

Acceso a la justicia en casos de abandono de Gente de Mar*

Cindy Di Felice**

Resumen

El abandono de tripulaciones es un escenario donde el acceso a la justicia, como derecho fundamental indispensable para la concreción del resto de derechos consagrados en el ordenamiento jurídico, es gravemente amenazado por numerosos obstáculos que dificultan que los administrados logren ver materializada la justicia. Esa profunda indefensión ha impulsado el emprendimiento de esta investigación donde se aborda el acceso a la justicia como figura jurídica, se determinan los criterios jurisdiccionales que podrían llegar a atraer el conocimiento de los litigios por parte del sistema venezolano, se trata la posible exigencia de la *cautio judicatio solvi* y se examina el derecho aplicable a estos supuestos a la luz de nuestro sistema de fuentes de Derecho Internacional Privado.

Abstract

The abandonment of crews is a scenario where access to justice, as a fundamental right that is essential for the realization of the rest of the rights enshrined in the legal system, is seriously threatened by numerous obstacles that make it difficult for the administrators to see justice materialized. This deep defenselessness has driven the undertaking of this investigation, where it is analyzed the access to justice as a legal figure, it is determined the jurisdictional criteria that could attract knowledge of the litigation by the Venezuelan system, also where the possible requirement of the

* Trabajo defendido, aprobado y calificado como excelente, el 11 de febrero de 2020. Actuó como tutor el profesor Javier Ochoa, y lo acompañaron, como miembros del jurado, los profesores Eugenio Hernández-Bretón y Andrés Carrasquero Stolk.

** Abogada, egresada de la Universidad Central de Venezuela, Licenciada *Magna Cum Laude* en Estudios Internacionales de la Universidad Central de Venezuela. Especialista *Summa Cum Laude* en Comercio Internacional Mención Derecho Marítimo de la Universidad Marítima del Caribe. *Magister Scientiarum* en Derecho Internacional Privado y Comparado de la Universidad Central de Venezuela (a la espera de la entrega del título). Se ha desempeñado como profesora de Derecho Marítimo Internacional Privado en la Universidad Marítima del Caribe en Venezuela, y como profesora de Derecho, Relaciones Internacionales y Negociación Internacional en la Escuela de la Sociedad de Altos Estudios Jurídicos Empresariales Euroamericanos en España. Ha sido colaboradora editorial de la Revista Business Venezuela de VENAMCHAM y es autora de numerosos artículos publicados en libros y revistas especializadas.

Abreviaturas utilizadas: ASADIP: Asociación Interamericana de Profesores de Derecho Internacional Privado. CIDACI: Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los Contratos Internacionales. CIDIP: Conferencias Especializadas Interamericanas sobre Derecho Internacional Privado. CIT: Conferencia Internacional del Trabajo. COMJIB: Conferencia de Ministros de Justicia de los Países Iberoamericanos. COPP: Código Orgánico Procesal Penal. DD.HH.: Derechos Humanos. EPU: Examen Periódico Universal. LCM: Ley de Comercio Marítimo. LDIP: Ley de Derecho Internacional Privado. LOADGC: Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales. LOT: Ley Orgánica del Trabajo. LOTTT: Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras. LPM: Ley de Procedimiento Marítimo. M/N: Motonave. MARPOL: Convenio Internacional para prevenir la contaminación por los Buques. MLC 2006: Convenio sobre el trabajo marítimo, 2006. OEA: Organización de Estados Americanos. OIT: Organización Internacional del Trabajo. OMI: Organización Marítima Internacional. ONU: Organización de las Naciones Unidas. PNUD: Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. SOLAS: Convenio Internacional para la Seguridad de la Vida Humana en el Mar. STCW: Convención Internacional en Estándares de Formación, Certificación y Vigilancia para la gente de mar. UNCTAD: United Nations Conference on Trade and Development. UNIDROIT: Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado. UE: Unión Europea.

cautio iudicatio solvi and the law applicable to these assumptions, are examined considering our system of International Private Law.

Palabras clave

Acceso a la justicia. Abandono. Gente de mar. Derecho Internacional Privado.

Keywords

Access to justice. Abandonment. Seafarers. Private international Law.

Sumario

Introducción. I. Generalidades sobre el Acceso a la Justicia. A. Acceso a la justicia como Derecho fundamental. B. Dificultades en el acceso a la justicia. C. Tratamiento internacional. D. Tratamiento en el ordenamiento jurídico venezolano. II. Jurisdicción en los casos de Abandono de Marineros según el sistema jurídico venezolano de DIP. A. Dificultades en la determinación de la Jurisdicción. B. Criterios Atributivos de Jurisdicción. 1. Domicilio del demandado. 2. Lugar de ejecución. 3. Lugar de celebración del contrato. 4. Lugar de verificación del hecho. 5. Lugar de la citación personal del demandado. 6. Sumisión. C. Casos de abandono de gente de mar en puertos venezolanos. III. Trabas impuestas a los litigantes foráneos. A. *Cautio iudicatio solvi*. 1. Definición. 2. Antecedentes. 3. Regulación por el sistema venezolano. a. Procedencia en casos laborales. b. Criterio Jurisprudencial. IV. Derecho aplicable a los casos de Abandono de Marineros. A. Normas de aplicación necesaria e inmediata. B. Normas materiales especiales. 1. Convenio N° 22 sobre el Contrato de Enrolamiento de la Gente de Mar, 1926. 2. Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, 1990. 3. Convenio sobre la Repatriación de la Gente de Mar, 1987. 4. Convenio sobre el Trabajo Marítimo de la OIT, 2006 (MLC 2006). C. Normas de Conflicto. 1. Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los Contratos Internacionales (CIDACI). 2. Código Bustamante. 3. LDIP. 4. Derecho Venezolano como Ley Aplicable. A. Analogía y Principios de DIP Generalmente Aceptados. B. Soluciones Jurisprudenciales: Principio de Favor y Conglobamiento. Conclusiones.

Introducción

El acceso a la justicia constituye un derecho fundamental, que se alza como presupuesto indispensable para la concreción del resto de derechos que consagran los ordenamientos jurídicos del mundo. Sin embargo, el camino para llegar a la tan ansiada justicia se ve truncado por numerosos obstáculos que deben ser saldados, si en verdad se desea ver materializada la idea de justicia. Y aunque son múltiples los impedimentos que se suscitan en ese transitar, no en todos los escenarios se presentan los mismos inconvenientes, ni todos los administrados están expuestos en igual medida a esas dificultades.

Ciertamente, se identifican esferas en las cuales los involucrados se encuentran envueltos en un halo de mayor indefensión y minusvalía, siendo una de ellas el abandono de gente de mar. Técnicamente, el abandono de marinos se configura cuando el propietario o armador del buque omite la observancia de los

deberes fundamentales que tiene con la gente de mar bajo su comando, tales como repatriación, remuneración, alojamiento, etc.; llegando incluso a configurar abandono dejar al capitán sin los medios financieros para la explotación del buque.

Entre los años 1990 y 2006 aproximadamente 1.000 navíos y 150.000 marineros y pescadores fueron víctimas de abandono¹. Según el organismo internacional dedicado al avance de la protección jurídica de la gente de mar, *Seafarers' Rights International*, las cifras entre 2001 y 2010, fueron de 136 barcos y 1.612 marinos en condición de abandono². Solo en 2009, en el apogeo de la crisis económica mundial, un total de 57 buques fueron abandonados afectando a 647 tripulantes³. Para el mes de marzo de 2016, en la base de datos de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre abandono de la gente de mar, figuraban 192 buques mercantes abandonados⁴, en el año 2017 se advertía un aumento de hasta 55 casos anuales de abandono⁵, y para el cierre del primer semestre del 2019, el registro oficial de abandonos de la OIT se encontraba conformado por 411 naves reportadas oficialmente como abandonadas⁶.

Venezuela no es ajena a la realidad descrita, pues sus costas han sido testigo de buques cuyos tripulantes se han encontrado en estado de abandono. Tal es el caso de los marinos del buque Capt Hermon H. de pabellón nicaragüense, abandonado en el puerto de Puerto Cabello en fecha 5 de marzo de 2007. La OIT reseña que la embarcación quedó varada en el referido puerto y tiempo después, en marzo de 2006, fue vendida a un nuevo propietario. A la tripulación se le debían meses de salario, sus miembros no habían oído hablar del nuevo propietario con quien no tenían contrato, teniendo que recurrir a la caridad de la gente local para poder subsistir⁷.

Al mismo tiempo, las estadísticas de la OIT dan cuenta de marinos venezolanos que, laborando a bordo de buques extranjeros, han sido abandonados por sus patronos en aguas internacionales. Ejemplo de ello, es el buque Reefer III con registro en Sierra Leona, abandonado el 5 de septiembre de 2007 en el Puerto de

¹ Michel, Charles and Amber Ward, Abandonment of Seafarers. Solving the problem, en: *Journal of Safety & of Sea "The Coast Guard"*, 2009, Vol. 66, No. 2, p. 75.

² *The Shipping Association of Jamaica*. (2013). *Maritime Authority of Jamaica Issues Abandonment Advisory for Seafarers*. Disponible en: <https://bit.ly/2ZGYtWu>

³ *Idem*, s/p.

⁴ United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), Informe sobre el Transporte Marítimo 2017. Geneva, *United Nations publication*, 2016. Disponible en: <https://bit.ly/2L95yT3>

⁵ United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), *Review of Maritime Transport 2018*, New York, United Nations publication, 2018. Disponible en: <https://bit.ly/2NIUvZ5>

⁶ Organización Internacional del Trabajo (OIT), *Base de datos sobre el abandono de gente de mar*, 2019. Disponible en: <https://bit.ly/2HEzKbf>

⁷ Organización Internacional del Trabajo (OIT), *Base de datos sobre el abandono de gente de mar: Buque Capt Hermon H*, 2017. Disponible en: <https://bit.ly/34g4dpv>

Manzanillo - Panamá, detallándose que el navío estaba en dique seco y los trabajadores no habían conseguido entablar comunicación con el propietario, solo recibían del agente local una dotación de US\$300.00 cada 15 días, debiendo los tripulantes en cierto punto recoger agua de lluvia para su consumo⁸.

Esta problemática no solo ostenta preeminencia a nivel laboral y humanitario, sus implicaciones se dejan sentir también en los estratos legales, ya que pese a la continua ocurrencia de estos casos, acreditada gracias a las cifras recientemente reseñadas, es común evidenciar que la mayoría de los sistemas legales de las naciones, no contienen normas dirigidas a reglar estas situaciones, ni mucho menos proveen herramientas o recursos a los involucrados para hacer valer sus derechos puestos en juego. Lastimosamente, Venezuela no es la excepción, en sus leyes internas no se encuentran normativas que hayan sido diseñadas teniendo en cuenta los cuadros de abandono de marinos y sus implicaciones.

De ahí, que las situaciones de este tipo, acaecidas en el contexto local de Venezuela y de la gran parte de los países, deban ser afrontadas a través del empleo de normas generales que ignoran las particularidades que presentan estos escenarios, lo cual, a todas luces, agrava la problemática abordada. Esta compleja realidad material y legal, genera situaciones de grave inseguridad jurídica para las personas envueltas en ella, pues origina inquietudes en torno a las posibilidades ciertas que tienen estos sujetos de acceder a la justicia a través de la asistencia a los órganos jurisdiccionales, con el fin de reclamar sus derechos y de obtener una respuesta oportuna a sus exigencias en el país en el cual han sido abandonados.

Es justamente ese profundo nivel de indefensión advertido en el abandono de marinos, lo que ha servido de motor para el emprendimiento de la investigación aquí presentada. Se procura, a través del estudio de este escenario, analizar detalladamente el marco regulatorio internacional-privatista venezolano aplicable a los casos de abandono de gente de mar, detallando sus principales deficiencias en cuanto al acceso a la justicia, y a la consecución de la justicia material en estos supuestos, a la vez que se proponen posibles soluciones aplicables a dicha problemática.

Para ello, en el primer capítulo se esboza de manera general la concepción del acceso a la justicia como derecho fundamental y su rol como garantía del respeto a los demás derechos consagrados en la Ley. Posteriormente, en el capítulo segundo, se determinan los criterios jurisdiccionales que podrían llegar a atraer el conocimiento de los litigios por abandono de marinos, por parte del sistema judicial venezolano. En el tercer capítulo, se examina la compleja traba

⁸ Organización Internacional del Trabajo (OIT), *Base de datos sobre el abandono de gente de mar: Buque Reefer III*, 2016. Disponible en: <https://bit.ly/2NJjVP>

procesal que entraña la *cautio judicatio solvi* para la gente de mar en situación de abandono; por último, en el cuarto capítulo, se aborda la cuestión del derecho aplicable a estos supuestos a la luz de nuestro sistema de fuentes de Derecho Internacional Privado (DIP).

En cada uno de los precitados capítulos, se proponen posibles soluciones para subsanar o minimizar el impacto de estas realidades, comúnmente presentes en los escenarios de abandono de gente de mar, en el derecho de acceso a la justicia, y a la consecución de una justicia material en estos cuadros.

El fin último de este trabajo, no es solo poner en evidencia una gravísima situación atentatoria contra los derechos más básicos de las personas que prestan servicios a bordo de embarcaciones dedicadas a la navegación por mar, sino también dar a conocer las maneras en las cuales se pueden superar esas fallas, para así reivindicar los derechos de muchos administrados que diariamente se ven afectados por este tipo de sucesos, y tener la certeza que cuando vuelva a ocurrir un evento como este, los afectados encontrarán soluciones ciertas dentro del sistema legal y podrán ver sus derechos reestablecidos. Asimismo, a nivel académico, se espera que el estudio presentado sirva como sustento y punto de partida de nuevos exámenes sobre el tema, puesto que en él se analizan varios aspectos propios DIP, como lo son los criterios atributivos de jurisdicción, el derecho aplicable, el acceso a la justicia y otros contenidos estrechamente vinculados.

I. Generalidades sobre el Acceso a la Justicia

A. Acceso a la justicia como Derecho fundamental

Los ordenamientos jurídicos progresivamente han ido incorporando mecanismos para impedir que determinadas situaciones del campo fáctico repercutan en el ejercicio de los derechos de los administrados. En tal sentido, han intentado hacer la Ley cada vez más cercana a sus destinatarios, garantizando su conocimiento generalizado, ambicionado reducir las trabas que se puedan generar al momento de hacer valer los intereses en ella contenidos ante los órganos de administración de justicia, y procurando su materialización en la realidad.

De ahí, que se empiece a comprender que el acceder a la justicia no se ciñe, como se creía en épocas pasadas, a una mera proclamación de la posibilidad de que todos los ciudadanos acudan a los órganos jurisdiccionales, sino que se entiende que el camino hacia la justicia debe ser cierto y no estar circunscrito únicamente al ámbito teórico⁹; por esto, el mundo moderno es testigo de los

⁹ Ochoa, Javier, Algunas consideraciones sobre el acceso internacional a la justicia. Hacia un Derecho Internacional Privado al servicio de la justicia, en: AAVV, *Los Servicios en el Derecho Internacional Privado. Jornadas de la ASADIP 2014*, Porto Alegre, ASADIP, Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), 2014, pp. 235 ss. Versión en línea disponible en: <https://bit.ly/2ZHgLmC>

múltiples esfuerzos encaminados a allanar la ruta que se debe transitar para obtener justicia, y hacerla progresivamente más accesible para todos en condiciones de igualdad, entendiéndose, adicionalmente, que ese es el patrón a seguir por toda nación que presuma la existencia de un Estado de Derecho dentro de sus confines, y que pretenda alcanzar un nivel de desarrollo cada vez mayor.

Cuando se trata el tema del acceso a la justicia a nivel académico, se hace patente la existencia de innumerables esfuerzos por plantear una definición que responda a su verdadera esencia, definición que siempre va precedida por la necesaria explicación de las dificultades que envuelve la realización de tal labor y la evolución que su contenido ha sufrido a lo largo de los años.

En ese sentido, se explica que durante los siglos XVIII y XIX la ideología de los Estados burgueses calificaban el acceso a la justicia como perteneciente al campo del Derecho Natural, no requiriendo por ello una reglamentación expresa sino su simple protección; por lo cual, el Estado ante posibles violaciones asumía una posición prácticamente contemplativa. Esta actitud pasiva se limitaba a reconocer que los ciudadanos podían acudir a un proceso judicial a reivindicar sus derechos, pero no incumbía a la autoridad garantizarlo de manera igualitaria, acarreado esto que solo aquellos que tenían los recursos para asumir los costos de un litigio, fueran los que en verdad tuvieran la posibilidad cierta de demandar la activación del órgano jurisdiccional o defenderse en juicio¹⁰.

Con la evolución y la llegada del Estado moderno, esta concepción fue variando principalmente a través de la cada vez más reiterada aceptación y consagración de los llamados derechos sociales, y es que para la materialización de estos derechos se requería el fortalecimiento del acceso a la justicia, entenderlo de una manera más práctica y avalar que los ciudadanos pudieran efectivamente reclamarlos ante los órganos jurisdiccionales de su país, de lo contrario su reconocimiento habría sido totalmente en vano¹¹.

Esto ayuda a asimilar, desde un primer momento, que el acceso a la justicia es un derecho base, presupuesto para el real cumplimiento de los demás derechos y prerrogativas insertas en los ordenamientos jurídicos contemporáneos. A nivel estrictamente teórico, esta idea se enfilaría dentro de una perspectiva amplia del concepto de acceso a la justicia, pues doctrinariamente se han dividido las nociones propuestas sobre el acceso a la justicia dependiendo del contenido que se le reconozca.

En este sentido, se clarifica que una perspectiva amplia del acceso a la justicia comprendería un derecho indispensable que incluye la tutela judicial

¹⁰ Cappelletti, Mauro y Bryan Garth, *El Acceso a la Justicia*, La Plata, Colegio de Abogados del Departamento Judicial de la Plata, 1983, p. 19.

¹¹ *Ibidem*, p. 20.

efectiva, y que pone a disposición de su titular, todos los mecanismos legales que lo faculten a hacer valer sus demás derechos e intereses, a la vez que permite la resolución de conflictos jurídicos en los que se pueda ver envuelto mediante la prosecución de un procedimiento debido¹². Por su parte, una visión más restringida conllevaría entender el acceso a la justicia como un derecho que se funde con el requerimiento de un juicio justo o al debido proceso, interpretado también como el derecho a la jurisdicción efectiva¹³.

Decisiones dictadas y opiniones proferidas en el seno de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, parecen compatibilizar con la primera tendencia, al esgrimir que el acceso a la justicia es un derecho que no puede quedar reducido al simple acercamiento formal a la instancia judicial, sino que involucra la obtención de servicios jurisdiccionales, traduciéndose ello en el derecho a obtener justicia. Al aterrizar este concepto, se alude a la prerrogativa de poder comparecer directamente ante un tribunal competente, empleando los recursos que a ese efecto contemple la Ley, y a ser oído oportunamente por el órgano jurisdiccional al cual se ha acudido, cuyo proceder debe estar guiado por los principios de independencia e imparcialidad¹⁴.

Precisamente, esa conjunción de garantías es lo que se entiende como la indisociabilidad entre los componentes de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹⁵, debiendo por tanto ser visto este derecho como un concepto complejo que no es meramente lineal, sino que se nutre de otros, al mismo tiempo que es plataforma para la verificación del resto de aquellos derechos contemplados en los ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales.

El Derecho Comunitario de la Unión Europea (UE) y el Consejo de Europa, son coincidentes en que esencialmente son dos los componentes del acceso a la justicia, circunscribiéndolos al recibimiento efectivo de las solicitudes por parte de un órgano de resolución de litigios que garantice un proceso justo y equitativo, aunado al derecho a un recurso adecuado y eficaz, donde no sea dejado de

¹² Conferencia de Ministros de Justicia de los países Iberoamericanos (COMJIB), *Programa Iberoamericano de Acceso a la Justicia*, 2010. Disponible en: <https://bit.ly/2HJJTVC>

¹³ Casal, Jesús, Carmen Roche, Jacqueline Richter y Alma Chacón, *Derechos Humanos, Equidad y Acceso a la Justicia*, Caracas, Instituto Latinoamericano de Investigaciones Sociales (Ildis), 2005, pp. 23-24.

¹⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia No. 140, 31 de enero de 2006, Caso *Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*. Voto Separado de A.A. Cañado Trindade. Disponible en: <https://bit.ly/2NjveD3>

¹⁵ Organización de Estados Americanos (OEA), Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José). Adoptada por Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos (B-32), el 22 de noviembre de 1969.

lado el principio general de eficiencia que debe regir siempre la administración de justicia¹⁶.

Sin embargo, “accesibilidad” es un vocablo complejo e incluso un poco abstracto, cuyos sinónimos son escasos y muchas veces imprecisos, lo que incita a desentrañar qué debería entenderse por tal en este campo en específico. Y es que cuando se habla de accesibilidad se puede estar refiriendo a algo meramente físico, como la existencia de órganos jurisdiccionales competentes a los cuales los administrados puedan dirigirse expeditamente por estar dispuestos geográficamente en lugares de fácil arribo, o incluso puede abarcar la disponibilidad de otros servicios subsidiarios pero fundamentales, como contar con intérpretes cuando el juicio es seguido en un idioma que no es dominado por las partes, poder tener a la mano las normativas legales que serán aplicables a su caso, así como los detalles del mismo y las decisiones finales e interlocutorias que se desprendan del proceso.

