/2003. Exp. No. 2003-0980. Magistrado Ponente: Hadel Mostafá Paolini.
- Gilberto Emiro Correa Romero vs Dresdner Bank Lateinamerika AG y Jorge Correa Romero y María Celina del Corral de Correa. Sentencia No. 01761, 18/11/2003. Magistrado Ponente: Levis Ignacio Zerpa.

- María del Carmen Vaamonde de Torres vs. Vicente Daniel Torres, Lester C. Hess Jr. Y Empresas Arturo Internacional, S.A. Sentencia No. 01603, 29/09/2004. Exp. No. 2004-0785. Magistrado Ponente: Hadel Mostafá Paolini.
- Giancarlo Salvatore Rosignoli vs María Krelya Martínez Alfonso. Sentencia No. 02822, 14/12/2004. Exp. No. 2004-0896. Magistrado Ponente: Levis Ignacio Zerpa.

## B. Prelación de fuentes. Exequátur

Toda solicitud de exequátur impone su estudio dentro del marco del Derecho Procesal Civil Internacional, por lo que, al igual que ocurre en todos los casos que presentan elementos de extranjería, debe atenderse para su decisión al orden de prelación de fuentes en la materia, establecido en el artículo 1 de la Ley de Derecho Internacional Privado.

- María Dolores Correa Márquez y Javier Enrique Nieto de Ávila. Sentencia No. 20/02/2001. Exp. No. 15360. Magistrado Ponente: Hadel Mostafá Paolini.

### *En el mismo sentido:*

- Bella Milene Navarro y Carlos Salgado Valencia. Sentencia No. 453, de fecha 13/05/1999. Exp. No. 14328. Magistrado Ponente: Humberto J. La Roche.
- Olga Ventura y Ramón Santos. Sentencia No. 864, de fecha 07/07/1999. Magistrado Ponente: Humberto La Roche.
- Otto Klemm y Charlotte Raymonde W. Sentencia No. 884, de fecha 15/07/1999. Exp. No. 15148. Magistrado Ponente: Humberto La Roche.
- Armando José Durán y Mary Lou Schiller. Sentencia No. 1066, de fecha 23/09/1999. Exp. No. 15131. Magistrado Ponente: Hildegard Rondón de Sansó.
- Joao Domingos Vieira y María M. Camara L. Sentencia No. 1267, de fecha 21/10/1999. Exp. No. 13695. Magistrado Ponente: Hermes Harting.
- Mercedes Violeta Villavicencio Ochoa y Klebert R. Toala Arteaga. Sentencia No. 1268, de fecha 21/10/1999. Magistrado Ponente: Hermes Harting.
- César José Domínguez Torrens y Eleonora De Jesús Avellán Veloz. Sentencia No. 1278, de fecha 21/10/1999. Magistrado Ponente: Héctor Paradisi León.
- Eduardo Antonio Ramia Decash y Carmen Rosario Camejo Díaz. Sentencia No. 1291, de fecha 21/10/1999. Magistrado Ponente: Belén Ramírez Landaeta.
- Jane Margaret Vanesa Guppy de Robles y José Robles. Sentencia No. 1424, de fecha 04/11/1999. Exp. No. 12326. Magistrado Ponente: Hildegard Rondón de Sansó.

Ana V. Uribe F. y Lucio A. Ramírez. Sentencia No. 1752, de fecha 09/12/1999. Exp. No. 13408. Magistrado Ponente: Héctor Paradisi León.

Fabio Alessio Missana y Jacqueline Childress Missana. Sentencia No. 1754, de fecha 09/12/1999. Exp. No. 14911. Magistrado Ponente: Héctor Paradisi León.

Alejandro Sosa y Georgina Macju. Sentencia No. 00472, de fecha 02/03/2000. Exp. No. 14962. Magistrado Ponente: Carlos Escarrá Malavé.

Andrew Gibson y Martha Sequera. Sentencia No. 00627, de fecha 23/03/2000. Exp. No. 14895. Magistrado Ponente: Carlos Escarrá Malavé.

Florinda Pérez y Wisgton Guevara. Sentencia No. 741, de fecha 30/03/2000. Exp. No. 16485. Magistrado Ponente: Levis Ignacio Zerpa.

Héctor Rodríguez y María Vargas. Sentencia No. 814, de fecha 13/04/2000. Exp. No. 12251. Magistrado Ponente: Carlos Escarrá Malavé.