Debemos aclarar que, cuando se habla de órganos jurisdiccionales, no necesariamente se alude a un tribunal en su sentido tradicional, ya que se entiende que lo más importante es que el ente que vaya a dilucidar la controversia le preste a las partes las garantías apropiadas, tales como poder resolver los asuntos sometidos a su competencia a través de la celebración de un proceso con lineamientos preestablecidos, y la adopción de decisiones definitivas vinculantes, igualmente, se requiere que órgano sea instituido por Ley y que goce de independencia e imparcialidad, aun cuando quienes vayan a pronunciar las decisiones no sean jueces profesionales del Derecho¹⁷.

Pero la imparcialidad y la independencia no son las únicas propiedades de las cuales debe gozar el tribunal jurisdiccional, adicionalmente necesita estar dotado de recursos humanos y materiales para el cabal cumplimiento de sus funciones primarias, de lo contrario, se tornaría ilusorio para los justiciables el derecho de acceder a la justicia¹⁸.

Hechas las consideraciones anteriores, se puede tratar de desentrañar la naturaleza del acceso a la justicia afirmándose que se trata de un derecho fundamental, en el que confluyen una serie de derechos y sus respectivas garantías, que dota a su titular de poder para hacer uso de los medios procesales consagrados por el ordenamiento jurídico para la resolución de algún conflicto en el que se

¹⁶ Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y Consejo de Europa, *Manual sobre el Derecho europeo relativo al acceso a la justicia*, 2016. Disponible en: <http://bit.ly/2CAGWof>

¹⁷ “...un ente que solo pueda emitir dictámenes consultivos⁶⁵ no encajará en la definición de órgano jurisdiccional, mientras que un órgano arbitral que ofrezca garantías apropiadas para resolver cuestiones específicas sí encajará”. *Ibidem*, pp. 33-35.

¹⁸ Cançado, Antônio, *El derecho de acceso a la justicia internacional y las condiciones para su realización en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos*, 2002. Disponible en: <https://goo.gl/9dfmyq>

vea involucrado, al mismo tiempo que avala el respeto al debido proceso de llegar a entablarse una reclamación ante sedes jurisdiccionales.

La consideración del derecho de acceso a la justicia como primigenio y esencial, ha impulsado su inclusión como parte del contenido material imperativo del *Ius Cogens* internacional¹⁹. La Corte Interamericana de los Derechos Humanos, ha acogido esta tesis incorporándola como sustento en su fallo de fecha 22 de septiembre de 2006, en el caso *Goiburú y otros vs. Paraguay*²⁰.

La continua evolución de este concepto ha llevado a aceptar el acceso a la justicia como la vía para exigir otros derechos²¹, siendo por ello condición *sine qua non* de todo régimen legal contemporáneo²². A la par, ha sido entendido no solo como el pasadizo para alcanzar la materialización de múltiples derechos, sino también como un cúmulo de derechos *per se*, pues abarca muchos otros dentro de su haber, siendo completada esta idea por la convicción de que su contenido poliédrico no es inmutable, pues el dinamismo es una de sus características distintivas²³.

Así, el acceso a la justicia se perfila como imprescindible para dar verdadero sentido a los demás derechos insertos dentro de los ordenamientos jurídicos del mundo entero, lo que conduce a remarcar su anclaje en la ética y en la dignidad misma del ser humano, al mismo tiempo que garantiza y exige al Estado la igualdad de todos los ciudadanos ante la Ley como requisito primordial en cualquier sistema²⁴.

Abarca, adicionalmente, todas las diversificaciones materiales del Derecho pues es una herramienta que permite a las personas protegerse contra la violación de cualquiera de sus derechos, ya sea que dichas trasgresiones constituyan ilícitos civiles, actuaciones ilegales del Estado o incluso una acción en el campo penal; de ahí, que no se limite a una rama en particular de la ciencia jurídica, y

¹⁹ Al respecto ver Voto Razonado de Antônio Cançado Trindade, (dedicado al derecho de acceso a la justicia lato sensu) en la Sentencia de la Corte Interamericana de Justicia de fecha 31 de enero de 2006 en el caso de la Masacre of Pueblo Bello versus Colombia, así como en los votos razonados en el caso López Álvarez versus Honduras (2006) y en el caso Baldeón García versus Perú del 06 de abril de 2006, emitidos por el mismo doctrinario. Cançado, Antônio, *La Ampliación del Contenido Material del Ius Cogens*, s/f. Disponible en: <https://goo.gl/PV46sr>

²⁰ *Ibidem*, s/p.

²¹ “Podemos aquí visualizar un verdadero derecho al Derecho, o sea, el derecho a un ordenamiento jurídico, a niveles tanto nacional como internacional, que efectivamente salvaguarde los derechos fundamentales de la persona humana”. Cançado, Antônio, *El derecho de acceso a la justicia*... , ob. cit., s/p.

²² “De ahí que deba tenerse al ‘acceso a la justicia’ como el principal derecho —el más importante de los ‘derechos humanos’— en un moderno e igualitario sistema legal que tenga por objeto garantizar, y no simplemente proclamar, el derecho de todos...”. Cappelletti y Garth, *El Acceso a la Justicia*... , ob. cit., p. 22.

²³ Camicer, Carlos, *El Acceso a la Justicia en España*, s/f. Disponible en: <https://goo.gl/6BMhyy>

²⁴ Conferencia de Ministros de Justicia de los Países Iberoamericanos (COMJIB) y Ministerio de Justicia de Chile, *Acceso a la Justicia en Iberoamérica: Lineamientos para una guía de buenas prácticas*, 2008. Disponible en: <http://bit.ly/2gqQh3A>

que su papel sea juzgado como garantía crucial de otros derechos procesales y de fondo²⁵.

Paralelamente a las dimensiones amplia y restringida del acceso a la justicia, también se habla de una vertiente formal o procesal, y una vertiente material del mismo; siendo constituida la primera, por la posibilidad cierta y no meramente nominal o discursiva, de exponer una pretensión jurídica ante un órgano jurisdiccional y recibir una respuesta, por su parte, la vertiente material sostiene la tesis que no solo se debe recibir una contestación a las peticiones presentadas ante los órganos jurisdiccionales, sino que la resolución obtenida debe ser procurada en absoluto apego al Derecho²⁶.

A pesar de la importancia de entender el contenido del acceso a la justicia y su categorización como derecho primigenio y fundamental, cuando se carea este tema con una óptica más realista, tratando de evaluar su desarrollo en el campo fáctico, se entiende que es poco probable contar con un sistema de justicia totalmente abierto, sin restricciones que inhiban la actuación de los administrados y que garantice patentemente la obtención de una resolución oportuna y acertada a sus solicitudes.

En efecto, un examen guiado por una perspectiva material nos relata, lamentablemente, la existencia de ciertas limitaciones al acceso a la justicia que son consentidas por los sistemas actuales e incluso son aceptadas como fallas naturales, inherentes a su funcionamiento.

B. Dificultades en el acceso a la justicia

Consecuentemente, pese a los grandes esfuerzos enfocados en la labor de fortalecer el acceso a la justicia, siguen existiendo escenarios donde el mismo se ve entorpecido por aspectos formales y materiales que hacen nugatorio el ejercicio de ciertos derechos²⁷. En ese sentido, se admite que el derecho de acceso a un órgano jurisdiccional no es absoluto, siendo posible consagrar determinadas

²⁵ Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y Consejo de Europa, *Manual sobre el Derecho europeo...*, ob. cit., p. 16.

²⁶ “[E]n ese momento ocurre lo que profundamente nos importa: el acceso a la jurisdicción se convierte en acceso a la justicia. Valga la verdad de Perogrullo: no accede a la justicia quien no recibe justicia; puede, eso sí, tener acceso al tribunal, intervenir en diligencias, probar, alegar e impugnar, pero nada de eso es, por sí mismo, acceso a la justicia, si vemos el asunto con rigor y realismo”. García, Sergio, *Los derechos humanos y la jurisdicción interamericana*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2002, p. 116.

²⁷ Al tratar el tema del efectivo acceso a la justicia se afirma que podría “llegar a interpretarse que la ‘efectividad’ consiste en una completa ‘igualdad de armas’ entre los litigantes, por la convicción de que el resultado último del juicio solo depende de la eficacia de los argumentos contrapuestos, desconectado de las reales desigualdades extraprocesales que se reflejan en la aplicación del Derecho. Claro está que la igualdad absoluta entre los litigantes es utópica. Las diferencias entre ellos no pueden ser totalmente colmadas. El problema consiste en la manera de acortarlas...”. Cappelletti y Garth, *El Acceso a la Justicia...*, ob. cit., p. 23.

reglas que, sin tener como fin principal entorpecer el camino a la justicia, pueden ocasionar algunos retrasos siempre que los mismos sean legítimos y proporcionados²⁸.

Se habla así de la posibilidad de imponer plazos razonables encaminados a favorecer la correcta administración de justicia, o incluso la exigencia de ciertas formas necesarias para redundar en el adecuado acatamiento de las normas procesales. Lo importante es que esas restricciones no sean arbitrarias o insalvables, para evitar que lleguen a convertirse en verdaderos frenos que impidan la materialización de este derecho fundamental. En definitiva, al tratarse el tema del acceso a la justicia es forzoso detenerse, aunque sea momentáneamente, a perfilar algunas de las barreras que se presentan en la realidad al momento de acudir a la justicia formal, y demandar de ella una respuesta efectiva, oportuna y acorde a lo requerido por los litigantes.

En ese sentido, uno de los principales puntos que constituye un obstáculo a ser salvado para acceder a la justicia es el tema económico, pues es innegable que la carencia de recursos financieros se erige como factor directamente proporcional a las posibilidades que tiene el individuo de acceder de manera plena a los órganos jurisdiccionales y desenvolverse en ellos de forma debida para la defensa de sus derechos, bien sea como demandado o como accionante. Esto obedece a que, si bien es cierto que los gastos de la operatividad de los sistemas de justicia son asumidos en gran parte por el Estado, existen otras expensas que necesariamente deben ser cubiertas por los litigantes antes, durante e incluso una vez finalizado el proceso²⁹.

Efectivamente, para poder hacerse parte en un juicio con miras a la obtención de una decisión que resuelva el caso ventilado, suele requerirse el desembolso de dinero para poder asumir todos los costos y gastos que representa proceder en tribunales: pago honorarios de defensores privados, aportación y evacuación de pruebas, traslado a las sedes de los órganos, obtención de copias de las actuaciones, etc.; todo lo cual es un verdadero impedimento para quienes no cuentan con recursos económicos suficientes, más todavía si se tiene en consideración las múltiples instancias que deben ser recorridas en un juicio, y todo lo que puede alargarse en el transcurso del tiempo³⁰.

²⁸ “Las limitaciones deben ser proporcionadas y respetar la esencia del derecho. Esto significa que las limitaciones no deben pasar de lo apropiado y necesario para cumplir ‘objetivos de interés general reconocidos por la Unión’ o proteger los derechos y libertades de los demás. El Estado debe utilizar la medida menos onerosa disponible”. Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y Consejo de Europa, *Manual sobre el Derecho europeo...*, ob. cit., p. 127.

²⁹ Cappelletti y Garth, *El Acceso a la Justicia...*, ob. cit., p. 24.

³⁰ A este respecto se afirma que: “No solo es costoso franquear la puerta de la justicia, sino mantenerse en el litigio y tener la oportunidad real de hacer valer sus razones de hecho y de Derecho. La situación se agrava si consideramos el desbalance que se produce cuando la contraparte en el juicio posee un poder económico mayor,

No cabe duda que las costas judiciales simbolizan un obstáculo en algunas oportunidades infranqueables para aquellos que desean intentar una demanda ante un órgano jurisdiccional, sobre todo si se tiene presente que, de llegar a obtener una sentencia totalmente desfavorable, se tendrían que asumir las costas judiciales no solo propias sino también las generadas por los abogados de la parte contraria, lo que indiscutiblemente es un factor que puede frenar cualquier conato de actuación judicial; situación que se complica, si la cuantía del proceso no semeja ser lo suficientemente alta en comparación con las costas a ser saldadas de llegar a ser vencido totalmente en juicio³¹.

Como consecuencia de lo anterior, hoy en día los servicios de asistencia jurídica de calidad son concebidos como un verdadero privilegio del cual únicamente gozan aquellos que ostentan condiciones monetarias más favorables, debiendo conformarse las personas de menor capacidad adquisitiva con una asistencia técnica-jurídica de una calidad muy inferior³².

Este escenario no es ajeno a los diferentes actores y entes internacionales, es por ello que el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), reconoce la estrecha vinculación existente entre el acceso a la justicia y el aspecto económico, y resalta la mejora al acceso a la justicia como factor fundamental en el objetivo global de la erradicación de la pobreza, habiendo comprobado que las personas en situación de necesidad suelen desarrollarse ajenas al funcionamiento, e incluso a la existencia misma, de las instituciones y normativas estatales legales. Resultando, que la carestía económica padecida sea coronada con una concomitante desprotección de sus derechos, lo que conlleva a un subsecuente círculo vicioso pues las barreras al acceso a la justicia, a su vez, perpetúan la pobreza al no permitir el empoderamiento de esas personas y por ende el desarrollo económico general se ve entorpecido³³.

A nivel regional, la Organización de Estados Americanos (OEA) también se ha dado a la labor de proclamar la importancia que reviste el acceso a la justicia en la consecución del respeto de los Derechos Humanos (DD.HH.), el reforzamiento de la democracia y para la superación de las desigualdades y la pobreza³⁴. Ha sido incesante el cometido de esta organización en la difusión de la

que le permite soportar la duración del juicio e incluso usarla como pretexto para forzar un acuerdo poco justo". Casal, Jesús, *Los Derechos Humanos y su Protección*, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2ª ed., 2008, p. 146.

³¹ Sobre este particular la doctrina admite que "Cualquier intento realista para solucionar los problemas de 'acceso a la justicia' no puede dejar de reconocer que los servicios de los abogados son demasiado caros". Cappelletti y Garth, *El Acceso a la Justicia...*, ob. cit., p. 27.

³² Madrid, Claudia y Javier Ochoa, Problemas de Acceso Transnacional a la Justicia en el Derecho Internacional Privado. Perspectiva Latinoamericana, en: *XLI Curso de Derecho Internacional*, Washington, Comité Jurídico Interamericano - OEA, 2015, p. 295.

³³ *Ibidem*, p. 296.

³⁴ *Ídem*.

importancia de la justicia como un pilar fundamental para la existencia de un Estado libre, pues asume que sin un sistema justo y prudente ningún país podría llegar a proclamarse, verdaderamente, como independiente y democrático³⁵.

Una muestra de esta misión emprendida por la OEA, es la Resolución AG/RES. 2656 (XLI-O/11) producto de su 41ª sesión ordinaria, donde se llama la atención sobre la tarea de los defensores públicos oficiales en los diversos países del hemisferio, que va en pos de la defensa de los derechos fundamentales de los individuos, puntualizando los beneficios de los servicios de asistencia letrada gratuita que facilitan a todas las personas el oportuno acceso a la justicia³⁶.

Entre los principales puntos que recalca la Resolución, se encuentran la afirmación del acceso a la justicia como derecho humano fundamental indispensable para el restablecimiento del ejercicio de otros derechos, la importancia de los servicios de asistencia letrada gratuita para la promoción y protección del derecho de acceso a la justicia de todas las personas y la necesidad que los defensores públicos gocen de independencia y autonomía funcional³⁷.

La Asamblea de la OEA vuelve a traer a colación el tema del acceso a la justicia en su 43ª sesión ordinaria celebrada en junio de 2013, al solicitar al Consejo Permanente realizar una segunda sesión especial de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos, con el objetivo primordial de intercambiar buenas prácticas y experiencias generadas con motivo de la implementación de las Resoluciones AG/RES. 2656 (XLI-O/11), referentes al acceso a la justicia. Finalmente, la Asamblea también se dio a la tarea de alentar al Departamento de Derecho Internacional de la Secretaría de Asuntos Jurídicos a compilar todas esas buenas prácticas sobre acceso a la justicia y defensa pública en la región, con miras a la paulatina consolidación de un sistema de justicia autónomo e independiente en toda América³⁸.

No obstante, las barreras al acceso a la justicia no son únicamente financieras, alcanzan también las esferas socioculturales, por lo que se requiere trabajar en la alfabetización jurídica tanto de ciudadanos como de operarios de la justicia. Con respecto a los primeros, se requiere profundizar la creación de una conciencia jurídica que les permita identificar los componentes legales de los problemas que se les planteen y sepan que pueden acudir a los organismos jurisdiccionales a ventilar sus peticiones³⁹.

³⁵ Organización de Estados Americanos (OEA), *Justicia*. Disponible en: <https://bit.ly/2QAJadh>

³⁶ Organización de Estados Americanos (OEA), *Resoluciones de la Asamblea General de la OEA*, s/f. <https://bit.ly/2EfrGsw>

³⁷ *Idem*.

³⁸ *Idem*.

³⁹ Birgin, Haydée y Natalia Gherardi, *La garantía de acceso a la justicia: aportes empíricos y conceptuales*, México, Fontamara, Colección Género, Derecho y Justicia, No. 6, 2011, p. 15.

Por su parte, la cultura de los jueces y demás funcionarios del sistema judicial, también repercute de manera negativa en este tema, pues no son pocos los casos en los que los servidores públicos carecen de la conciencia sobre su actuación como tales, y su deber supremo de cumplir con las labores encomendadas de manera eficiente, a lo que se le suma la escasa preparación de muchos de ellos en materia de DD.HH. y en formación humana y cívica, necesaria para trabajar en la asistencia jurídica a sectores vulnerables⁴⁰. Esta realidad, suele ser conocida por los ciudadanos, quienes conciben esa falta de preparación, la ausencia de vocación e incluso los actos de corrupción por parte de los operarios de la justicia, como elementos generadores de un inevitable repudio hacia el sistema jurídico en general.

Definitivamente, dentro de la esfera subjetiva de los administrados se encuentra uno de los mayores obstáculos para acceder a la justicia, y se trata justamente de la idea preconcebida que tienen del sistema. Bien sea que la misma encuentre o no su base en la realidad, si los ciudadanos sienten desconfianza en el aparato de justicia y sobre todo en los operarios del mismo, estarán enfrentándose a una barrera prácticamente insuperable, pues la carencia de alicientes para dejar la resolución de sus asuntos en manos de la justicia formal elimina, incluso antes de nacer, la iniciativa de acudir a los órganos jurisdiccionales a reclamar y obtener justicia.

Si en el pensamiento colectivo está enraizada la noción que el sistema judicial es ineficiente y que sus funcionarios lejos de brindar un servicio de calidad, respetuoso de las normas y principios procesales, lo que hacen es entorpecer y ralentizar los procesos, es evidente que ello eleva una barrera entre la población y el Poder Judicial. Esta problemática se acentúa si, adicionalmente, se hacen recurrentes los casos de corrupción y tráfico de influencia que socaban la confianza de los administrados en la justicia formal, como principal y único método para hacer valer sus pretensiones de Derecho⁴¹.

La administración de justicia cobra vida a través de sus operadores, de ahí que el actuar de estos deba ser adecuado a la problemática planteada para su resolución, no solo desde la perspectiva sustantiva sino también desde el aspecto

⁴⁰ Casal y otros, *Derechos Humanos, Equidad...*, ob. cit., p. 64.

⁴¹ Al respecto de este particular se explica que: “Uno de los obstáculos subjetivos para acceder a la justicia de mayor expansión en los diversos regímenes comparados es la falta de credibilidad en las y los operadores judiciales y la imagen social de que no resultan aptos para tutelar las vulneraciones de los derechos. Fundamentalmente, la corrupción en sus diversas variables, actúa como dique de contención y frustración del acceso a la justicia, el debido proceso y la credibilidad de las personas en la administración de justicia”. Instituto Interamericano de los Derechos Humanos, *Módulo de acceso a la justicia y derechos humanos en Argentina*, Argentina, Producción Editorial-Servicios Especiales del IIDH, 2010, p. 17.

formal, es decir, garantizando la puntualidad y apego a los principios procesales que dicta el sistema legal⁴².

Se requiere, por tanto, que el órgano jurisdiccional cumpla con aquellos requisitos que han sido reconocidos por los sistemas nacionales e internacionales como inherentes a los de un juez natural⁴³, un sistema judicial establecido de manera independiente y permanente por ley, no creado a propósito de la comisión de los hechos que se pretenden juzgar. De manera directa o indirecta, este principio ya lo han previsto numerosos instrumentos internacionales, tal es el caso de la Declaración Universal de los DD.HH. en su artículo 10, la parte final del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 8.1 de la Convención Americana sobre DD.HH. o Pacto de San José, al indicar que toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de plazos razonables, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, instituido con anterioridad por la ley.

Aunado a la operatividad del sistema de justicia y la actuación de sus operadores, se encuentra lo relativo al tiempo en el cual se va a obtener esa tan ansiada justicia, porque no se trata únicamente de la duración del proceso, sino del decurso de ese caso por cada una de las instancias y la obtención y posterior ejecución de una sentencia definitiva. A esto se le suman los retardos procesales característicos de sistemas burocráticos y atiborrados, propio de países como el nuestro, así como los excesivos formalismos y las dilaciones que, de hecho o de derecho, han de ser soportadas por los administrados para atraer el conocimiento de su causa por un tribunal, ello a pesar de los múltiples esfuerzos de los legisladores para reducir ese tipo de incidencias.

Es comprensible que las etapas de los procesos judiciales requieran tiempo para ser completadas y por tanto que los mismo se extiendan muchas veces de manera considerable, y que los estadios del proceso estén compuestos por necesarias formas jurídicas, pero ello no debe decantar en una prolongación desmesurada que sea violatoria de los derechos de los sujetos involucrados en el proceso. En honor a la verdad, cuando se habla de tiempo, se cae en un terreno muy subjetivo, pues todo plazo tiene trazos de arbitrariedad, por ello es importarte

⁴² Como derivación de esa concepción se afirma que “las nociones de acceso a la justicia, operadores de justicia y debido proceso se encuentran interdependientemente relacionadas, y exigen una coordinación plena, a fin de su logro efectivo. En consecuencia, un primer acento debe dirigirse hacia los cuerpos de operadores del sistema de justicia como sujetos fundamentales en la consolidación del acceso a la justicia y el debido proceso”. *Ibidem.*, p. 15.

⁴³ *Ibidem.*, p. 16.

ponderar esos términos y medir su razonabilidad en función a un estudio global del proceso⁴⁴.

Por desgracia, el tema tiempo no es autónomo, pues repercute de manera negativa en el proceso y las partes involucradas, es decir, no solamente aletarga los derechos en discusión y pone en vilo los intereses debatidos, retardando la obtención de justicia, sino que adicionalmente se convierte en un factor decisivo en el incremento de los costos del juicio, lo que al final termina afectando a la parte económicamente más débil⁴⁵. Justamente este es otro de los puntos fundamentales cuando nos referimos a trabas en el acceso a la justicia, la disparidad de los litigantes.

Pese a que la dama ciega es el principal símbolo de la justicia, no es secreto para nadie que la igualdad de las partes es utópica y que sus ventajas personales pueden ser determinantes en su recorrido a la obtención de justicia.

Si se tiene como base el hecho que todas las construcciones organizacionales vigentes, encuentran su raíz en una sociedad desigual como la que se vive hoy en día, es lógico saltar a la conclusión que las barreras acceder a la justicia no afectan a todos por igual, aquejando mucho más a ciertos grupos sociales; existiendo, inclusive, situaciones que únicamente se convierten en barreras para determinadas personas o sectores, bien sea debido a sus condiciones socioeconómicas, étnicas, de género o de edad⁴⁶.

Habiéndose expuesto cómo el tema de los servicios legales de calidad va de la mano, en la mayoría de los casos, de las altas cotizaciones a ser asumidas por las partes que los requieren, no es difícil adivinar que aquellos quienes cuentan con una capacidad económica mayor pueden garantizarse una asesoría legal de un nivel superior y por ende estar mejor preparados para la batalla legal⁴⁷.

Problemas organizativos del sistema de justicia también pueden resultar contundentes a la hora de plantear o proseguir un caso legal, ya que muchas veces se observan deficiencias en la asignación de las competencias, o la existencia de

⁴⁴ Ese análisis global implica “la ponderación tanto de elementos objetivos (lapso de tiempo, número de imputados, número de hechos delictivos), como subjetivos (conducta de las partes y actividad de las autoridades judiciales)”. Instituto Interamericano de los Derechos Humanos, *Módulo de acceso a la justicia*. . . , ob. cit., p. 21.

⁴⁵ Con respecto a las consecuencias de las demoras procesales Cappelletti y Garth explican que “Los efectos de esa demora, especialmente por la inflación galopante, son devastadores; incrementan el costo para las partes y presionan sobre los económicamente débiles, obligándolos a desistir de la demanda o transigir por mucho menos de lo que habían reclamado”. Cappelletti y Garth, *El Acceso a la Justicia*. . . , ob. cit., p. 29.

⁴⁶ Casal y otros, *Derechos Humanos, Equidad*. . . , ob. cit., p. 54.

⁴⁷ Esta relación entre calidad y precio queda clara cuando se sabe que “para los grupos sociales de menores recursos los servicios de abogados privados serán inaccesibles, o solo podrán pagar los de abogados situados en los niveles más bajos de la escala de estratificación de la profesión jurídica. Estos abogados probablemente les prestarán, cuando mucho, un servicio de baja calidad y masificado, que puede equivaler a la no prestación del servicio”. Casal y otros, *Derechos Humanos, Equidad*. . . , ob. cit., p. 60.

criterios poco efectivos para la distribución de los casos, generando que algunos tribunales se encuentren abarrotados en comparación con otros⁴⁸. Esa dificultad se potencia cuando se entra en determinados campos jurídicos, como lo es el internacional privatista donde el juego de los criterios jurisdiccionales de cada país puede generar o que varios sistemas legales les atribuyan jurisdicción a sus jueces para conocer y decidir un caso, o que proclamen al unísono la falta de jurisdicción.

Todas estas fallas, muy características aunque no exclusivas de los regímenes legales nacionales, ponen en evidencia la necesidad de la existencia y del debido funcionamiento de un sistema de justicia internacional, donde las partes puedan ver sus derechos restablecidos si los órganos internos de sus países no logran dar respuesta a su requerimiento, de ahí que se encuentren organismos como la Corte Interamericana de DD.HH. donde las personas naturales pueden acudir a ventilar aquellos casos de violaciones de DD.HH. cuando no hayan recibido respuesta debida de los órganos jurisdiccionales de sus países.

Conscientes de este panorama minado de factores que asechan el apropiado camino hacia la justicia nacional e internacional, tanto organismos internacionales como los distintos gobiernos nacionales han emprendido numerosas iniciativas en orden a lidiar con esta situación y hacer cada vez más factible el acceso a la justicia por parte de los administrados.

Ejemplo de ello son los avances en el campo de las defensorías públicas de los Estados, logrados de la mano de la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas⁴⁹, quien, adicionalmente, se ha aliado con la OEA en la tutela de los DD.HH., preponderando el fortalecimiento del acceso a la justicia⁵⁰. Debe rescatarse también el trabajo en solitario de la OEA, cuya Asamblea General aprobó el 7 de junio del 2011 la Resolución AG/RES. 2656 (XLI-O/11) sobre

⁴⁸ *Ibidem*, p. 65.

⁴⁹ La Asociación Interamericana de Defensorías Públicas, o AIDEP, fue creada en Río de Janeiro el 18 de octubre de 2003, en el seno de la celebración del II Congreso Interamericano de Defensorías Públicas, teniendo como principal objetivo la defensa de la plena vigencia y eficacia de los DD.HH. así como el establecimiento de “un sistema permanente de coordinación y cooperación interinstitucional de las Defensorías Públicas y de las Asociaciones de Defensores Públicos de las Américas y el Caribe, propender a la independencia y autonomía funcional de las Defensorías Públicas para asegurar el pleno ejercicio del derecho a la defensa de las personas”. De igual forma se encarga de “proveer la necesaria asistencia y representación de las personas y los derechos de los justiciables que permitan una amplia defensa y acceso a la Justicia, con la debida calidad y excelencia, toda vez que sea requerida; Propiciar que las legislaciones existentes en los países americanos y del Caribe y sus reformas, respeten y hagan efectivas las garantías contempladas en los tratados internacionales de Derechos Humanos, especialmente aquellas que protegen los derechos de los grupos sociales más vulnerables” entre otras. Asociación Interamericana de Defensorías Públicas-AIDEP, ¿Qué es la Aidef?, s/f. Disponible en: <https://bit.ly/34fEVIj>

⁵⁰ Madrid y Ochoa, Problemas de Acceso Transnacional..., ob. cit., p. 296.

Garantías para el Acceso a la Justicia: El Rol de los Defensores Públicos Oficiales, en donde resolvió lo siguiente:

1. Afirmar que el acceso a la justicia, en tanto derecho humano fundamental es, a la vez, el medio que permite restablecer el ejercicio de aquellos derechos que hubiesen sido desconocidos o vulnerados.

2. Apoyar el trabajo que vienen desarrollando los Defensores Públicos Oficiales de los Estados del hemisferio, el cual constituye un aspecto esencial para el fortalecimiento del acceso a la justicia y la consolidación de la democracia.

3. Afirmar la importancia fundamental que tiene el servicio de asistencia letrada gratuita para la promoción y protección del derecho de acceso a la justicia de todas las personas, en particular de aquellas que se encuentran en una situación especial de vulnerabilidad.

4. Recomendar a los Estados Miembros que ya cuentan con el servicio de asistencia letrada gratuita que adopten acciones tendientes a que los Defensores Públicos Oficiales gocen de independencia y autonomía funcional.

5. Alentar a los Estados que aún no cuenten con la institución de la defensa pública, que consideren la posibilidad de crearla en el marco de sus ordenamientos jurídicos.

6. Exhortar a los Estados a promover oportunidades de cooperación internacional para el intercambio de experiencias y buenas prácticas en la materia.

7. Alentar a los Estados y a los órganos del sistema interamericano a promover la celebración de convenios para la realización de capacitaciones y formación de los Defensores Públicos Oficiales.

8. Respalda la labor de Asociación Interamericana de Defensorías Públicas (AIDEP) en el fortalecimiento de la defensa pública en los Estados Miembros.

9. Solicitar al Consejo Permanente que informe a la Asamblea General, en su cuadragésimo segundo período ordinario de sesiones, sobre la implementación de la presente resolución, cuya ejecución estará sujeta a la disponibilidad de recursos financieros en el programa-presupuestario de la Organización y otros recursos⁵¹.

Este conjunto de medidas y lineamientos hablan del hecho que a nivel nacional e internacional existe una preocupación latente al respecto de este tema, y una voluntad cada vez más profunda de avanzar hacia la superación de los

⁵¹ Organización de Estados Americanos (OEA), AG/RES. 2656 (XLI-O/11), Garantías para el acceso a la justicia. El rol de los defensores públicos oficiales, aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 7 de junio de 2011. Disponible en: <https://bit.ly/2wvvgBW>

obstáculos que separan a las sociedades del ideal de justicia prometido. Sin embargo, un acceso libre y en condiciones de igualdad a la justicia, sigue revelándose hoy en día como una quimera que tan pronto se cree está por alcanzarse, nos evade haciéndose más esquiva.

Es justo reconocer que la problemática del acceso a la justicia se potencia al introducirse en la arena de las relaciones internacional privatistas, donde entran en juego un conjunto de factores que en asuntos meramente internos no se presentan; tal es el caso de las incompatibilidades de los sistemas legales internos de los países; la dependencia de exhortos y cartas rogatorias para el desarrollo del proceso, los cuales no siempre son debidamente atendidas; el desigual compromiso de las naciones en cuanto al principio de cooperación judicial internacional; y el sempiterno concepto de soberanía tomado como escudo para entorpecer, desacelerar y excusar la improcedencia de figuras, normas e instituciones del DIP, entre otros⁵².

Adicionalmente, dentro del campo de acción del DIP, existen ciertas esferas fácticas en las cuales las barreras naturales al acceso a la justicia se plantan con mayor fuerza, haciendo que aquello que en muchos casos es llamado obstáculo, se convierta en un total impedimento que hace inalcanzable para los administrados la consecución de la justicia. Y precisamente uno de esos escenarios especialísimos en donde el acceso a la justicia se presenta como un bien jurídico prácticamente quimérico, ha sido tomado como centro gravitacional del presente estudio: el abandono de gente mar.

La total desprotección fáctica y jurídica que enmarca a los marinos abandonados, hace de estas situaciones un ejemplo claro de cómo el aparato jurídico tanto nacional como internacional, diseñado para resguardar el respeto a los derechos y garantías de los administrados, puede quedar totalmente maniatado en estos contextos, y echar por tierra los muchos avances que se han gestado en el campo de la ciencia jurídica.

En efecto, cuando la tripulación de un buque ha sido abandonada por su armador, se combinan una serie de factores que posicionan a sus integrantes en

⁵² Se apunta en este sentido que “la velocidad en que el mundo se globaliza y la vida de las personas se internacionaliza, parece dejar atrás a las instituciones jurídicas. Este mundo, estremecido por su propia interconexión, sigue de algún modo marcado por la idea de la ‘plena separación recíproca’ de las soberanías, lo cual tiende a colocar al acceso transnacional a la justicia en constante vilo. Si acceder a la justicia en los contextos meramente locales, plantea siempre un desafío y unas dificultades, a veces insuperables, en el ámbito internacional la separación entre las jurisdicciones y la falta de mecanismos de acceso más efectivos, suponen casi siempre barreras mayores, que representan una amenaza permanente a la justicia.

La propia forma de organización de la sociedad internacional constituye una barrera casi natural al acceso a la justicia, que plantea la necesidad de soluciones especiales, que busquen superar las fórmulas clásicas de regulación de los asuntos privados internacionales, es decir, las normas de determinación de la jurisdicción, los sistemas tradicionales de cooperación judicial, las reglas de eficacia de sentencias extranjeras, las normas de conflicto, las normas materiales especiales, etc.”. Madrid y Ochoa, *Problemas de Acceso Transnacional...*, ob. cit., p. 184.

una zona de orfandad, dentro de la cual el Derecho semeja ser meramente ornamental, al no poder dar respuestas que se adapten a las exigencias de los individuos involucrados en estos cuadros.

El abandono de marinos implica que el armador de un navío se desentiende del cumplimiento de sus obligaciones con respecto a la tripulación que opera su buque, lo cual precipita en la insatisfacción de las necesidades básicas de estos individuos, tales como la recepción de la paga convenida, la adquisición alimentos y enseres de uso personal, o incluso la asistencia médica requerida.

Esa misma falta de capital, imposibilita abastecer de combustible al buque o realizar las reparaciones que este pueda requerir para continuar su travesía, haciéndose inaccesible para los marinos arribar a su puerto de origen o ser repatriados.

Este penoso marco fáctico es coronado por componentes legales y jurídicos, ya que las embarcaciones y sus tripulantes suelen quedar en este tipo de situaciones en jurisdicciones diferentes a las de su nacionalidad, domicilio o residencia, presentándoseles múltiples dificultades a nivel administrativo por no poseer la documentación requerida para permanecer y gestionar sus trámites migratorios en el país de abandono, y mucho menos para exigir el cumplimiento de sus derechos y obtener justicia.

Adicionalmente, por ser casos tan particulares, las legislaciones de DIP de los países no conciben soluciones que respondan a las exigencias de las personas afectadas, y las previstas, al ser aplicadas, llevan a derivaciones absurdas que no se apegan a los principios básicos del Derecho y desnaturalizan el espíritu mismo de la Ley.

En efecto, cuando se pretende emplear en supuestos de marinos abandonados las típicas figuras, instituciones y normas de DIP, advertimos que las mismas no dan cabida a este escenario material⁵³, lo cual, si bien no implica que se vaya a dejar de dar solución al caso, el mismo va a recibir un tratamiento inapropiado y, por tanto, muy probablemente injusto.

Si se piensa en los estadios que debe atravesar un administrado que se encuentre inmerso en esta clase de situaciones, se advertirá cómo la falta de documentación legal, la inoperatividad de los criterios atributivos de jurisdicción, el requerimiento de presentar fianza de arraigo en juicio, la aplicación al fondo de un sistema legal elegido a través de un factor de conexión ajeno a las particularidades de este tipo de realidades, la necesidad de proseguir el juicio en un idioma totalmente desconocido, y la casi inobjetable imposibilidad de dar ejecución una sentencia favorable, terminan convirtiendo al sistema de justicia en una especie

⁵³ Como lo veremos durante en decurso de los diferentes capítulos que conforman este escrito.

de carrera de obstáculos infranqueable, donde la justicia es ese premio tan alegremente ofrecido pero muy difícilmente alcanzable.

Merece la pena el estudio profundo de cada una de estas problemáticas, sin embargo, su complejidad y extensión impulsan a centrar el presente trabajo únicamente en el desarrollo de algunas de ellas: la falta de criterios atributivos de jurisdicción, la presentación de *cautio iudicatum solvi* y el derecho aplicable; las cuales son tratadas a profundidad en los capítulos subsiguientes.

C. Tratamiento internacional

Múltiples instrumentos internacionales se han dado a la tarea de procurar que limitaciones como las acabadas de referenciar sean reducidas al mínimo, y que el acceso a la justicia sea empoderado como lo que es, un derecho humano civil de carácter esencial, dentro del cual el Estado tiene un gran peso como garante de su concreción. Corroboran estos asertos los muchos tratados y manifiestos a nivel mundial que despliegan la preponderancia de este Derecho como humano y fundamental. Se pueden nombrar en el orden internacional la Declaración Universal de los DD.HH. (arts. 8 y 10), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 14), y la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder (numerales del 4 al 6). En el plano Interamericano sobresalen la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. 18) y la Convención Americana sobre DD.HH. o Pacto de San José de Costa Rica de 1969 (arts. 8 y 25)⁵⁴.

Durante el vigésimo sexto período de sesiones del Consejo de DD.HH. de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), se exhortó a los Estados a la producción de un instrumento internacional de carácter vinculante, que se refiriese a los DD.HH. frente a las corporaciones transnacionales y otras empresas comerciales; siendo para muchos, el texto llamado a vislumbrar mecanismos efectivos de acceso a la justicia para garantizar a los posibles afectados la consecución de reparaciones, e incluso servir como base para la creación de un ente judicial internacional encargado de ventilar este tipo de controversias⁵⁵.

Pasando a Europa, se recuerda el Convenio para la Protección de los DD.HH. y de las Libertades Fundamentales de 1950, que semeja ser uno de los documentos de mayor valía en este campo, al refrendar en su artículo 6 el derecho que tiene toda persona a ser oída en un proceso equitativo, sin retardos y donde se le acredite a los involucrados el derecho a estar informado, disponer de tiempo y facilidades para preparar su defensa y a ser asistido por profesionales del

⁵⁴ Añez, María, Raima Rujano y Jesús Meléndez, Seguridad Ciudadana y Acceso a la Justicia, en: *Revista de Ciencia Jurídica de la Universidad Rafael Urdaneta*, 2011, Vol. 1, p. 17.

⁵⁵ Madrid y Ochoa, Problemas de Acceso Transnacional..., ob. cit., p. 294.

Derecho y por un intérprete si no comprende la lengua empleada en el juicio. En este mismo sentido, el artículo 13 recoge el derecho de toda persona a ejercer un recurso efectivo ante la instancia nacional designada a tales efectos, cuando sienta que los derechos y libertades reconocidos en el Convenio han sido violados⁵⁶.

Igualmente importante es el contenido de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, que dispone en su artículo 47 que aquellas personas cuyos derechos y libertades hayan sido transgredidos, tienen derecho a la tutela judicial efectiva, debiendo su causa ser oída equitativa, pública y oportunamente, pudiendo hacerse aconsejar, defender y representar, aunque carezcan de los recursos económicos necesarios para ello, debiendo el Estado garantizarles asistencia jurídica gratuita.

En paralelo, se tiene la Convención de Aarhus sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en temas ambientales, adoptada el 25 de junio de 1998 por la Comisión Económica de Naciones Unidas para Europa. Si bien es cierto que el punto focal de este documento es proteger el derecho de las generaciones presentes y futuras a desarrollarse en un medio ambiente saludable, a los efectos de este trabajo es necesario rescatar los mecanismos que ha incorporado para garantizar el derecho de las personas al acceso a la justicia en materia medioambiental⁵⁷.

El articulado de este instrumento compromete a los Estados parte a velar por que cada persona tenga la posibilidad de presentar un recurso ante el órgano judicial, cuando haya interpuesto una solicitud de información sobre el medio ambiente y la misma haya sido ignorada, rechazada abusivamente o insuficientemente atendida, debiendo además garantizarse el acceso a un procedimiento rápido, gratuito o poco oneroso, ante un órgano independiente e imparcial. De la misma manera, las decisiones finales derivadas de ese proceso serán de obligatorio acatamiento por la autoridad pública y accesibles al público en general. Adicionalmente, se invita a los países contratantes a velar que los ciudadanos estén adecuadamente informados sobre la posibilidad de instaurar este tipo de recursos administrativos y judiciales, incorporando en sus sistemas mecanismos encaminados a reducir los obstáculos económicos o de cualquier otra índole que traben el acceso a la justicia⁵⁸.

⁵⁶ Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Roma. 1950, 4. XI.