Lorraine Firth y Hugo Zuleta García. Sentencia No. 00830, de fecha 13/04/2000. Exp. No. 15483. Magistrado Ponente: Carlos Escarrá Malavé.

Los Pequeños Airlines, INC. y Air Venezuela, C.A. Sentencia No. 1428, 22/06/2000. Exp. No. 15996. Magistrado Ponente: Carlos Escarrá Malavé.

Nelly Quintero D. Vs. Reinhold Norbert. Sentencia No. 1531, 29/06/2000. Exp. No. 15640. Magistrado Ponente: Carlos Escarrá Malavé.

María Dolores Correa Márquez y Javier Enrique Nieto de Ávila. Sentencia No. 0176, 20/02/2001. Exp. No. 15360. Magistrado Ponente: Hadel Mostafá Paolini.

Antonio Traverso Mognon y Nelly del Carmen Meza Pérez. Sentencia No. 00795, 08/05/2001. Exp. No. 15573. Magistrado Ponente: Hadel Mostafá Paolini.

Germán Dao y Astrid M. Gamez. Sentencia No. 01260, 27/06/2001. Exp. No. 0428. Magistrado Ponente: Levis Ignacio Zerpa.

Aida Josefina Aranda y Otto Luis Núñez. Sentencia No. 01820, 08/08/2001. Exp. No. 0941. Magistrado Ponente: Yolanda Jaimes Guerrero.

Josefa María Colmenares y Hely J. Rodríguez Ravelo. Sentencia No. 02958, 12/12/2001. Exp. No. 16511. Magistrado Ponente: Yolanda Jaimes Guerrero.

Arthur D. Little, INC. y Arthur D. Little International, INC. Vs. Dooyang Corporation, Dooyang America INC. Y Dooyang Internacional, INC. Sentencia No. 00104, 24/01/2002. Exp. No. 15370. Magistrado Ponente: Levis Ignacio Zerpa.

Aida Josefina Aranda y Otto Núñez Montiel. Sentencia No. 00398, 05/03/2002. Exp. No. 0292. Magistrado Ponente: Levis Ignacio Zerpa.

Rafael Ruggiero Falzarano y Catherine Bernice Crowley. Sentencia No. 00450, 12/03/2002. Exp. No. 0696. Magistrado Ponente: Hadel Mostafá Paolini.

Carlos Manuel Lander S. Y María Corina Martínez Nucete. Sentencia No. 00703, 22/05/2002. Exp. No. 0333. Magistrado Ponente: Levis Ignacio Zerpa.

Ricardo Benigno García Riadigos y Flor Elena Sanmartín Crespo. Sentencia No. 01102, 14/08/2002. Exp. No. 0387. Magistrado Ponente: Yolanda Jaimes Guerrero.

Mercedes Guzmán de Abilmón y Ramez Abilmón. Sentencia No. 00490, 27/03/2003. Exp. No. 2000-0901. Magistrado Ponente: Hadel Mostafá Paolini.

Luis Joao Gomes de Freitas y Edite Freitas Gomes. Sentencia No. 11493, 27/03/2003. Exp. No. 2001-0746. Magistrado Ponente: Hadel Mostafá Paolini.

Margret Elisabeth Busse de Alfonso y Silvio Ramón Alfonso Wilson. Sentencia No. 00520, 03/04/2003. Exp. No. 2001-0113. Magistrado Ponente: Levis Ignacio Zerpa.

Arlet Garay y Douglas José Baggetto Bastos. Sentencia No. 00521, 03/04/2003. Exp. No. 2002-0155. Magistrado Ponente: Levis Ignacio Zerpa.

Raiza Margarita Ferreira Bermúdez, solicitante (Antonio Ferreira y Damelis Teresa De Sousa de Ferreira). Sentencia No. 00030, 28/01/2004. Exp. No. 2000-1217. Magistrado Ponente: Hadel Mostafá Paolini.

Olimpia Peña Tejera y Klaus Goetz Steinvorth, Elke Goetz Steinvorth de Fuhrmeister y Ranghild Goetz Steinvorth de Bornhorst. Sentencia No. 01098, 18/09/2004. Exp. No. 1993-10019. Magistrado Ponente: Hadel Mostafá Paolini.

Irene Kesa de Anderson y Charles Richard Anderson. Sentencia No. 00596, 02/06/2004. Exp. No. 2002-0340. Magistrado Ponente: Yolanda Jaimes Guerrero.