⁵⁷ Viceconsejería de Medio Ambiente, Convenio de Aarhus: información, participación y acceso a la justicia en temas ambientales. Disponible en: <https://bit.ly/2XXwrCd>

⁵⁸ Art. 9 de la Convención de Aarhus sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en asuntos ambientales.

En el ámbito penal, los Principios y Directrices de las Naciones Unidas sobre el Acceso a la Asistencia Judicial en los Sistemas de Justicia Penal, dedican el décimo lineamiento a la equidad en el acceso a la ayuda legal, al indicar que los Estados deben tomar medidas para asegurar el debido acceso a la ayuda legal en condiciones de igualdad para las mujeres, niños y grupos con necesidades especiales, como personas con alguna discapacidad, aborígenes, extranjeros, solicitantes de asilo, etc.⁵⁹.

La capitalidad que reviste el acceso a la justicia, admitida en los instrumentos internacionales recientemente reseñados, se ve contrapuesta por el hecho que solo los sistemas más adelantados en temas de derechos ciudadanos y sociales, han vislumbrado la necesidad de profundizar sus esfuerzos en pro de ese objetivo, existiendo todavía en la actualidad muchos países con graves deficiencias en cuanto a los mecanismos para que sus habitantes puedan hacer uso de las herramientas procedimentales legales⁶⁰.

D. Tratamiento en el ordenamiento jurídico venezolano

Centrándose ahora en el plano interno, se aprecia que Venezuela ha reconocido su apego a las declaraciones sobre DD.HH. emanadas de los diferentes

⁵⁹ “Principio 10. Equidad en el acceso a la asistencia judicial: 32. Se deben adoptar medidas especiales para asegurar un acceso real a la asistencia judicial a las mujeres, los niños y los grupos con necesidades especiales, tales como las personas de edad, las minorías, las personas con discapacidad, las personas con enfermedades mentales, las personas que viven con el VIH y otras enfermedades contagiosas graves, los consumidores de drogas, las poblaciones indígenas y aborígenes, los apátridas, los solicitantes de asilo, los ciudadanos extranjeros, los migrantes y los trabajadores migratorios, los refugiados y los desplazados internos, entre otros. Tales medidas deben tener en cuenta las necesidades especiales de esos grupos y adecuarse al sexo y la edad de las personas.

33. Los Estados deben velar también por que se preste asistencia judicial a las personas que viven en zonas rurales, alejadas o social y económicamente desfavorecidas y a los miembros de los grupos en situación de desventaja económica y social”. Organización de las Naciones Unidas, Principios y Directrices de las Naciones Unidas sobre el Acceso a la Asistencia Judicial en los Sistemas de Justicia Penal, Viena, 2012. Disponible en: <https://bit.ly/2KyMR1h>

⁶⁰ Sobre este particular se explica que: “Cuando se incorporan a la lista de los derechos humanos los derechos sociales y económicos, se impone la idea de que al Estado le corresponde desempeñar un papel activo para que estos derechos se hagan efectivos, a través de políticas y acciones dirigidas a asegurar el goce de ellos por todos los ciudadanos, especialmente por los pertenecientes a los grupos sociales de menores recursos. Comienza a surgir entonces también la preocupación por hacer efectiva la posibilidad de que todos los ciudadanos puedan reclamar sus derechos individuales y sociales a través de los órganos encargados de hacer cumplir las normas que los consagran, por abrir a todos los ciudadanos las instituciones que sirven para el reclamo de los derechos, como una vía para hacerlos realmente efectivos.

Se parte del presupuesto de que ‘la posesión de derechos carece de sentido si no existen mecanismos para su aplicación efectiva’, y se afirma que el acceso efectivo a la justicia se puede considerar como ‘el requisito más básico —el derecho humano más fundamental— en un sistema legal igualitario moderno, que pretenda garantizar y no solamente proclamar los derechos de todos’”. Casal y otros, *Derechos Humanos, Equidad...*, ob. cit., p. 50.

organismos internacionales, siendo además firmante del Pacto de San José de Costa Rica desde el 22 de noviembre de 1969⁶¹.

El Estado venezolano distingue la relevancia que tiene el acceso a la justicia como derecho humano, otorgándole jerarquía constitucional al englobarlo en el artículo 26 de su Carta Magna y ser incluido dentro de los extremos que debe llenar la justicia para ser considerada como tal⁶².

Es evidente, por tanto, que el Constituyente enalteció la tutela judicial efectiva al dotarla de rango constitucional, siendo entendida como el derecho de poder acceder a la jurisdicción, entablar las pretensiones que se estimen oportunas para la defensa de derechos e intereses, y de verse escudado por las salvaguardas procesales y demás amparos que brinda el debido proceso⁶³.

En adición, se tropieza con otras normas de rango legal que también enaltecen el acceso a la justicia como derecho fundamental y lo guarnecen con ciertos mecanismos para avalar su verdadero cumplimiento. Tómese como muestra el Código de Procedimiento Civil (CPC)⁶⁴ que consagra la obligación que tienen los jueces de administrar justicia en nombre de la República de manera breve e igualitaria, tanto a nacionales como extranjeros, reconociéndoles el derecho a la defensa a las partes⁶⁵ y a la obtención del beneficio de justicia gratuita, cuando no tuviesen los medios suficientes para litigar o hacer valer de manera no contenciosa sus derechos⁶⁶.

⁶¹ Valga recordar que el gobierno de Venezuela denunció la Convención el 10 de septiembre de 2012 mediante un comunicado de fecha 06 de septiembre de ese mismo año dirigido al Secretario General de la OEA, donde, el para entonces Ministro para las Relaciones Exteriores Nicolás Maduro Moros, explica que la decisión se debe a que la práctica de los órganos regidos por el Pacto de San José, la Comisión y la Corte Interamericana de DD.HH. se han alejado de sus principios fundamentales, convirtiéndose en un arma política injerencista en los asuntos internos de los países y en especial de Venezuela. Independientemente de las razones esgrimidas por el gobierno nacional, este acto ha sido entendido como una abierta y clara contravención de la CRBV, en cuyo artículo 19 recalca el principio de progresividad de los DD.HH., la salvaguarda de los mismos como compromiso frente a sus ciudadanos; y en cuyo artículo 23 otorga jerarquía constitucional a aquellos tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela. Sin embargo, el artículo 78 de ese instrumento aclara que la denuncia no desliga al Estado Parte de las obligaciones contenidas en el tratado en lo referente a todo hecho que pueda constituir una violación de las obligaciones, que se haya cumplido con anterioridad a la fecha en la cual la denuncia produce efecto.

⁶² Art. 26 de la CRBV: “Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos, a la tutela judicial efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente. El Estado garantizará una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos ni reposiciones inútiles”.

⁶³ Useche, Judith, La Justicia en el Texto Constitucional Venezolano, en: *Anuario del Instituto de Derecho Comparado, Universidad de Carabobo*, 2016, No. 39, p. 15.

⁶⁴ Código de Procedimiento Civil (reimpresión por error material), Gaceta Oficial No. 4.209 Extraordinario, 18 de septiembre de 1990.

⁶⁵ Arts. 1, 10, 15, 215 y siguientes del CPC.

⁶⁶ Arts. 175 y 178 del CPC.

Al mismo tiempo señala como sancionable cualquier actuación de los jueces tendiente a evadir su deber de decidir sobre el mérito de una causa, pudiendo llegar a entenderse que incurren en denegación de justicia⁶⁷. Implanta, además, una distribución tanto vertical como horizontal del Poder Judicial a través de los diferentes esquemas de competencia por instancia, cuantía, territorio y materia⁶⁸; lo cual, indudablemente, ensancha las vías para plantear de manera efectiva una pretensión jurídica, y potencia las posibilidades de obtener una respuesta pronta y ajustada a los parámetros legales.

Es interesante destacar que la última versión del Proyecto de Reforma del CPC⁶⁹ sigue esta misma corriente, al exaltar la preeminencia del acceso a la jurisdicción como garantía suprema de la justicia. Así, en sus primeros artículos explica que uno de sus objetivos primordiales consiste en introducir cambios en la actividad procesal que repercutan positivamente en el sistema de justicia nacional, lo cual viene a través de la igualación de las condiciones y oportunidades de todos los ciudadanos para el acceso a la justicia, el debido proceso y la tutela judicial efectiva⁷⁰.

Adicionalmente, el Proyecto sitúa el acceso a la jurisdicción dentro de los principios que deberían regir el proceso civil venezolano, siendo definido en ese mismo texto como el derecho del cual goza toda persona de asistir a los órganos jurisdiccionales para obtener tutela judicial efectiva de sus derechos e intereses, lo cual se logrará mediante el curso de un litigio simple y expedito⁷¹.

Igual de meritoria es la incorporación del principio de Cooperación Jurídica Internacional como valor primordial dentro del proceso civil, al ser visto como la vía para garantizar un efectivo acceso a la justicia en el contexto internacional y el resguardo de los DD.HH. en general⁷².

El artículo 37 del comentado Proyecto, al tratar el tema de las costas advierte que, aunque en el proceso los gastos corren por cuenta de los interesados, siempre debe procurarse que esto no se convierta en una traba para el acceso a la justicia, debiendo el Estado ser garante de ello y quedando facultado para exonerar esos pagos cuando lo estime pertinente ante la falta de recursos de las partes.

⁶⁷ Art. 19 del CPC.

⁶⁸ Arts. 28 al 47 del CPC.

⁶⁹ Proyecto de Reforma del Código de Procedimiento Civil de Venezuela, versión del 25 de febrero del 2016.

⁷⁰ Art. 1 del Proyecto de Reforma del CPC: "El presente Código tiene por objeto regular la actividad procesal judicial en las competencias civil, mercantil, tránsito, bancario y otras cuyas leyes especiales remitan en forma expresa a este Código, para lograr la necesaria transformación del sistema de justicia, garantizando la igualdad de condiciones y oportunidades a todos los ciudadanos y ciudadanas en el acceso a la justicia, el debido proceso y la tutela judicial efectiva hacia la consolidación del Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia consagrado en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela".

⁷¹ Art. 6, numeral 9 del Proyecto de Reforma del CPC.

⁷² Art. 6, numeral 13 del Proyecto de Reforma del CPC.

De modo similar, el Código Orgánico Procesal Penal (COPP)⁷³ se alza como uno de los instrumentos más proteccionistas dentro sistema legal venezolano, dictaminando que una condenatoria solo puede ser producto de un juicio previo, público, sin dilaciones ni formalismos indebidos, llevado a cabo ante un juez imparcial y en salvaguarda de todos los derechos y garantías del debido proceso.

A la par, proclama el carácter inviolable del derecho a la defensa y la igualdad entre las partes en litigio⁷⁴. Al igual que el CPC, establece una distribución de la jurisdicción penal siguiendo diversos criterios de competencia⁷⁵, y detalla los derechos que cobijan al imputado dentro de un proceso de carácter penal, entre los cuales resaltan⁷⁶:

- (i) Estar representado por defensor designado o, en su defecto, por un defensor público.
- (ii) Estar asistido gratuitamente por un traductor o intérprete, de ser requerido.
- (iii) Solicitar al Ministerio Público la realización de aquellas gestiones necesarias para desvirtuar las imputaciones que pesen en su contra.
- (iv) Ser oído durante toda la pendencia del juicio⁷⁷.

En este mismo sentido, es necesario traer a colación el contenido de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales (LOADGC)⁷⁸ reformada, que en su artículo primero otorga la potestad a los habitantes de la República de poder ejercer ante los tribunales competentes la acción de amparo constitucional, para hacer valer los derechos fundamentales de la persona humana, con el fin de lograr el restablecimiento de la situación jurídica infringida, bien sea que la acción u omisión denunciada provenga de otros administrados, de una norma legal o incluso de órganos o entes del Poder Público Nacional, Estatal o Municipal.

En atención al sentido y alcance de esta normativa, cualquier acto de un particular, de la Administración o demás ramas del Poder Público, orientado a mermar el derecho de acceder a la justicia de los ciudadanos en el territorio

⁷³ Código Orgánico Procesal Penal, Gaceta Oficial No. 6.078 Extraordinario, 15 de junio de 2012.

⁷⁴ Arts. 1 y 12 del COPP.

⁷⁵ Arts. 51 al 72 COPP.

⁷⁶ Lamentablemente la realidad nos compele a aclarar que en la práctica no siempre estos derechos son garantizados de forma debida y su frecuente violación suele ser denunciada abiertamente por los administrados.

⁷⁷ Art. 127 COPP.

⁷⁸ Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, Gaceta Oficial No. 34.060, 27 de septiembre de 1988.

nacional podría, indudablemente, ser objeto de una acción de amparo en los términos de la LOADGC, a los fines de dejarlo sin efecto de manera inmediata y restablecer el orden constitucional quebrantado.

Coetáneamente, a nivel jurisprudencial, se tiene que la Sala Constitucional (SC) del máximo Tribunal del país, al interpretar el alcance de la tutela judicial efectiva⁷⁹, ha puntualizado la estrecha vinculación que guarda este derecho con el acceso a la justicia y la seguridad jurídica, así como el rol primordial de esa triada en la defensa del resto de garantías constitucionales⁸⁰.

Para dar respuesta al mandato, muchas veces constitucional como en el caso de Venezuela, de la protección del derecho de acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva, los gobiernos han ideado numerosas estrategias y alternativas para favorecer de una u otra forma la experiencia de los ciudadanos dentro de los órganos de administración de justicia. Efectivamente, resaltan prácticas de países que han incrementado el número de tribunales operativos, especialmente en las periferias de las grandes urbes, para descongestionar el servicio judicial; por su parte, otras naciones han optado por diseñar procesos donde es posible prescindir de la asistencia técnica jurídica para presentar reclamos o defensas⁸¹.

De la mano de estas iniciativas, se suelen incluir los medios alternos de resolución de conflicto, ampliamente difundidos en la mayoría de los sistemas del mundo moderno, que encarnan un camino diferente del judicial para llevar a término una controversia, aliviando el peso para los tribunales judiciales. No obstante, estos mecanismos no siempre garantizan un acceso a la justicia de manera equitativa, ya que carecen de dispositivos que permitan subsanar el estado de debilidad de grupos vulnerables, obligados a negociar en situación de desigualdad de poder, lo que evidentemente restringe la efectiva tutela de sus derechos⁸².

⁷⁹ “El derecho a la tutela judicial efectiva, de amplísimo contenido, comprende el derecho a ser oído por los órganos de administración de justicia establecidos por el Estado, es decir, no solo el derecho de acceso sino también el derecho a que, cumplidos los requisitos establecidos en las leyes adjetivas, los órganos judiciales conozcan el fondo de las pretensiones de los particulares y, mediante una decisión dictada en derecho, determinen el contenido y la extensión del derecho deducido”. TSJ/SC, sentencia No. 708, 10 de mayo de 2001 (*Jesús Montes de Oca contra sentencia dictada por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo el 14 de diciembre de 1999*), en: <https://bit.ly/2MOWcT1>

⁸⁰ Añez y otros, *Seguridad Ciudadana y Acceso...*, ob. cit., p. 17.

⁸¹ Birgin y Gherardi, *La garantía de acceso a la justicia...*, ob. cit., p. 17.

⁸² *Ídem*.

II. Jurisdicción en los casos de Abandono de Marineros según el sistema jurídico venezolano de DIP

A. Dificultades en la determinación de la Jurisdicción

Como es bien sabido, que una legislación consagre un conjunto de deberes y derechos no es sinónimo de la observancia voluntaria de estos por parte de sus destinatarios, es por ello que en muchos casos se requiere acudir a las vías jurisdiccionales para forzar el acatamiento de las normas.

Y, generalmente, resulta sencillo saber ante cuál órgano judicial plantear las controversias derivadas del incumplimiento de alguno de los deberes asumidos en contratos laborales sin elementos de extranjería.

Sin embargo, cuando se evidencia un supuesto de abandono de gente de mar, los cuales suelen ostentar múltiples elementos de extranjería, y donde el agraviado se encuentra lejos de su domicilio, del lugar de enrolamiento y del territorio en el cual se halla radicado su patrono, sin dudas se hace cuesta arriba precisar cuál jurisdicción presta mayores garantías de acceso a la justicia a los marinos, y es la más adecuada para conocer y juzgar las reclamaciones que estos interpongan para la reivindicación de sus derechos.

Pues aun cuando en un primer momento podría pensarse que deben ser los tribunales que ordinariamente están llamados a conocer de cualquier demanda laboral, no hay que olvidar que el trabajo marítimo se presta en condiciones particulares, que puede que exista una jurisdicción especial marítima⁸³ que atraiga el conocimiento de esa causa, y que en la mayoría de los casos la gente de mar abandonada está fuera de su país, sin recursos monetarios ni posibilidades de devolverse a incoar una acción ante los jueces competentes según las leyes de su nación de origen, residencia, domicilio del patrono o lugar de contratación.

A lo precedente se le suma que la labor a bordo es itinerante, no pudiendo muchas veces establecerse con certeza el lugar de contratación o un lugar único de prestación de servicios, lo que vuelve difícil la determinación exacta del Estado que está en la mejor posición para garantizar a los trabajadores un efectivo acceso a la justicia, a los fines de dilucidar las controversias derivadas de la prestación de servicios a bordo y el incumplimiento del contrato laboral.

Es preciso tener en cuenta, además, que cada una de las legislaciones implicadas incluyen criterios jurisdiccionales disímiles, que no se compaginan entre sí, derivando que el conocimiento de un caso pueda ser atraído por múltiples o inclusive por todas las jurisdicciones involucradas en el mismo, o puede que el escenario sea menos venturoso y la puesta en operación de los criterios jurisdiccionales de cada país decante en una unánime declaratoria de falta de jurisdicción.

⁸³ Como es el caso de Venezuela que cuenta con una jurisdicción especial acuática.

Se entiende así la necesidad de encauzar ahora este análisis hacia los criterios jurisdiccionales que se encuentran presentes en los tratados internacionales vigentes para el país y en la legislación interna venezolana, a los fines de precisar, según esos parámetros, cuándo los supuestos de abandono de marinos podría encajar dentro de los estándares legales para generar una declaratoria de atribución de jurisdicción por parte del juez venezolano, para luego evaluar la idoneidad de los mismos como criterios que permitan la materialización del acceso a la justicia a las personas envueltas en estas realidades.

Atendiendo al orden de prelación de las fuentes de DIP instituido en el artículo 1 de la Ley de Derecho Internacional Privado (LDIP)⁸⁴ venezolana, para determinar en qué casos el juez patrio puede dilucidar una controversia jurídica en sede oficial se debe tener en cuenta, en primer lugar, los acuerdos internacionales que estén vigentes para los Estados cuyas jurisdicciones puedan atraer el conocimiento de la referida causa. Por el grado de especialidad de la materia, es imperativo acudir en primer lugar a aquellos acuerdos internacionales proferido sobre este tema y contengan normas jurisdiccionales.

Dentro del orden legal internacional se tiene el Convenio sobre la seguridad social de la gente de mar (revisado), adoptado en Ginebra en la 74ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo (CIT) en fecha 09 octubre 1987, cuyas disposiciones, aplicables a marinos que han sido objeto de abandono por parte de sus patronos, fijaban la obligación de los Estados firmantes de garantizar ciertos estándares mínimos de seguridad social a la gente de mar. Este instrumento ha quedado derogado de manera tácita por la entrada en vigencia del Convenio sobre Trabajo Marítimo de 2006 (o MLC 2006, por sus siglas en inglés), que arroja lo contemplado en este de más lejana data.

El MLC 2006 de la OIT, en vigor desde el 20 de agosto de 2013, indica en su preámbulo que el objetivo principal que mueve su creación es procurar la puesta en marcha de directrices de aceptación general entre los gobiernos, los armadores y la gente de mar, a fin de garantizar que los servicios laborales en el campo marítimo se presten en condiciones decentes⁸⁵. En esta oportunidad, su

⁸⁴ Art. 1 de la LDIP: “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”.

⁸⁵ En el artículo 5 de esta Convención, conocida también como Carta de Derechos de los Marineros, se hace un recuento de bienes jurídicos tutelables de los trabajadores de mar que deben ser resguardados por los Estados parte del instrumento, entre los que se encuentran:

- (i) que el lugar de trabajo sea seguro, protegido y cumpla las normas de higiene;
- (ii) gozar de condiciones de empleo justas;
- (iii) contar con ambientes decentes de trabajo y de vida a bordo;

contenido no será desarrollado a profundidad puesto que el mismo no está vigente para Venezuela, siendo que su ratificación no ha sido concretada⁸⁶.

También podría llegar a considerarse apropiada la mención del Convenio sobre los trabajadores migrantes (revisado), adoptado en Ginebra en la 32ª reunión del CIT del 01 julio 1949 y vigente para Venezuela desde el 09 junio 1983, en el cual se fijan estándares mínimos de protección de aquellos trabajadores que, para la prestación de sus labores, deben abandonar su residencia habitual y establecer la misma en otra jurisdicción diferente, bien sea de forma temporal o permanente.

Sin embargo, el propio texto de esta normativa, excluye de manera expresa su aplicación a los marinos, al esclarecer que la expresión “trabajador migrante” alude a toda persona que emigra para ocupar un empleo por cuenta ajena no aludiendo a trabajadores fronterizos, a artistas y personas que ejerzan una profesión liberal que entren a un país a ejercer su oficio por un corto período, y excluyendo a la gente de mar⁸⁷. Como se puede observar, ninguno de los referidos instrumentos podría ser aplicable para la determinación del criterio a ser tenido en consideración por el Estado contratante para otorgar al marino el derecho de acción ante sus tribunales, cuando se encuentre en una situación de abandono por parte de su empleador, pues o el mismo no es aplicable a estos supuestos, como ocurre con el Convenio sobre los trabajadores migrantes que excluye a los marinos de

(iv) ser protegido en lo que se refiere a su salud, teniendo a disposición la atención médica requerida, así como las medidas de bienestar y demás mecanismos de protección social.

Dentro los medios contemplados para el cumplimiento de estas obligaciones destacan las legislaciones nacionales, los convenios colectivos aplicables, los usos y las prácticas comunes.

Este Convenio, además, está integrado por un Reglamento donde se detalla de manera más precisa las obligaciones de los Estados firmantes con respecto al trabajo marítimo, para la salvaguarda de los derechos más fundamentales de aquellos que prestan servicios bajo esa modalidad. Este Reglamento sufrió un conjunto de enmiendas puntuales en abril del 2014, las cuales fueron adoptadas de manera casi unánime por los 400 participantes a la primera reunión del Comité Tripartito Especial instaurado justamente para su discusión, previéndose que la entrada en vigor de estas modificaciones se dé en el 2017.

⁸⁶ Más adelante volveremos sobre este particular explicando las motivaciones del Estado venezolano para su negativa.

⁸⁷ Art. 11 del Convenio sobre los trabajadores migrantes (revisado), 1949. Ahora bien, en lo relativo al aspecto jurisdiccional es bastante escasa la regulación que contiene, únicamente prescribe que toda persona que sea objeto de la aplicación del tratado deberá tener derecho a recurrir en caso de que se le nieguen las prestaciones de seguridad social en materia de contingencias cubiertas o a presentar una queja respecto de la naturaleza, nivel, calidad o importe de dicha prestación. Resulta rescatable la incorporación de esta norma dentro del acuerdo, pues impone a los Estados para los cuales está vigente este instrumento la exigencia de asegurar que la gente de mar en este tipo de situaciones, donde necesiten reclamar ciertas prestaciones de carácter social, estén empoderados con el derecho a la acción, es decir, a acudir a los tribunales jurisdiccionales y presentar su reclamación con plenas garantías y cuenten con los recursos idóneos para ello. Adicionalmente, el legislador internacional se preocupa por que los conflictos de esta índole que se instauren en ocasión al contenido de los derechos contemplados en el tratado, tengan una solución rápida y poco onerosa, al incluir una norma en tal sentido en su artículo 32.

su ámbito material de aplicación, o no se encuentra vigente para Venezuela, caso del MLC 2006⁸⁸.

Habiéndose agotado sin éxito la búsqueda de criterios jurisdiccionales en los tratados especializados en materia de trabajo marítimo, se debe pasar ahora a los convenios de DIP de carácter más general, y es así como se llega a uno de los acuerdos más emblemáticos en la evolución del DIP en América, el Código de Derecho Internacional Privado o Código Bustamante, suscrito en La Habana el 20 de febrero de 1928, ratificado por Venezuela en 1932.

En este acuerdo, icónico para el desarrollo del DIP, se establece como principal criterio distributivo de jurisdicción la sumisión indicándose que, en lo referente a acciones civiles y mercantiles de toda clase, el juez llamado a conocer de la misma será aquél a quien los litigantes se sometan expresa o tácitamente. Sin embargo, esta es una sumisión con vinculación, pues la elección será válida siempre que alguna de las partes sea nacional del Estado contratante cuya jurisdicción haya sido seleccionada o tenga en dicho país su domicilio⁸⁹.

A tenor de los artículos 321 y 322 de este instrumento, la manifestación de voluntad de las partes puede ser expresa, si los interesados renuncian a su fuero propio y designan de manera precisa el tribunal que resolverá su conflicto; o tácita, cuando el accionante interponga la demanda ante un foro determinado o el demandado realice cualquier actuación en juicio que no sea proponer la declinatoria de jurisdicción.

Siguiendo el análisis de las normativas de este tratado contentivas de criterios jurisdiccionales posiblemente aplicables a casos de reclamaciones por abandono de gente de mar, se puede percatar la inclusión del lugar de cumplimiento de la obligación y el domicilio del demandado, subsidiariamente con la residencia de este último⁹⁰.

De ahí que en cuadros de abandono de marinos donde se vean involucradas las jurisdicciones de Estados parte del Código Bustamante, y sea aplicable este instrumento, estarían calificados para conocer y decidir de la causa los tribunales judiciales del lugar de cumplimiento de la obligación y los del domicilio o residencia del demandado, en virtud del contenido de este instrumento internacional.

De no ser posible la aplicación del Código Bustamante al caso en concreto, y no existiendo otras normativas internacionales contentivas de criterios

⁸⁸ Y aun cuando estuviera vigente para nuestro país, tampoco sería de utilidad para la determinación de la jurisdicción pues no incorpora criterios jurisdiccionales que pudieran servir como base para que los jueces nacionales se atribuyan o no jurisdicción en estos supuestos.

⁸⁹ Art. 318 del Código Bustamante.

⁹⁰ Art. 323 del Código Bustamante.

distributivos de jurisdicción vigentes para Venezuela que puedan ser aplicables a realidades de enrolamiento de gente de mar, es necesario proceder al segundo escaño de fuentes de DIP según la LDIP⁹¹, es decir, la normativa interna, iniciando por aquellas normas más recientes y de mayor especialidad por la materia.

Esto acarrearía la aplicación de la regulación laboral venezolana, sin embargo, al no estar contemplados criterios atributivos de jurisdicción en la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras (LOTTT)⁹², y no siendo la materia marítima laboral regulada por la Ley de Comercio Marítimo (LCM)⁹³, en los casos laborales con elementos de extranjería deberá emplearse el juego de criterios jurisdiccionales de la LDIP para determinar cuándo los tribunales venezolanos tienen jurisdicción para entrar a dilucidar el asunto en cuestión⁹⁴.

Atendiendo entonces al prenombrado sistema de fuentes inserto en el artículo 1 de la LDIP, habiéndose cerciorado la inexistencia de tratados internacionales aplicables para la determinación del Estado con jurisdicción para conocer del caso, y habidas cuentas de la ausencia de normativas internas específicas de DIP sobre la materia tratada (marítimo laboral), se hace ineludible acudir a la combinación de criterios jurisdiccionales inmersos en el texto de la normativa

⁹¹ Contenido en el art. 1 de la LDIP.

⁹² “En materia laboral sucede que los operadores jurídicos suelen utilizar el artículo 10 de la LOT [actual artículo 3 LOTTT] para establecer si los tribunales tienen o no jurisdicción. Esta aplicación del artículo 10 de la LOT [actual artículo 3 LOTTT] es incorrecta porque esta norma solo va destinada a indicarnos cuándo se aplica el derecho venezolano a una relación de trabajo internacional. La norma no establece ningún criterio para determinar cuándo los tribunales venezolanos tienen jurisdicción. Para estos efectos, el ordenamiento jurídico específicamente el sistema de Derecho Internacional Privado, contiene normas que regulan particularmente el problema de la jurisdicción de los tribunales venezolanos”. Carrasquero, Andrés, *Relaciones de trabajo internacionales: problemas resueltos y por resolver*, en: *La Empresa y sus Negocios de Carácter Internacional*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2011, Serie de Cuadernos 1, pp. 62-63.

⁹³ Decreto No. 1.506 con Fuerza de Ley de Comercio Marítimo, reformado parcialmente, Gaceta Oficial No. 38.351, 5 de enero de 2006. La LCM regula las relaciones jurídicas que se originan en el comercio marítimo y en la navegación por agua (ver art. 1 de esta normativa), y si bien las relaciones laborales se pueden gestar independientemente del comercio marítimo, tal es el caso de aquellas que se producen dentro de los buques pesqueros cuya principal finalidad no es el comercio marítimo; sí podría serle aplicable la normativa en cuanto a que dispone que aplicará a las relaciones que se gesten con ocasión a la navegación por agua, sin embargo su normativa no abarca las relaciones jurídicas laborales que se producen a bordo. Solo se limita a establecer créditos privilegiados a favor de los marinos sobre el buque.

⁹⁴ “En Venezuela la SPA es la última instancia que conoce sobre problemas de jurisdicción en casos de Derecho Internacional Privado, incluyendo relaciones de trabajo internacionales conforme al artículo 57 de la Ley de Derecho Internacional privado (LDIP)... En virtud de ello, la SPA utiliza apropiadamente el sistema venezolano de Derecho Internacional privado —y no el artículo 10 LOT [actual artículo 3 LOTTT]— para determinar si los tribunales venezolanos tienen jurisdicción o no para conocer de casos sobre relaciones de trabajo internacionales... La doctrina patria coincide con la SPA, en que los problemas de jurisdicción en casos de relaciones de trabajo internacional deben resolverse mediante el sistema venezolano de Derecho Internacional Privado, al no existir normas específicas sobre la jurisdicción para acciones derivadas de las relaciones de trabajo internacionales”. Carrasquero, *Relaciones de trabajo internacionales...*, ob. cit., p. 65.

internacional privatista general interna, la LDIP. Dichos criterios se encuentran transcritos en el artículo 39 y siguientes de la LDIP⁹⁵.

En ese cuerpo normativo se incorporan criterios atributivos de jurisdicción que efectivamente pueden ser empleados en materia de abandono de gente de mar; así pues, establece en un primer término el domicilio del demandado (art. 39 LDIP) como criterio general⁹⁶, y de forma subsidiaria añade el lugar de ejecución y celebración del contrato (art. 40 LDIP numeral 2), el lugar de verificación del hecho (art. 40 LDIP numeral 2), el lugar de la citación personal del demandado (art. 40 LDIP numeral 3), y la sumisión (art. 40 LDIP numeral 4, arts. 44 y 45).

Se pasa ahora a analizar cada uno de los criterios jurisdiccionales contenidos tanto en el sistema internacional vigente para Venezuela como en la normativa interna internacional privatista, que podrían ser empleados en escenarios de abandono de tripulantes para atribuir jurisdicción a los tribunales patrios, examinando la idoneidad de su procedencia siendo que, tal como se explicó con anterioridad, el abandono de gente de mar involucra bienes jurídicos muy sensibles y situaciones tan particulares que la puesta en marcha de dichos criterios no necesariamente dará una respuesta efectiva al caso planteado.

Vale la pena aclarar que el análisis que se presenta a continuación trata de forma conjunta los criterios jurisdiccionales insertos tanto en la normativa interna como en la internacional aplicable para Venezuela, por ser de similar talante y contenido, sin embargo esto en ningún caso significa que los criterios analizados y normas contentivas sean aplicables de forma simultánea, pues, tal como se indicó en párrafos precedentes la prelación entre las normas a ser analizadas viene marcada de forma clara por la operatividad del sistema de fuentes contenido en el artículo 1 de la LDIP⁹⁷.

⁹⁵ “Conforme al artículo 1 de la LDIP y a la falta de tratados internacionales, la SPA utiliza los criterios atributivos de jurisdicción previstos en los artículos 39 y siguientes de la LDIP, para determinar si los tribunales tienen o no jurisdicción en casos de relaciones de trabajo internacionales”. Carrasquero, *Relaciones de trabajo internacionales*. . . , ob. cit., p. 66.

⁹⁶ “Antes que todo debe recordarse que los criterios atributivos de jurisdicción establecidos en el artículo 40 solo entran en funcionamiento en la medida que el criterio general del domicilio del demandado en territorio de la República no esté dado. Solo en esa medida es que los diversos criterios del artículo 40 desarrollarán su función atributiva de jurisdicción a los tribunales venezolanos de manera especial y concreta para el caso específico. No se trata de criterios general atributivos de jurisdicción como sería el caso del domicilio del demandado en territorio venezolano”. Hernández-Bretón, Eugenio, *Acciones Patrimoniales*, en: *Ley de Derecho Internacional Privado Comentada*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 2005, Tomo II, pp. 999-1000.

⁹⁷ Ciertamente, se estudian de forma conjunta, pero eso no significa, en ningún caso, que apliquen de manera concomitante las normas a ser abordadas, comprendiendo que las mismas pertenecen a instrumentos cuya aplicabilidad dependerá de la operatividad del sistema de prelación de fuentes de la LDIP.

B. Criterios Atributivos de Jurisdicción

1. Domicilio del demandado

Tanto el artículo 39 de la LDIP⁹⁸ como el artículo 323 del Código Bustamante⁹⁹ establecen el domicilio del demandado como criterio jurisdiccional¹⁰⁰, de manera que si el demandado está domiciliado en Venezuela los jueces patrios tendrán jurisdicción en virtud de la aplicabilidad de alguna de estas normas¹⁰¹. Vale rescatar que el domicilio del demandado es un criterio principal operativo en casos de cualquier índole¹⁰².

De esas disposiciones se colige que, si en un supuesto de abandono el patrono de la tripulación se halla domiciliado en territorio venezolano, el trabajador

⁹⁸ Art. 39 de la LDIP: “Además de la jurisdicción que asigna la ley a los tribunales venezolanos en los juicios intentados contra personas domiciliadas en el territorio nacional, los tribunales de la República tendrán jurisdicción en juicios intentados contra personas domiciliadas en el exterior en los casos contemplados en los artículos 40, 41 y 42 de esta Ley”. La mayoría de la doctrina entienden que la norma arriba transcrita consagra el domicilio del demandante como principal criterio atributivo de jurisdicción. Tal es el caso de Tatiana de Maekelt, quien afirma que “Los criterios ‘indicadores’ de la jurisdicción de los tribunales venezolanos son: el primero, contenido en el artículo 39 de la Ley, que consagra el domicilio del demandado. Este es el criterio general de jurisdicción evidentemente preferido por el sistema venezolano, porque facilita la aplicación del principio constitucional del debido proceso”. De Maekelt, Tatiana, *Regulación de la Jurisdicción en el Sistema Venezolano de Derecho Internacional Privado*, en: *Temas de Derecho Internacional Privado Homenaje a Juan María Rouvier*, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2003, Colección Libros Homenaje No. 12, pp. 393-394.

⁹⁹ Art. 323 del Código Bustamante: “Fuera de los casos de sumisión expresa o tácita, y salvo el derecho local contrario, será juez competente para el ejercicio de acciones personales el del lugar del cumplimiento de la obligación, o el del domicilio de los demandados y subsidiariamente el de su residencia”. En el caso del Código Bustamante este criterio entraría a operar en defecto del criterio del lugar de cumplimiento de la obligación, y siempre que no exista un acuerdo de sumisión válido entre las partes. Adicionalmente, se dispone la residencia del demandado como criterio subsidiario al del domicilio.

¹⁰⁰ En el caso del art. 39 de la LDIP, parte de la doctrina patria disiente de este parecer y aclara que la referida norma no incorpora el domicilio como criterio jurisdiccional, sino que únicamente lo reconoce como tal, esto dado el talante de su redacción donde pareciera referir a otra norma que sí está consagrada para establecer el domicilio como criterio jurisdiccional. En este sentido Hernández-Bretón en su artículo titulado “Domicilio del Demandado”, parte de la Ley de Derecho Internacional Privada Comentada, explica lo siguiente: “El artículo 39 de la LDIP no establece el domicilio del demandado como criterio atributivo de jurisdicción. Tan solo lo reconoce en la medida en que el mismo haya sido establecido por la ‘ley’. Esta conclusión se desprende del uso del vocablo ‘además’ en la redacción de la disposición en comentario, lo cual parece indicar la existencia de otras normas que así lo hacen. . . No obstante, lo cierto del caso es que la ‘ley’ no consagra de manera expresa y general el domicilio del demandado como criterio atributivo de jurisdicción, ello tan solo resulta como una conclusión forzosa basada en la tradición venezolana”. Hernández-Bretón, Eugenio, *El Domicilio del Demandado*, en: *Ley de Derecho Internacional Privado Comentada*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 2005, Tomo II, pp. 985-986.

¹⁰¹ Recordando que la aplicabilidad de una u otra normativa estará dada por la prelación del sistema de fuentes establecido en el art. 1 de la LDIP. De ahí que si es aplicable el Código Bustamante no se procedería a la utilización de los criterios jurisdiccionales de la LDIP, y solo se emplearían los criterios jurisdiccionales de la LDIP en ausencia de un tratado internacional vigente para las jurisdicciones involucradas en el asunto debatido.

¹⁰² “El domicilio en territorio venezolano funciona como criterio general atributivo de jurisdicción a los tribunales venezolanos. Sirve para todos los casos y para todos los tipos de acciones, salvo los casos de derogación de la jurisdicción ex-artículo 47 de la LDIP, litispendencia internacional ex-artículo 58 de la LDIP y el caso controversial del artículo 46 de la misma Ley”. Hernández-Bretón, *El Domicilio del Demandado*. . . , ob. cit., p. 988.

podrá demandar ante los órganos jurisdiccionales de Venezuela el resarcimiento de los daños sufridos, y el honramiento de los pasivos contractuales y legales que le estén siendo adeudados; por su parte, el juez nacional, al verificar que el demandado tiene su domicilio constituido legalmente dentro de los límites territoriales de la República, deberá afirmar su potestad para conocer de la causa y entrar a dictaminar sobre el fondo del asunto debatido teniendo como base para ello las referidas normativas.

Ahora bien, antes de continuar con el análisis del domicilio del demandado como criterio jurisdiccional en casos de abandono de gente de mar, es imperioso primero aclarar quién es la persona llamada a cumplir con las obligaciones de repatriación, asistencia, pago de salarios y demás conceptos laborales frente a la tripulación abandonada, y por tanto el sujeto pasivo dentro del proceso, ya que de ello dependerá el foro que atraiga jurisdicción en virtud de este criterio.

Puesto que, si bien en un primer momento se podría pensar que, siendo el armador de la nave la persona llamada a usar y explotar comercialmente el buque¹⁰³ y por tanto dotarlo de todo lo necesario para que goce de navegabilidad¹⁰⁴, debería ser este quien sea considerado el patrono en las relaciones marítimas laborales y por ende único demandado ante las reclamaciones de los marinos que se produzcan por sucesos de abandono, no es menos cierto que es cada vez más popular la figura terceros dentro del rubro marítimo que se encargan de administrar las tripulaciones, abasteciendo a las empresas que fungen como armadoras, del personal para operar sus naves¹⁰⁵.

Es así como se encuentran empresas de gestión naval o administración naviera¹⁰⁶ que suelen estar encargadas de múltiples labores genéricas como salvaguardar la operatividad de las máquinas, manejar la carga, contratar fletes, planificar auditorías e inspecciones, lidiar con aseguradoras, e incluso pueden ejercer la función de avituallar y administrar la tripulación de las embarcaciones de aquellos armadores con quienes contratan¹⁰⁷.

¹⁰³ Art. 37 de la LCM: “El Armador es la persona que utiliza o explota el buque en su propio nombre, sea o no su propietario, bajo la dirección y gobierno de un Capitán designado por aquel”. Art. 38 de la LCM: “Se presume que el propietario del buque es su armador, o lo son sus copropietarios, salvo prueba en contrario”.

¹⁰⁴ Así lo afirma la doctrina nacional, al recordar que “armar un buque significa proveerlo de todo lo necesario para la navegación”. Omaña, Gustavo, *Estudio del Régimen del Trabajo Marítimo en Venezuela*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2018, p. 72.

¹⁰⁵ “*The indirect approach has become more popular among shipowners due to the underlying cost efficiency and the global reach offered by manning agencies. The lack of adequate training on board most modern-day ships means that shipping companies as an outsourcing approach, Thus the use of manning agencies to satisfy labour needs has grown significantly in recent years*”. Livingstone, Caesar y Fei Jiangang, Recruitment and the image of the shipping industry, en: *Managing Human Resources in the Shipping Industry*, New York, Toutledge, 2018, s/p.

¹⁰⁶ Conocidas más comúnmente por su traducción en inglés como “*shipmanagement*”.

¹⁰⁷ Omaña, *Estudio del Régimen...*, ob. cit., p. 76.

Paralelamente, existen compañías que prestan servicios más específicos, que se limitan a reclutar dotaciones para las nave, a contratar seguros para los marinos y demás actividades jurídicas o técnicas relacionadas con los tripulantes, y suelen ser conocidas en el sector como gestores de buques y tripulaciones¹⁰⁸. Por último, en este plano también nos topamos con agentes de colocación laboral, que únicamente se dedican a enganchar a los marinos¹⁰⁹ para los buques de las empresas armadoras, propietarias o gestores navieros; se trata de agencias de gestión humanas encargadas de enrolar tripulantes para cumplir labores a bordo de buques mercantes.