Filomena García Otero y Manuel Bouzada Blanco. Sentencia No. 01021, 11/08/2004. Exp. No. 2002-0603. Magistrado Ponente: Hadel Mostafá Paolini.

Manuel Diek y Elizabeth Pimentel. Sentencia No. 01084, 18/09/2004. Exp. No. 2003-0389. Magistrado Ponente: Levis Ignacio Zerpa.

Mariela Josefina Marini Veracierto y Luis Alejandro Blanco Uribe. Sentencia No. 01749, 14/10/2004. Exp. No. 2003-0095. Magistrado Ponente: Hadel Mostafá Paolini.

### C. Aplicación de Fuentes Internacionales. Exequátur

Para decidir acerca de la solicitud de exequátur de una sentencia dictada por un tribunal de la República de Colombia, debe atenderse a la jerarquía de las fuentes en materia de Derecho Internacional Privado, conforme al artículo 1 de la Ley de Derecho Internacional Privado. Existiendo la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros, ratificada por ambos Estados (Colombia y Venezuela), es menester el análisis de la decisión extranjera a la luz de las condiciones requeridas por el artículo 2 de la referida Convención.

María Dolores Correa Márquez y Javier Enrique Nieto de Ávila. Sentencia No. 20/02/2001. Exp. No. 15360. Magistrado Ponente: Hadel Mostafá Paolini.

Atendiendo a la jerarquía expuesta en el artículo 1 de la Ley de Derecho Internacional Privado, deben aplicarse los tratados internacionales en la materia; vale decir, la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros, que ha sido ratificada por Venezuela y Chile y, por tanto, debe ser aplicada con preferencia<sup>108</sup>.

Antonio Traverso Mognon y Nelly del Carmen Meza Pérez. Sentencia No. 00795, 08/05/2001. Exp. No. 15573. Magistrado Ponente: Hadel Mostafá Paolini

*En el mismo sentido:*

José Barzuto y Gloria Rosa Tapias. Sentencia No. 01079, de fecha 11/05/2000. Exp. No. 14141. Magistrado Ponente: Levis Ignacio Zerpa.

Marco Polo, S.A. y Ensamblaje Superior C.A. Sentencia No. 01214, de fecha 30/05/2000. Exp. No. 12067. Magistrado Ponente: Carlos Escarrá Malavé.

Karl Krister Martinson y Corporación Archivos Móviles Archimóvil, C.A. Sentencia No. 00370, 21/04/2004. Exp. No. 2002-0320. Magistrado Ponente: Yolanda Jaimes Guerrero.

<sup>108</sup> Nótese que la Convención aplicada no ha sido ratificada por Chile. Esta información puede verse en <http://www.oas.org>

## APLICACIÓN DEL DERECHO EXTRANJERO

Tatiana B. de Maekelt

3

### ARTÍCULO 2

*El Derecho extranjero que resulte competente se aplicará de acuerdo con los principios que rijan en el país extranjero respectivo, y de manera que se realicen los objetivos perseguidos por las normas venezolanas de conflicto.*

### SUMARIO

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA. 1. ASPECTOS GENERALES. 2. NATURALEZA DEL DERECHO EXTRANJERO. 2.1. *Concepción fáctica*. 2.2. *Concepción jurídica*. 3. PREDOMINIO ACTUAL DE LA TESIS JURÍDICA. CONSECUENCIAS. 3.1. *Aplicación de las fuentes*. 3.2. *Prelación de las fuentes*. 3.3. *Aplicación de todas las normas jurídicas*. 3.3. *Remisión total o global*. 3.4. *Constitucionalidad y legalidad*. 3.6. *Vigencia*. 3.7. *Interpretación*. 3.8. *Normas interterritoriales*. II. ANTECEDENTES DEL ARTÍCULO 2. EVOLUCIÓN. III. FUENTES INTERNACIONALES. 1. CÓDIGO BUSTAMANTE. 2. CONVENCION INTERAMERICANA SOBRE NORMAS GENERALES DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO (1979). IV. FUENTES INTERNAS: EL ARTÍCULO 2 DE LA LEY DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. 1. CONSAGRACION DE LA CONCEPCION JURIDICA. 2. APARENTES DIFICULTADES EN LA APLICACION DEL ARTICULO 2 DE LA LEY DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. V. DERECHO COMPARADO. JURISPRUDENCIA.

### I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

#### 1. Aspectos generales

Las normas de Derecho Internacional Privado se limitan a indicar el derecho aplicable a un supuesto de hecho con elementos extraños, lo cual