Habiendo dejado en claro las modalidades bajo las cuales los servicios relacionados con el reclutamiento y manejo de tripulantes a bordo pueden ser encargados a intermediarios o contratistas, y reconociéndose la legalidad y procedencia de este tipo de figuras y relaciones jurídicas a la luz del Derecho venezolano¹¹⁰, resulta ineludible ahora aclarar si el armador, aun cuando utilice este tipo de empresas, debe considerarse o no el verdadero patrono de los marinos embarcados y, por tanto, principal responsable de los deberes que esto implica y sujeto pasivo de las reclamaciones judiciales que se emprendan para exigir el cumplimiento de esas obligaciones laborales.

Atendiendo a la concepción teórica, el armador es sobre quien recae la responsabilidad de hacer navegar una nave¹¹¹, no solo proveyéndola de lo necesario para la navegación sino asumiendo y ejerciendo la titularidad del uso del buque¹¹², y con ello la gestión náutica del mismo y su operatividad¹¹³. Si concatenamos estas ideas con las disposiciones legales nacionales según las cuales el armador es la persona que utiliza o explota el buque en su propio nombre¹¹⁴, se llega a entender que es este quien es responsable último de la navegación del buque y, por tanto, debe ser entendido como el patrono de la relación laboral con el capitán, los oficiales y los marinos¹¹⁵.

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 77.

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 78.

¹¹⁰ Recuérdese que la CRBV en su artículo 94 consiente la existencia de intermediarios y contratistas, rescatando siempre la responsabilidad solidaria entre estos y la persona natural o jurídica en cuyo provecho se presta un servicio, y su legalidad únicamente cuando no se trate de simulación o fraude, o se establezcan con el propósito de desvirtuar, desconocer u obstaculizar la aplicación de la legislación laboral (tercerización laboral prohibida expresamente por la LOTTI).

¹¹¹ Martínez, Patricia, *Los Sujetos de la Navegación en la Ley de Comercio Marítimo*. Publicado en: *III Congreso de Derecho Marítimo*, Caracas, Comité Marítimo Venezolano, 2004, p. 228.

¹¹² González, Rodolfo, *Manual de Derecho de la Navegación*, Buenos Aires, Depalma, 4ª ed., 2000, p. 206.

¹¹³ Belisario Capella, Freddy, *Derecho del Transporte Marítimo*, Caracas, Ediciones Marítimas Venezolanas, 2012, Tomo I, p. 264.

¹¹⁴ Art. 37 de la LCM.

¹¹⁵ Omaña, *Estudio del Régimen del Trabajo*..., ob. cit., p. 41.

En efecto, siendo el epicentro de la labor del armador dotar al buque de todo lo indispensable para que este pueda echarse a la mar y completar de forma exitosa su travesía, esto sería imposible sin la designación de la tripulación, la cual tendrá en sus manos la tarea de llevar la embarcación a puerto seguro, cumpliendo para ello con las órdenes, especificaciones y acatando las normativas que a tales fines le imponga el armador.

Por tanto, aun cuando la dotación no haya sido seleccionada por el armador, sino por un tercero, sus miembros actuarán de conformidad a las directrices giradas por el primero y en dependencia directa de este. Será la empresa armadora quien velará por la seguridad de los trabajadores a bordo, del cumplimiento de los descansos obligatorios, su alimentación, provisión de equipamiento necesarios para el cumplimiento de sus labores, así como de proveerlos de los insumos y atención médica en caso de requerirlo¹¹⁶. La descripción del papel del armador frente a la tripulación de sus buques coincide plenamente con el concepto de patrono que consagra de LOTTT, cuando dispone que el patrono es aquella persona natural o jurídica que tiene bajo su dependencia a uno o más trabajadores, en virtud de una relación laboral en el proceso social de trabajo¹¹⁷.

En lo que respecta al rol de las empresas intermediarias de tripulantes, únicamente se ciñen a prestar un servicio especializado de búsqueda, captación y gestión humana, que en ningún caso suplanta el papel como patrono real que ostenta el armador¹¹⁸.

¹¹⁶ Deberes que, a la luz de nuestra legislación nacional, están reservados para el patrono. Así lo dispone el art. 255 de la LOTTT: “En el trabajo en el transporte marítimo, fluvial y lacustre, el patrono o la patrona tiene las siguientes obligaciones frente a sus trabajadores y trabajadoras:

- a) Proporcionarles a bordo alojamiento cómodo e higiénico.
- b) Proporcionarles a bordo alimentación sana, nutritiva y suficiente.
- c) Proporcionarles alojamiento y alimentación cuando el buque sea llevado a puerto extranjero para reparaciones y los trabajadores o trabajadoras no puedan permanecer a bordo.
- d) Concederles el tiempo necesario para el ejercicio del voto en elecciones nacionales, estatales, municipales o sindicales, siempre que la seguridad del buque lo permita y no se entorpezca su salida a la hora y fecha fijadas.
- e) Proporcionarles atención médica, hospitalización y medicamentos en caso de accidente o enfermedad, sea cual fuere su naturaleza, cuando la seguridad social no los prevea.
- f) Informar a la autoridad competente en materia de salud y seguridad laboral los accidentes de trabajo ocurridos a bordo.
- g) Pagarles el equivalente a comida y transporte cuando los trabajadores y las trabajadoras disfruten del descanso en domingo o día feriado en un puerto distinto al de su contratación y no permanezca en el buque. Dicho pago se hará en moneda de curso legal de ese puerto.
- h) Repatriarlos o trasladarlos al lugar de enganche.
- i) Las demás establecidas por esta Ley, su reglamento, las normas que rigen la materia y por las convenciones colectivas”.

¹¹⁷ Art. 40 de la LOTTT.

¹¹⁸ Así lo ha entendido la doctrina nacional al afirmar que: “en las relaciones laborales que se presenten con ocasión del trabajo en la navegación marítima, fluvial y lacustre; y también en la pesca, el patrón es el armador y, el propietario, que se presume armador salvo prueba en contrario, debe reputarse patrono solo en los casos en que sea igualmente armador.

Adicionalmente, ha de recordarse que a la luz de la legislación nacional venezolana la tercerización¹¹⁹ se encuentra terminantemente prohibida, por lo cual aun cuando la contratación de trabajadores pueda realizarse a través de intermediarios o terceras partes, esto en ningún caso podría traducirse en la evasión por parte del verdadero patrón, el armador, de las obligaciones legales derivadas de la relación laboral que recaen sobre él¹²⁰.

Estado ahora claro la posición del armador como verdadero patrono de la relación laboral que se presta con ocasión a la navegación y por tanto como responsable de las obligaciones que se desprenden con ocasión a la misma, es entendible que sea este el demandado de cualquier proceso legal que se emprenda para reivindicar los posibles derechos violentados al generarse el abandono de la nave en la cual los trabajadores estaban embarcados.

Sabiendo entonces quién es el sujeto pasivo de estos procesos, y teniendo en cuenta el criterio jurisdiccional del domicilio del demandado, resulta lógico en este momento hacerse la pregunta cuándo debe entenderse que el demandado está domiciliado en el país, a los efectos de que los tribunales nacionales puedan atribuirse jurisdicción y entrar a conocer y decidir de la causa.

Inicialmente, cabe señalar que el domicilio es un término más bien jurídico que plantea un problema de calificación¹²¹ y, como tal, merece una interpretación basada en el sistema legal y no guiada únicamente por elementos fácticos. En ese sentido, y siendo que el domicilio es incluido tanto en la LDIP como en el Código Bustamante como criterio jurisdiccional, se requiere puntualizar qué extremos de ley deben verse satisfechos para entender que un sujeto se encuentra domiciliado en territorio venezolano a tenor de ambos instrumentos.

Con relación a las compañías que realizan la gestión de las tripulaciones, debe entenderse que las mismas son agentes especializados que prestan sus servicios, bajo contrato, con el objeto de permitir al armador simplificar y optimizar la actividad naviera. Finalmente, es preciso reafirmar que el armador, es el patrono en el vínculo laboral que se establece con ocasión de la navegación marítima fluvial y lacustre y en la pesca independientemente que contrate de manera directa o a través de intermediario”. Omaña, *Estudio del Régimen del Trabajo...*, ob. cit., pp. 84-85.

¹¹⁹ Definida en el art. 47 de la LOTTT como “la simulación o fraude cometido por patronos o patronas en general, con el propósito de desvirtuar, desconocer u obstaculizar la aplicación de la legislación laboral”.

¹²⁰ Artículo 48 LOTTT: “Queda prohibida la tercerización, por tanto no se permitirá: ... 2. La contratación de trabajadores o trabajadoras a través de intermediarios o intermediarias, para evadir las obligaciones derivadas de la relación laboral del contratante... En los casos anteriores los patronos o patronas cumplirán con los trabajadores y las trabajadoras todas las obligaciones derivadas de la relación laboral conforme a esta Ley, e incorporarán a la nómina de la entidad de trabajo contratante principal a los trabajadores y trabajadoras tercerizados o tercerizadas, que gozarán de inamovilidad laboral hasta tanto sean incorporados efectivamente a la entidad de trabajo”.

¹²¹ “Estos criterios no dejan de presentar ciertas dificultades prácticas relacionadas con la calificación previa de los términos utilizados”. De Maekelt, *Regulación de la Jurisdicción...*, ob. cit., p. 394.

Iniciando por el Código Bustamante, se observa que el concepto del domicilio se rige por la ley territorial¹²², de ahí que el juez deba acudir a lo establecido en su legislación interna interpretar correctamente el concepto de domicilio. En el caso del juez venezolano, para saber cuándo debe entender que el demandado está domiciliado en el territorio nacional, necesita dirigirse a lo dispuesto en su normativa nacional, iniciando por la LDIP, ley aplicable de manera preferente en casos de DIP debido a la especialidad de la materia. Y justamente en la LDIP se topa con una norma que establece que, a diferencia de lo que ocurre en el Derecho meramente interno, en el DIP el domicilio de una persona natural se encuentra ubicado en el territorio del Estado donde tiene fijada su residencia habitual¹²³. Sin embargo, siendo que en los supuestos del abandono de marinos el demandado muy seguramente sería una persona jurídica, no se emplearía esta norma, sino que habría que remitirse al Código Civil y al Código de Comercio venezolano donde se indica cómo determinar el domicilio de las personas jurídicas, al no existir ninguna especificación al respecto en el sistema de DIP interno¹²⁴.

Por lo tanto, cuando el juez venezolano esté examinando la procedencia del domicilio del demandado como criterio jurisdiccional, siendo que sea válida la aplicación del Código Bustamante o, en su defecto, de la LDIP, se tendrá que remitir a nuestro Código Civil y Código de Comercio, y al desarrollo jurisprudencial existente en la materia, para determinar si Venezuela es el lugar dónde se entiende domiciliado el demandado en casos de abandono de gente de mar.

Y, reparando en primer lugar en el artículo 28 del Código Civil, de tratarse el demandado de una sociedad, asociación, fundación y corporación, cualquiera que sea su objeto, se tendrá por domiciliado en el país si en él se encuentra situada su dirección o administración, salvo lo que se dispusiere por sus Estatutos o por leyes especiales.

De igual manera, se entenderá que la referida persona jurídica tiene domicilio en el país, cuando se encuentre en Venezuela alguna de sus sucursales o

¹²² Art. 22 del Código Bustamante: “El concepto, adquisición, pérdida y recuperación del domicilio general y especial de las personas naturales o jurídicas se regirán por la ley territorial”.

¹²³ Art. 11 de la LDIP.

¹²⁴ “En el caso de las personas jurídicas, siguiendo lo señalado por nuestra doctrina y jurisprudencia, y frente a la ausencia de regulación expresa en la LDIP, debe acudirse a las disposiciones del derecho común consagradas en el CC y en el CCo. Como hemos señalado, la determinación del domicilio de las personas jurídicas tendrá particular relevancia en los casos de DIP referidos a la determinación de la jurisdicción venezolana, específicamente, en la aplicación del artículo 39 de la LDIP. De esta manera, las normas internas consagradas en el CC y en el CCo complementan los vacíos consientes de la LDIP”. Guerra, Víctor, *Calificación del Domicilio*, en: *Ley de Derecho Internacional Privado Comentada*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 2005, Tomo I, pp. 399-400.

agencias, pero solo respecto de los hechos, actos y contratos que haya ejecutado o celebrado por medio del agente o sucursal.

Por su parte, las compañías mercantiles constituidas en el país se entenderán domiciliadas en Venezuela, siempre que así esté establecido en el contrato constitutivo de la sociedad o, a falta de la referida mención, si en el país se halla su establecimiento principal¹²⁵. Igualmente, al tratarse de compañías constituidas en el extranjero, si tienen en la República sucursales o explotaciones, se les considera domiciliadas en Venezuela¹²⁶.

El domicilio del demandado como criterio jurisdiccional, popularizado en la mayoría de los sistemas legales internos e internacionales, halla su soporte jurídico en la profunda protección que otorga al demandado dado que salvaguarda su derecho a la defensa y al debido proceso, al entenderse que cuando se entabla una pretensión en el país donde el demandado tiene su domicilio, le será menos oneroso y más sencillo actuar en el proceso, presentar en él sus defensas y las pruebas de sus alegaciones; igualmente, avala al demandante el correcto ejercicio de su derecho a la tutela judicial efectiva afianzando una rápida ejecución de la sentencia, a la vez que se entiende que este criterio divide las cargas de las partes de manera equitativa, y facilita la concentración de todos los procesos relativos a una persona bajo una misma jurisdicción¹²⁷.

El fundamento del domicilio del demandado como principal criterio atributivo de jurisdicción, se encuentra en la máxima *actor sequitur forum rei* que implica que el demandante debe buscar o perseguir al demandado. Desde el punto de vista de la política legislativa, esto tiene su base en el hecho que el demandante es quien sabe cuándo se va a iniciar el proceso y para equilibrar esa situación se ha instituido esa máxima a los fines de que el demandado al menos sepa en dónde podría hacerlo¹²⁸.

Aunque el domicilio es un precepto reconocido no solo por la legislación venezolana sino por la doctrina y la mayoría de los sistemas mundiales como un criterio atributivo de jurisdicción válido, que envuelve una verdadera conexión ente el supuesto a ser decidido y el órgano judicial decisor, no es menos cierto que cuando se tiene enfrente un cuadro de abandono de gente de mar, su eficacia no resulta del todo trascendente.

¹²⁵ Art. 203 del Código de Comercio.

¹²⁶ Art. 354 del Código de Comercio.

¹²⁷ Pérez, Yaritzá, *La Jurisdicción en el Derecho Internacional Privado*, Caracas, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, UCV, 2ª ed., 2015, Serie Trabajos de Grado No. 15, p. 129.

¹²⁸ “This traditional maxim *actor sequitur forum rei* applies in favor of the defendant by holding that the defendant is generally the weaker party in litigation, especially in international litigations. The claimant can choose whether, when and where to bring the action, while the defendant has no options except undertaking litigation. It sounds fair enough, to provide general jurisdiction to the courts of the defendant’s home”. Tang, Zheng, *Electronic Consumer Contracts in the Conflict of Laws*, Portland, Hart Publishing, 2009, p. 10.

Entendiendo que el trabajo de la gente de mar se presta a bordo de una unidad móvil que entra y sale de múltiples jurisdicciones, e incluso navega en zonas no sometidas al dominio de ninguna nación, es poco probable que el abandono se configure en algún puerto del país en el cual el patrono tiene asentado su domicilio, pues la fijación de la ruta de la nave es totalmente independiente del lugar donde el potencial demandado tiene su domicilio.

De hecho, lo más común es que las hipótesis de abandono se produzcan en puertos lejanos, donde la tripulación no tiene las posibilidades de exigir sus derechos justamente por la distancia física que la separa de la sede en donde se encuentra su patrono. Igualmente, gran parte de estos casos se suscitan en puertos extranjeros donde los buques se hallan presos como garantía del pago de obligaciones incumplidas por su empresa armadora, o varados en territorios foráneos producto de fallas técnicas, posiblemente generadas luego de un siniestro que, por el alto costo que representa su rescate, el armador prefiere simplemente desentenderse del mismo y con ello de su dotación ¹²⁹.

Comprendiendo lo anterior, parece, cuando menos, improbable que pueda configurarse el abandono justamente en el territorio donde el patrono, potencial demandado, tiene su domicilio; decantando esto en que los marinos al momento de ser abandonados no puedan de manera fáctica acceder a la jurisdicción en la cual su empleador tiene asentado su domicilio, lo que se traduce prácticamente en la inoperatividad del domicilio del demandado como criterio jurisdiccional en los escenarios de abandono de gente de mar.

2. Lugar de ejecución

Siguiendo con el recuento de criterios jurisdiccionales aplicables a casos de abandono, se concibe que los jueces nacionales pueden declararse con potestad para juzgar un supuesto de esta índole cuando el territorio venezolano

¹²⁹ “La situación de abandono puede darse por distintas circunstancias. La más habitual es por un armador poco solvente que explota barcos viejos, cuyas condiciones técnicas de navegabilidad y de seguridad están en los límites de la legalidad, y que va cubriendo los gastos de explotación con lo que ingresa en cada momento. Cualquier avería o gasto imprevisto o negocio fallido, hacen que el barco deje de ser rentable y que, en muchos casos, el valor del mismo no alcance a cubrir las deudas contraídas, incluidos los salarios de la tripulación. A esto suele añadirse el reiterado impago del salario a la tripulación, que llegará a carecer de lo más mínimo para subsistir: dinero, alimentos, combustible, etc. ... Esta situación puede darse también por otras circunstancias: armadores en principio solventes que por diversos motivos deben enfrentarse a graves problemas económicos que les conducen a una situación de insolvencia; o navieras estatales de algunos países que, ante la detención de un barco en puerto, tardan meses en hallar solución”. González, Domingo, *Abandono de buques y tripulaciones*, Barcelona, Marge Books, 2009, p. 15.

configura el lugar de ejecución de la obligación, siguiendo lo instituido en el artículo 323 del Código Bustamante¹³⁰ y el artículo 40 numeral 2 de la LDIP¹³¹.

Ahora bien, resulta trascendente especificar cuál es la obligación a la cual debe atenderse a los fines de dar procedencia a este criterio jurisdiccional, puesto que las situaciones o relaciones jurídicas pueden llegar a contener múltiples obligaciones, lo cual podría dificultar el análisis y aplicabilidad de este criterio. En efecto, es preciso saber si debe atenderse al lugar de cumplimiento de la obligación principal, o al lugar donde debería haber sido ejecutada la obligación que se reclama, o bien cualquiera de las obligaciones que componen la relación jurídica debatida, ya que de este examen previo dependerá la atribución de jurisdicción por parte del sentenciador nacional.

Ante el silencio de las normativas analizadas, que solo se limitan a referirse en términos genéricos al “lugar de ejecución de la obligación”, la doctrina¹³² ha propuesto como solución más apegada a Derecho, el tomar en consideración el lugar de ejecución de la obligación cuyo cumplimiento o incumplimiento¹³³ da origen al juicio entablado, habidas cuentas que esta jurisdicción ostenta, en teoría, una proximidad razonablemente mayor con el caso debatido, principio que es fundamental al momento de instituir un criterio jurisdiccional, dado que esto facilita el rápido y debido desenvolvimiento del proceso.

Aceptando lo anterior como premisa, se entiende que en los escenarios de abandono de gente de mar los tribunales venezolanos tendrán jurisdicción para conocer del fondo de estas reclamaciones, cuando Venezuela sea el lugar de cumplimiento de las obligaciones patronales del armador frente a su tripulación¹³⁴.

¹³⁰ Art. 323 del Código Bustamante: “Fuera de los casos de sumisión expresa o tácita, y salvo el derecho local contrario, será juez competente para el ejercicio de acciones personales el del lugar del cumplimiento de la obligación, o el del domicilio de los demandados y subsidiariamente el de su residencia”.

¹³¹ Art. 40 de la LDIP: “Los tribunales venezolanos tendrán jurisdicción para conocer de los juicios originados por el ejercicio de acciones de contenido patrimonial: ... 2. Cuando se ventilen acciones relativas a obligaciones que deban ejecutarse en el territorio de la República...”. Es pertinente recordar que para que proceda la aplicación de artículo 40 en sus 4 numerales, es necesario que el criterio general del domicilio del demandado en territorio venezolano no se verifique, caso contrario se deberá dar preeminencia a este último.

¹³² Al respecto, ver Madrid, Claudia, Criterios Atributivos de Jurisdicción en el Sistema Venezolano de Derecho Internacional Privado, en: *Derecho Procesal Civil Internacional*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2010, p. 112.

¹³³ Efectivamente, se ha entendido que “al aplicar este criterio atributivo debe considerarse como irrelevante el hecho de que la obligación ya se haya ejecutado o vaya a ejecutarse. Es decir, puede tratarse de un cumplimiento defectuoso o de un simple incumplimiento”. *Ibidem*, p. 117. Concordantemente otros autores explican que “debe tenerse en cuenta, que la expresión legal ‘deba ejecutarse’ atribuye jurisdicción a nuestros tribunales tanto si Venezuela es el lugar donde la obligación se ha cumplido efectivamente como si se trata del lugar en el cual debía haberse cumplido, aunque ello no haya ocurrido efectivamente”. Pérez, *La Jurisdicción en el Derecho...*, ob. cit., p. 135.

¹³⁴ “Se trata del llamado *forum executionis*, utilizado en materia contractual. De tal manera que resultará atribuida la jurisdicción a los tribunales venezolanos siempre que la obligación convencional deba ser ejecutada en Venezuela”. Pérez, *La Jurisdicción en el Derecho...*, ob. cit., p. 135.

En un primer momento, planteando el escenario más idealista, es posible que las partes hayan establecido en el contrato de trabajo dónde debe entenderse ejecutadas las obligaciones enmarcadas en el mismo, y si el juez venezolano al entrar a conocer de la causa percata que las partes han escogido el territorio de Venezuela como lugar de ejecución, y constata que esa elección coincide con la realidad material¹³⁵, en virtud de la conjugación de esa expresión de autonomía de la voluntad y del contenido de artículo 323 del Código Bustamante o bien del artículo 40 numeral 2 de la LDIP, según sea el caso, deberá afirmar su potestad para sentenciar el fondo de la querrela incoada por la tripulación en estado de abandono.

Cuando fuere aplicable el Código Bustamante, a falta de un acuerdo sobre dónde ha de ser ejecutada la obligación o existiendo multiplicidad de jurisdicciones¹³⁶, se deberá atender al lugar domicilio del demandado y, en su defecto, al de su residencia, al ser estos los criterios subsidiarios previstos en el artículo 323 del referido instrumento¹³⁷.

Al respecto de la estipulación contractual del lugar de ejecución del contrato, la doctrina¹³⁸ aclara que la validez de esa elección dependerá del Derecho que rija la relación jurídica, debiendo atenderse a la Ley aplicable al fondo del proceso para conocer la procedencia jurídica y legalidad de la selección realizada por los contratantes.

Ahora bien, como ha sido recalcado en secciones anteriores, es muy característico de los escenarios laborales marítimos, la inexistencia de un documento escrito que sea prueba fiel del acuerdo de trabajo que une a las partes, o de existir, puede que no contenga una cláusula específicamente diseñada para dejar claro o al menos permitir entrever el lugar de ejecución del acuerdo. De ser así, se le plantea la labor al sentenciador de desentrañar en qué territorio han de ser ejecutadas las obligaciones laborales, que los marinos abandonados alegan como incumplidas por su empleador.

Y, entendiendo que el lugar de ejecución de la obligación es un término jurídico, el mismo debe pasar por un proceso de calificación para desentrañar su

¹³⁵ En efecto, se debe comprobar que verdaderamente en el territorio elegido fueron o habían de ser cumplidas las obligaciones que generan la reclamación. De lo contrario se podría estar ante un supuesto de sumisión travestida, estipulada únicamente a los efectos de “escapar a los requisitos formales o de fondo a que tales cláusulas suelen estar sujetas”. Madrid, Criterios Atributivos... ob. cit., p. 113.

¹³⁶ “En efecto, Bustamante admite, en su Tratado, que los criterios subsidiarios consagrados por el artículo 323 funcionan en los casos en que las partes no hubieren fijado el lugar de cumplimiento o cuando dichos lugares fueren múltiples”. *Ídem*.

¹³⁷ Art. 323 del Código Bustamante: “... será juez competente para el ejercicio de acciones personales el del lugar del cumplimiento de la obligación, o el del domicilio de los demandados y subsidiariamente el de su residencia”.

¹³⁸ Pérez, *La Jurisdicción en el Derecho...*, ob. cit., p. 137.

verdadero significado, para lo cual deberá atender al derecho interno a los fines de dilucidar qué entender por lugar de ejecución de la obligación, ya que ni en el Código Bustamante ni en la normativa internacional privatista nacional se encuentra una calificación autónoma al respecto, lo cual obliga a acudir a la *lex fori*¹³⁹.

Acudiendo a nuestra normativa interna, se presenta una norma general, aplicable de forma genérica en ausencia de una disposición especial, y se trata justamente del artículo 1.295 del Código Civil venezolano, el cual dispone que, con respecto al pago, el mismo debe hacerse en el lugar fijado por el contrato; de no haberse estipulado y, tratándose la obligación de la entrega de una cosa cierta y determinada, el pago ha de ser materializado en el lugar donde se encontraba la cosa, al momento del contrato. Fuera de estos dos casos, según la misma disposición, el pago tendría que verificarse en el domicilio del deudor.

Como se observa, nuevamente se le da preeminencia a la autonomía de la voluntad de las partes, indicando que, de haberse realizado alguna elección al respecto, será el lugar elegido por las partes el sitio donde debe darse cumplimiento de la obligación debatida. Mismo criterio aplica a las obligaciones contractuales de hacer, debiendo además acotar que esa fijación puede ser hecha de forma expresa o incluso tácita, en este último escenario la referida escogencia se desprendería de hechos concluyentes, de usos imperantes o incluso de circunstancias particulares del caso tal como la naturaleza de la prestación a ser cumplida¹⁴⁰.

Este último aserto acabado de plantear resulta de gran pertinencia a los efectos del presente análisis, ya que si atendemos a la infrecuencia con la cual los contratos de enganche constan por escrito¹⁴¹ y disponen cláusulas sobre el lugar de cumplimiento de las obligaciones patronales, se podría llegar a concluir que el criterio del lugar de la ejecución de la obligación es de poca utilidad para el juez al momento de atribuirse jurisdicción frente a reclamaciones que los marinos puedan presentarle derivadas del abandono. Sin embargo, presentándonos como una opción el que la determinación del lugar del cumplimiento de las obligaciones cuya ejecución se demanda, se realice a través de ciertas señas que exhiba la relación jurídica de la cual decanta dicha obligación, e incluso la

¹³⁹ Recuérdese que el art. 6 del Código Bustamante incorpora como solución al problema de las calificaciones, a falta de referencias expresas previstas dentro de su texto, la aplicación de la *lex fori*, en los siguientes términos: “En todos los casos no previstos por este Código cada uno de los Estados contratantes aplicará su propia calificación a las instituciones o relaciones jurídicas que hayan de corresponder a los grupos de leyes mencionados en el artículo 30”.

¹⁴⁰ Así lo ha aceptado la doctrina nacional. Puede tomarse como referencia las afirmaciones de Madrid, Criterios Atributivos. . . , ob. cit., p. 115.

¹⁴¹ A pesar de las exigencias que al respecto se encuentran presentes en las legislaciones nacionales y en tratados internacionales como el Convenio sobre el contrato de enrolamiento de la gente de mar de 1926, vigente para Venezuela, en cuyo art. 3 se dispone la necesidad de que los contratos de enrolamiento sean dados por escrito y firmados tanto por el marino como por el armador o su representante.

naturaleza misma de la obligación exigida, consideramos que se le da una mayor libertad al juez y un sentido más práctico y realista a este criterio jurisdiccional.

Yéndose al escenario de la gente de mar en situación de abandono se tiene que las principales obligaciones patronales exigidas por los tripulantes son el pago de los salarios, el cumplimiento de los deberes de alimentación vestido e insumos requeridos, la repatriación efectiva al lugar de origen y la atención médica de ser requerida. Como se puede advertir, la totalidad de estas obligaciones son inherentes a la persona del trabajador y, en consecuencia, deben ser cumplidas independientemente del lugar en el cual se encuentre el mismo. En efecto, si se piensa en un supuesto donde la tripulación queda varada en un puerto determinado debido a un desperfecto de la nave o a una prohibición de zarpe, el patrono sigue estando constreñido a cumplir con las obligaciones asumidas, independientemente de la situación del buque o del lugar en el cual se encuentren los tripulantes con motivo de la navegación y el cumplimiento de sus funciones a bordo¹⁴².

La dinámica de la navegación por mar y el servicio que prestan a bordo los tripulantes, es el más irrefutable de los fundamentos en este sentido. Estaría fuera de toda lógica pensar que el cumplimiento de los deberes patronales del armador se circunscribe a un determinado país, cuando la embarcación en la cual estará navegando y cumpliendo su contrato de trabajo, estará en contacto con múltiples espacios territoriales o en aguas no sometidas al dominio de jurisdicción alguna.

Consecuentemente, debiendo ser cumplidas las obligaciones del patrono ahí en donde se encuentre el trabajador, y siendo justamente estos los compromisos reclamados en casos de abandono de marinos, se podría afirmar que en virtud del criterio del lugar de la ejecución de la obligación, los tribunales venezolanos podría atribuirse jurisdicción para decidir sobre esas causas cuando los tripulantes se hallen en el territorio nacional, al menos en lo que refiere a aquellas obligaciones que deben ser cumplidas por el armador donde sea que se encuentre el marino, como la de repatriación.

¹⁴² Tómese, simplemente a modo referencial, el contenido del art. 255 de la LOTT, donde se prescriben las obligaciones patronales del armador. En los diferentes numerales de la antedicha disposición se listan diversas obligaciones a ser cumplidas por el empleador, y se deja entrever cómo las mismas no se circunscriben a una jurisdicción en específico, sino que persiguen al trabajador donde quiera que la prestación de sus labores lo conduzca. Ejemplo claro es el literal “c” que dispone que el patrono deberá proporcionarle a los trabajadores alojamiento y alimentación cuando el buque sea llevado a puerto extranjero para reparaciones y los tripulantes no puedan permanecer a bordo. También ilustrativo es el literal “g” en el cual se establece que el armador deberá pagarle el equivalente a comida y transporte cuando los trabajadores disfruten del descanso en domingo o día feriado en un puerto distinto al de su contratación y no permanezca en el buque. Por último, el literal “h” resalta la obligación de repatriación del marino a su lugar de enganche, norma concomitante con el contenido del art. 264 de la misma Ley, donde se fija que cuando el buque sea apresado o esté siniestrado, el patrono deberá repatriar al trabajador y pagarle el salario hasta su llegada al país.

Por supuesto, una declaratoria de jurisdicción por parte de los tribunales venezolanos, atendiendo a esta interpretación del criterio examinado, debe pasar por un minucioso escrutinio que entre a detallar las razones por las cuales los tripulantes plantean la acción en suelo venezolano, a los fines de evitar fraude a la Ley, así como la situación de urgencia y grave violación de los derechos que pueden estar padeciendo los accionantes, y las consecuencias de un posible fallo donde el sistema judicial venezolano se declare sin jurisdicción para conocer de la causa.

Entendiendo que en este punto la sana crítica del sentenciador juega un papel destacado, consideramos que la existencia de este criterio jurisdiccional dentro de la legislación nacional, no es garantía para los trabajadores que verdaderamente los tribunales nacionales van a asumir el conocimiento y sentenciar el fondo de la reclamación planteada, lo cual genera una gran incerteza jurídica para los más débiles de la relación.

3. Lugar de celebración del contrato

Adicionalmente, podrían incoarse acciones sobre casos de abandono si el reclutamiento del marino se hizo dentro del territorio nacional, en virtud del *locus celebrationis* consagrado en el artículo 40 de la LDIP numeral 2¹⁴³.

Ahora bien, independientemente de cómo haya sido captado el marino, directamente por el armador o a través de una agencia de gestión de capital humano, el juez venezolano para atribuirse jurisdicción en base al criterio del lugar de celebración del contrato, deberá detenerse a identificar dónde ha sido enrolado el tripulante. Para ello atenderá, en primer término y de existir, al acuerdo por escrito, el cual puede exhibir señas de dónde ha sido concertado o en dónde debe entenderse celebrado.

El artículo 6 del Convenio sobre el contrato de enrolamiento de la gente de mar, 1926, exige que el documento de enrolamiento contenga de forma obligatoria el lugar y la fecha de la celebración del acuerdo.

Cuando no se tenga un instrumento escrito o el mismo no disponga el lugar de la celebración, deberá tomarse en cuenta la ley que rige el contrato para la determinación del lugar de celebración del mismo¹⁴⁴.

¹⁴³ Art. 40 LDIP: “Los tribunales venezolanos tendrán jurisdicción para conocer de los juicios originados por el ejercicio de acciones de contenido patrimonial: ... 2. Cuando se ventilen acciones relativas a obligaciones (...) que se deriven de contratos celebrados...” en el territorio nacional.

¹⁴⁴ “La determinación de tales lugares se efectuará, según los términos del referido contrato y según las disposiciones del derecho que resulte aplicable al contrato en cuestión según las normas venezolanas de Derecho Internacional Privado”. Hernández-Bretón, Acciones Patrimoniales..., ob. cit., p. 1002.

El legislador patrio señala que el enganche deberá reflejarse, preferentemente, en documento escrito y posteriormente formalizarse ante la Capitanía de Puerto del lugar de enrolamiento¹⁴⁵; debiendo por ello, inicialmente, verificarse la existencia de una declaratoria formal con respecto a la determinación del lugar de celebración en el contrato de enganche de la tripulación. Igualmente, el artículo 59 de la LOTTT exige que en los contratos laborales se indique de forma expresa el lugar de celebración del mismo.

De no existir el mencionado concierto de voluntades por escrito, se acudirá al rol de tripulantes que podría indicar en qué lugar han sido enganchados los marinos y por ende servir como prueba de dónde debe entenderse celebrado el contrato¹⁴⁶. El sistema venezolano intenta proteger los intereses de los trabajadores del transporte marítimo a través de un mecanismo formal: el contrato colectivo de enganche, pero adicionalmente suple la falta o inexistencia de este acuerdo con la simple inclusión del trabajador en el rol de tripulantes, lo que evidencia que el legislador nacional, en lo que respecta a las relaciones laborales, da prevalencia a la realidad sobre las formas o apariencias¹⁴⁷.

En sentencia de Sala Político-Administrativa (SPA) del Tribunal Supremo de Justicia (TSJ) de fecha 8 de mayo de 2001, se perfila el rol de tripulantes como prueba fundamental para la determinación del lugar de celebración del acuerdo laboral de enrolamiento, y por tanto para la fijación de la jurisdicción llamada a ventilar los conflictos que de este puedan suscitarse.

En efecto, el referido fallo establece que el rol de tripulantes puede ser evidencia irrefutable de dónde han sido enganchados los trabajadores y por ello, de comprobarse que el enrolamiento se llevó a cabo en Venezuela, será la jurisdicción de este país la que tenga potestad para juzgar los litigios derivados de la referida contratación y su subsecuente ejecución¹⁴⁸.

Por otro lado, es importante mencionar que la jurisprudencia nacional también ha incorporado como evidencia del lugar de celebración del contrato, el que

¹⁴⁵ Art. 246 LOTTT: “A falta de una convención colectiva, antes que los trabajadores y las trabajadoras entren a prestar servicio en un buque, deberán celebrar un contrato de trabajo el cual se formalizará ante la Capitanía de Puerto del lugar de enrolamiento...”.

¹⁴⁶ Art. 246 LOTTT: “... Cuando dicho contrato no se celebre por escrito, bastará la inclusión del trabajador o de la trabajadora en el rol de tripulantes del buque o el simple aprovechamiento de sus servicios...”.

¹⁴⁷ TSJ/SPA, sentencia No. 0818, 5 de mayo de 2001 (*Moisés Almarza y otros vs. Shipping Company Alfa N.V.*), en: <https://bit.ly/2KSYoaz>

¹⁴⁸ “[E]l rol de tripulantes constituye una prueba irrefutable de que los trabajadores fueron enganchados en Muaco, La Vela de Coro, estado Falcón, consecuentemente la relación laboral sucedió en la jurisdicción del territorio de la República Bolivariana de Venezuela, plaza donde se embarcaron para prestar sus servicios en el buque, por lo tanto el mismo se registrará por el lugar de su celebración, se entiende pues, que el contrato fue celebrado en la ciudad de Coro, y por tanto, Venezuela es el país en donde el mismo se otorgó. Consecuentemente, la relación laboral se registrará por la Lex Loci Contractus...” TSJ/SPA, sentencia No. 0818, 5 de mayo de 2001 (*Moisés Almarza y otros vs. Shipping Company Alfa N.V.*), en: <https://bit.ly/2KSYoaz>

las negociaciones se hagan en el territorio de Venezuela, en ausencia de una declaración formal válida al respecto¹⁴⁹. Si bien no resulta típico que los contratos de enrolamiento sean producto de un proceso dialéctico entre los contratantes, tampoco puede descartarse la posibilidad de su ocurrencia, y menos cuando ello decantaría en la posible atribución de jurisdicción por parte de los tribunales venezolanos, al entenderse que el contrato fue celebrado en el país dado que las negociaciones se produjeron en el territorio nacional.

El lugar de celebración puede ser criticado como criterio jurisdiccional, dado que se entiende que los criterios atributivos de jurisdicción tienden a buscar cierta conexión entre el tribunal y la relación jurídica a debatir¹⁵⁰, y el lugar de celebración de un contrato puede llegar a ser algo meramente fortuito, que plantea múltiples problemas cuando se trata de contratos celebrados entre ausentes o cuando el lugar de celebración no es solamente uno. En el caso del contrato marítimo el primero de dichos problemas no parece ser tan común, menos aún en los supuestos de tripulaciones de menor nivel puesto que lo normal es que las partes se encuentren presentes físicamente cuando se perfecciona el contrato de enganche, sin embargo, no hay que negar la posibilidad que ciertos marinos de niveles superiores dentro del escalafón pacten las estipulaciones con los armadores o con las empresas de reclutamiento de manera autónoma al resto de la tripulación, pudiendo incluso llevar a cabo las negociaciones y la aprobación del contrato por medios electrónicos.

Ahora bien, cuando hablamos del lugar de celebración del contrato nos encontramos nuevamente ante un problema de calificaciones que debe ser analizado a la luz de nuestro derecho interno, *lex fori*. Y a tenor del artículo 1.137 del Código Civil, el contrato se forma tan pronto como el autor de una oferta tiene conocimiento de su aceptación por la otra parte, por lo cual, siempre que ambos contratantes se encuentren en el territorio nacional se podría afirmar que los tribunales del país tendrán jurisdicción para conocer de ese acuerdo¹⁵¹.

¹⁴⁹ “. . . del texto del referido documento no se evidencia el lugar de celebración del mismo, sin embargo, según los términos empleados por la parte actora en el libelo (*omissis*) dicho acuerdo es producto de una serie de negociaciones efectuadas en el territorio de la República, circunstancia esta que no fue discutida por la parte accionada, lo que hace concluir a la Sala que dicho instrumento fue celebrado en el territorio de la República. . .”. TSJ/SPA, sentencia No. 0335, 6 de marzo de 2003, (*Garnac Grain Co., Inc. vs. Molino Oriental, C.A. [MOLORCA]*), en: <https://bit.ly/2wYed7G>

¹⁵⁰ En ese sentido se afirma que el criterio del lugar de celebración del contrato “no parece particularmente significativo en términos de proximidad, por lo cual, más que para justificar jurisdicción, serviría para reforzarla. Consideremos que, frecuentemente, el lugar de celebración del contrato obedece más a un criterio de comodidad que a una verdadera necesidad derivada del propio contrato. En realidad, este foro no ofrece auténticas respuestas a los problemas de reglamentación de los contratos, ni resulta un exponente de vinculación entre el contrato y el sistema. . .”. Madrid, Criterios Atributivos. . ., ob. cit., p. 143.

¹⁵¹ Así lo ha entendido la doctrina nacional. Ver al respecto Madrid, Criterios Atributivos. . ., ob. cit., p. 143.

Sin embargo, cuando no se hallan presentes en el mismo Estado, se ha entendido que tendrán jurisdicción alternativamente los tribunales del lugar donde se encuentra el oferente, y los del lugar en donde se hallase el aceptante. De admitirse tal interpretación, Venezuela podría ser el lugar de celebración y por tanto tener jurisdicción al encontrarse dentro de su territorio alguna de las partes contratantes al momento de manifestar su voluntad tendiente a la configuración del consentimiento para la concreción del contrato de enganche¹⁵², lo cual resulta poco probable atendiendo al carácter fortuito del lugar del abandono.

Al respecto de estos temas, la jurisprudencia nacional¹⁵³ ha aceptado que la elaboración, discusión y firma de un contrato en un determinado país, no constituyen necesariamente elementos determinantes para afirmar que el acuerdo se ha celebrado en dicho territorio, recuérdese que en materia laboral la verdad material priva sobre las formas y apariencias.

Por lo tanto, nuevamente cae dentro de la esfera subjetiva del juez el discernimiento de cuál ha sido verdaderamente el lugar de celebración el contrato de trabajo, a los fines de declararse con jurisdicción para conocer sobre el fondo de las reclamaciones que le presente la tripulación que ha sido abandonada.

4. Lugar de verificación del hecho

Otro de los criterios contemplados en el sistema de DIP nacional es el lugar de verificación del hecho¹⁵⁴. Esto se traduce en que los tribunales de la República atraerán la jurisdicción de aquellos casos que se deriven de hechos que se hayan verificado en el territorio nacional, por lo que en un primer momento se podría pensar que este criterio estaría limitado a las obligaciones de carácter extracontractual, no obstante, doctrinalmente se ha entendido que ciertos hechos relacionados a situaciones o relaciones jurídicas lícitas pueden acaecer y generar litigios¹⁵⁵.

¹⁵² *Ibidem*, p. 144.

¹⁵³ CSJ/SPA, sentencia No. 132. 8 de marzo de 1990.

¹⁵⁴ Art. 40 Ley de Derecho Internacional Privado: “Los tribunales venezolanos tendrán jurisdicción para conocer de los juicios originados por el ejercicio de acciones de contenido patrimonial: . . . 2. Cuando se ventilen acciones relativas a . . . hechos verificados en el mencionado territorio”.

¹⁵⁵ Al respecto de este punto se explica que “[e]ste criterio atributivo de jurisdicción se aplica tanto en materia de obligaciones convencionales como extracontractuales. El antecedente de este criterio lo encontramos en el Código de Procedimiento Civil de 1916, con respecto al cual los comentaristas patrios consideraban que: ‘cuando la ley habla de obligaciones provenientes de <hechos verificados> en la República, se refiere indistintamente a los lícitos como a los ilícitos, pues el acaecimiento de un hecho en tal o cual lugar no depende de su condición jurídica: todos ocurren o se verifican fatalmente en virtud de leyes físicas o morales; pero cuando la ley habla de <hechos que deban ejecutarse en la República>, no tiene en mente sino el hecho lícito, porque los ilícitos, no siendo legítimamente concebible su ejecución como actos jurídicos, es racional que estén excluidos del pensamiento de la ley, y porque, si puede conminarse judicialmente la ejecución de un hecho lícito, es moralmente absurdo pensar que ningún magistrado tenga jurisdicción para permitir la ejecución de uno ilícito’. En el primer

La existencia de este criterio, aceptado como tal a partir del siglo XIII, ha sido defendida por la presunta cercanía que puede surgir entre el lugar de verificación del hecho que es motivo de la obligación y los tribunales del lugar donde la acción será ventilada¹⁵⁶. El problema con este criterio son las dificultades que plantea el dilucidar dónde se entiende verificado el hecho¹⁵⁷. Ciertamente, no resulta tan sencillo determinar el referido lugar sobre todo en aquellas situaciones en las cuales el hecho se compone de diferentes acciones o actuaciones de tracto sucesivo, y las mismas han acaecido en diferentes jurisdicciones; o cuando la acción que lo genera se ejecutó en el territorio de un Estado, pero las consecuencias de verifican en otro diferente.

Justamente esa disyuntiva se hace presente para la determinación de la jurisdicción de los casos de abandono, puesto que el hecho se entiende que sería el abandono, es decir, el incumplimiento por parte del armador de la embarcación de sus obligaciones como empleador, y surge la duda de saber dónde se debe asumir que fueron dejados de cumplir los deberes de patrono por parte de la empresa armadora.

La lógica jurídica y el sentido de equidad e igualdad implica la aceptación que los tribunales venezolanos tendrían jurisdicción, tanto cuando Venezuela coincida con en el cual se hallan varados los marinos sin recursos para poder emprender su viaje de retorno a casa (efecto dañoso), como cuando dentro del territorio venezolano se haya dado la orden de impago de los pasivos laborales o se haya omitido girar las directrices para el cumplimiento de las obligaciones laborales con respecto a la tripulación (hecho generador del daño)¹⁵⁸.

No sería necesario que ambos lugares sean coincidentes con Venezuela, sea por la causa generadora del daño o por el efecto dañoso, los tribunales venezolanos podrán decidir sobre ese caso.

Sin embargo, se es consciente de las numerosas detracciones que puede generar esta posición, principalmente porque el país del efecto dañoso puede que no tenga ningún otro tipo de vinculación efectiva con el contrato de trabajo, la relación laboral o alguna de las partes, y seguramente sea simplemente casual la

supuesto, esto es, en materia contractual, puede ocurrir que algunos de los actos de los cuales se compone la actuación contractual se verifique en el territorio venezolano, caso en el cual no se presentan mayores problemas en la determinación de la jurisdicción". Pérez, *La Jurisdicción en el Derecho...*, ob. cit., pp. 138-139.

¹⁵⁶ *Ibidem*, p. 140.

¹⁵⁷ En efecto, al tratarse de un criterio de jurisdicción jurídico es necesario determinar qué entender por lugar de verificación del hecho.

¹⁵⁸ "La expresión 'hechos verificados' comprende tanto al lugar donde se produce la causa generadora del perjuicio como el lugar donde se verifican los efectos dañosos... Será suficiente que la causa generadora del hecho ilícito se haya producido en nuestro territorio o que allí sus efectos se hayan exteriorizado para atribuir jurisdicción a los tribunales venezolanos. Estos criterios actúan de manera concurrente permitiéndose a la víctima elegir el foro que considere más conveniente". Pérez, *La Jurisdicción en el Derecho...*, ob. cit., p. 140.

estadía del buque abandonado en ese puerto, siendo posible que se genere un foro exorbitante. Esa afirmación se ve respaldada por el hecho que muchas veces los marinos abandonados se trasladan de un puerto a otro, de un país a otro, en busca de trabajo para mantenerse, lo cual hace que su paradero fáctico nada tenga que ver con la relación jurídica que se gestó en un primer momento con su empleador; o puede que Venezuela sea meramente un puerto de arribada forzosa luego que la nave sufriera un desperfecto o algún siniestro, lo que haría de la presencia de los tripulantes en nuestras aguas territoriales, algo totalmente fortuito.

Una solución salomónica sería la implementación de un análisis *a posteriori* que le permita al juez poner en la balanza, por un lado, las reclamaciones del débil jurídico con una muy probable dudosa vinculación de su jurisdicción, cuya declinatoria podría decantar en una denegatoria de justicia dada la condición particular del demandante, y por el otro el riesgo de generar un foro exorbitante tras la aceptación de la jurisdicción del caso planteado por los marinos abandonados.

5. Lugar de la citación personal del demandado

El tercer numeral del artículo 40 de la LDIP, otorga jurisdicción a los jueces nacionales cuando en el territorio de Venezuela se haya citado personalmente al demandado. Nótese que las condiciones fundamentales para que proceda este criterio es que la citación sea personal no por correo o carteles, y que se verifique dentro de los confines del territorio del país, entendiendo por tal aquello que dispone nuestra Carta Magna.

Atendiendo al artículo 56 de la LDIP, la citación deberá hacerse cumpliendo los extremos que al respecto consagra la normativa adjetiva venezolana. Puntualmente, la citación deberá realizarse de conformidad a las disposiciones genéricas contenidas en el CPC (arts. 215 y siguientes).

Siendo los armadores personas jurídicas, vale la pena afirmar la procedencia de la citación personal también en estos supuestos, siempre que se haga por medio de sujetos que ostenten la representación legal del demandado y que se encuentren dentro de los límites territoriales del país, tal como lo sostenido la doctrina y la jurisprudencia patria¹⁵⁹.

Concatenando esta corriente doctrinal y jurisprudencial, con los artículos 15 y 18 de la LCM, en los cuales el legislador nacional, como la mayoría a nivel mundial, atribuye al capitán la representación del armador, tanto activa como pasiva en procesos judiciales y extrajudiciales, podría considerarse citado el

¹⁵⁹ “El dogma según el cual la disposición en examen es inaplicable a las personas jurídicas argumentando una pretendida imposibilidad de desplazamiento geográfico de las personas jurídicas debe rechazarse”. Hernández-Bretón, Acciones Patrimoniales... , ob. cit., p. 1003.

armador en un juicio por causa de abandono de gente de mar, habiéndose notificado del mismo a un capitán de una de sus embarcaciones al cual se le entregue la compulsa dentro del territorio nacional, y por tanto la jurisdicción venezolana podría estar facultada para conocer del fondo de ese asunto al encontrarse satisfechos los extremos del numeral 3 del artículo 40 de la LDIP.

No obstante, no podría pensarse que se puede dar por notificado al armador si a quien se le entrega la citación es al capitán de la nave abandonada, puesto que se entiende que él es parte de la dotación que se ha sido víctima de los referidos actos emprendidos por el armador, aun cuando se haga parte o no de la demanda incoada, pues tiene un interés legítimo en las resultas del mismo y su actuación en juicio podría configurar un fraude a la Ley.

Recuérdese que el capitán, aun cuando esté revestido por funciones de representación del armador, sigue siendo un empleado de este, estando vinculados por una relación de carácter laboral¹⁶⁰.

Así lo ha ratificado la jurisprudencia nacional, tómesese como referencial la sentencia 01321 de la SPA de fecha 3 de julio de 2001, caso Margarita Cargo Line Inc., en donde el sentenciador afirma que si bien la figura del capitán de una embarcación ejerce la administración y dirección de la misma, por lo cual ha de ser entendido como un representante del patrono, ello no puede de ninguna manera significar que este sea susceptible de ser demandado de manera personal por conceptos que adeude el propietario o verdadero patrono, siendo que el capitán es, en sí mismo, un simple empleado de la empresa armadora¹⁶¹.

Paralelamente, la LCM y la Ley de Procedimiento Marítimo¹⁶² (LPM) disponen que, en los casos de acciones derivadas de créditos marítimos o privilegiados, la citación del demandado se puede hacer entregando la orden de comparecencia a cualquier tripulante que se encuentre a bordo del buque, en presencia de dos testigos¹⁶³, y justamente el artículo 93 numeral 16 de la LCM, califica como crédito marítimo los sueldos y demás cantidades debidas a la tripulación en virtud de su enrolamiento e incluso por gastos de repatriación.

Sin embargo, el hecho que la LCM establezca esta modalidad especial de citación en casos con componentes marítimos, no debe entenderse necesariamente que configuran una citación válida a los efectos de la LDIP para atribuir

¹⁶⁰ "A la luz del Derecho venezolano, es indudable que el capitán es un empleado, con características especiales, en cuanto a los poderes y prerrogativas que tiene a bordo y que los inherentes a la posición que ocupa, pero empleado al fin". Omaña, *Estudio del Régimen...*, ob. cit., p. 94.

¹⁶¹ TSJ/SPA, sentencia No. 01321, 3 de julio de 2001, (*David Enríquez Angulo y otros vs. Margarita Cargo Line Inc.*), en: <https://bit.ly/3exKEgX>

¹⁶² Decreto No. 1.551 con Fuerza de Ley de Procedimiento Marítimo, Gaceta Oficial No. 5.554 Extraordinario, 12 de noviembre de 2001.

¹⁶³ Art. 16 de la LCM y art. 17 de la LPM.

jurisdicción los tribunales nacionales, siendo que la LDIP exige a tales efectos que la citación del demandado sea personal, y tal como fue indicado en líneas anteriores, para que la citación sea personal la misma debe además cubrir los extremos que establece la legislación nacional.

Habida cuenta de lo anterior, entendemos que la citación personal del demandado en territorio venezolano será procedente en los supuestos analizados, si se llegase a entregar la compulsa a cualquiera de las personas que, según los estatutos legales de la empresa armadora, se encuentran investidas de su representación, siendo esta la única forma de materializar la citación personal cuando el demandado es una persona jurídica¹⁶⁴.

No obstante, comprendiendo el carácter totalmente fortuito del abandono, sería cuando menos improbable que alguno de los representantes legales de la empresa armadora se encontrase justamente en el territorio nacional.

Teniendo en mente lo anteriormente explicado, resulta razonable pensar que el lugar de la citación personal del demandado en territorio nacional, como un criterio jurisdiccional, es prácticamente ocioso en casos de abandono de marinos, y que, por la naturaleza material del escenario planteado, estaría reservado a operar en supuestos verdaderamente excepcionales.

6. Sumisión

Es preciso proseguir el examen sobre el tema jurisdiccional apuntando que las partes, en ejercicio de la autonomía de su voluntad, pueden incluir en sus contratos compromisos sobre la jurisdicción o una cláusula de elección de foro, con el objetivo de establecer de manera expresa la sede ante la cual se ventilarán y

¹⁶⁴ Así lo ha aceptado la jurisprudencia. Tómese como referencia la siguiente cita extraída de un fallo de la máxima corte del país: “Respecto de la norma precedentemente transcrita [artículo 138 del Código de Procedimiento Civil], se desprende que cuando se trate de personas jurídicas, a los fines de considerárseles válidamente citada, bastará con que se cite a una cualquiera de las personas que se encuentren investidas de su representación, representación esta que se observará de lo señalado en la ley, sus estatutos legales o sus contratos... En refuerzo de lo anterior, bien vale la pena exponer el criterio sostenido por la Sala Político-Administrativa, con relación al artículo 138 del Código de Procedimiento Civil, mediante el cual señaló que... (Sentencia No. 695, de fecha 22 de abril de 1998, Exp. No. 12.711, caso: American Airlines, Ine. Vs. BCV). Asimismo, aunque aplicado a un procedimiento mercantil, pero que por el contenido de las consideraciones allí expresadas adquieren utilidad *mutatis mutandis* para el caso que nos ocupa, esta S. sostuvo que ‘...’. (Sentencia No. 145, de fecha 10 de agosto de 1989, caso: Di Battista S.R.L. Vs. Desarrollos de Carrizal S.A., reiterada: decisión No. 055, de fecha 5 de abril de 2001, Exp. No. 00-0093, caso: Condominio de la Primera Etapa del C.C.C.T. Vs. Inversiones Bayahibe, C.A.)”. TSJ/SCC, sentencia No. 276, 14 de mayo de 2015, (*Mara Coromoto Rondón Luigi vs. Asociación Civil Sindicato Único Pro-Vivienda de los Educadores de la Alcaldía del Municipio Autónomo Sucre [ASOCSUVEAS]*), en: <https://bit.ly/2FMS5BV>

dirimirán las posibles desavenencias que puedan suscitarse en torno a los términos del acuerdo o la relación jurídica regulada por este¹⁶⁵.

En el Derecho Laboral Internacional no solo es frecuente observar este tipo de estipulaciones, sino que es lo más recomendable dada la multiplicidad de jurisdicciones que podrían resultar competentes. En torno a este tema, Hernández-Bretón¹⁶⁶, explica que la admisión de la autonomía de las partes como criterio atributivo de jurisdicción viene a significar el reconocimiento del legislador que, para ciertos supuestos de hecho jurídicamente internacionalizados, las partes pueden por medio de un contrato regular directamente la cuestión de la jurisdicción.

Precisamente esto sugiere que, al ejercer la referida facultad, los contratantes no desplazan al legislador, sino que determinan el juez que conocerá de su asunto bajo las condiciones y dentro de los parámetros legales que resulten aplicables. En Venezuela, este principio general sobre la libertad de los contratantes de pactar la jurisdicción ante la cual pueden comparecer para dilucidar sus controversias, se encuentra consagrado en la LDIP¹⁶⁷ donde se asienta la posibilidad que tienen los sujetos de escoger de manera expresa o tácita la jurisdicción en la cual ventilar sus controversias jurídicas, disposición que podría ser entendida como una manifestación de la libertad contractual consagrada en el artículo 1.159 del Código Civil vigente, que indica que los contratos tienen fuerza de ley entre las partes.

Internacionalmente, se encuentra que también el Código Bustamante tiene disposiciones en las cuales se inserta la sumisión como criterio jurisdiccional. A la luz de los artículos del 318 al 322 del Código Bustamante y los artículos 40 numeral 4, 44 y 45 de la LDIP, se puede afirmar como respuesta a las interrogantes sobre el tribunal indicado para conocer de las causas de abandono, que en primer lugar será competente para ello la jurisdicción del país elegido por las partes a tales fines, siempre y cuando esa elección se haya hecho dentro de los estándares que la normativa requiere, puesto que cada uno de estos instrumentos establecen formas diferentes para la procedencia efectiva de la sumisión.

¹⁶⁵ “Las partes pueden contractualmente reafirmar o proveer la jurisdicción de un foro específico o, alternatively, elegir la jurisdicción de un foro principal con una opción de demanda en otro foro designado. . . El objetivo de los contratantes en la determinación del foro responde a la necesidad de eliminar la incertidumbre a que se expondrían al entrar en juego —en un caso concreto— las diferentes reglas de atribución de jurisdicción. . . La importancia de la escogencia de foro llevó al eminente jurista Joaquín Sánchez-Covisa a calificar la voluntaria sumisión de las partes como el ‘primer criterio’, estimando que, ante la existencia de una pluralidad de países potencialmente competentes, ninguno podía resultar más idóneo que el considerado por los interesados para conocer de sus pretensiones contrapuestas”. Dos Santos, Olga, *Contratos Internacionales en el Ordenamiento Jurídico Venezolano*, Caracas, Vadell Hermanos Editores, 2000, pp. 155-157.

¹⁶⁶ Romay, Lissette, Los Contratos Internacionales y el Derecho Aplicable en la Legislación Venezolana, en: *Comercium et Tributum, Revista Electrónica Arbitrada*, 2008, Vol. 1. Disponible en: <https://bit.ly/37u4JqF>

¹⁶⁷ Arts. 318 al 322 del Código Bustamante.

En el caso del Código Bustamante se instituye una sumisión con vinculación, lo que significa que para que la elección de los contratantes sea válida es necesario que se haga a favor de los jueces de uno de los Estados parte, pero siempre que en el territorio de dicho Estado se encuentre el domicilio de alguno de los litigantes o que uno de los contendientes sea nacional de dicho país¹⁶⁸.

De igual forma, hay que tener presente que el artículo 4 del Convenio relativo al contrato de enrolamiento de la gente de mar, exige a los Estados parte tomar las medidas adecuadas, de acuerdo con la legislación nacional, para evitar que en los contratos de enganche se incluyan cláusula a través de las cuales se convenga de antemano separarse de las reglas normales de jurisdicción¹⁶⁹.

Paralelamente, para la procedencia de la sumisión dispuesta en la LDIP no se requiere que exista la referida vinculación que sí exige el Código Bustamante, ya que a tenor de su contenido solo basta la escogencia de la jurisdicción venezolana por parte de los interesados¹⁷⁰.

Ahora bien, en lo referente a cómo ha de hacerse ostensiva la sumisión expresa, estas dos normativas también plantean distinciones.

Mientras el Código Bustamante indica que la sumisión expresa será aquella que hagan los interesados renunciando de manera clara y terminante a su fuero propio y designando con toda precisión al juez a quien desean someter la causa¹⁷¹, el artículo 44 de la LDIP se limita a fijar que la sumisión expresa deberá constar por escrito, sin detenerse a especificar cuál debe ser el contenido de la referida sumisión.

En lo que sí coinciden ambos instrumentos es en que la manifestación de voluntad también puede darse de forma tácita¹⁷², es decir cuando ese querer se colija de actos puntuales de las partes, siendo dichas acciones: para el demandado la interposición de la demanda y la realización de cualquier actuación por parte del demandado en juicio, siempre que no sea proponer la declinatoria de jurisdicción u oponerse a la ejecución de una medida precautelativa¹⁷³.

Pese a que teóricamente la autonomía de la voluntad puede ser dibujada como una contestación inicial a la problemática que plantea la determinación de

¹⁶⁸ Art. 318 del Código Bustamante.

¹⁶⁹ Convenio relativo al contrato de enrolamiento de la gente de mar (Entrada en vigor: 04 abril 1928) Adopción: Ginebra, 9ª reunión CIT (24 junio 1926).

¹⁷⁰ “La disposición del artículo 40 (4) de la Ley de Derecho Internacional privado ratifica lo previsto en el derogado artículo 53 numeral 3º del Código de Procedimiento Civil de 1986, al admitir la sumisión expresa o tácita a favor de nuestros tribunales en materia de acciones de contenido patrimonial sin exigir conexión o vinculación alguna con el territorio venezolano”. Pérez, *La Jurisdicción en el Derecho...*, ob. cit., p. 144.

¹⁷¹ Art. 321 del Código Bustamante.

¹⁷² Art. 322 del Código Bustamante.

¹⁷³ Art. 45 LDIP.

la jurisdicción en escenarios de abandono de gente de mar, lastimosamente no significa que siempre sea procedente en la práctica.

Concretamente, en cuanto a la sumisión expresa, es posible que las partes no hayan acordado la jurisdicción ante la cual ventilar sus causas o, habiéndola acordado, le sea imposible al marino abandonado acceder a esa jurisdicción siendo que el abandono se registró en un territorio lejano a la circunscripción escogida como foro en el pacto primigenio, y carece de los medios económicos para emprender un viaje a ese territorio designado.

Como es de suponerse, de esos escenarios derivarían graves repercusiones en cuanto al acceso a la justicia.

Primeramente, si no se ha escogido una jurisdicción para dilucidar las potenciales controversias jurídicas originadas en el marco de la prestación de servicios laborales a bordo, la incertidumbre de la tripulación con relación a los órganos jurisdiccionales ante los cuales plantear de una manera efectiva su pretensión, representaría un obstáculo severo que diluirían las posibilidades de los afectados de lograr una respuesta jurídica a su situación, que esté apegada a la justicia y al Derecho.

Recordemos que, tal como lo precisamos en el capítulo precedente, uno de los principales impedimentos al acceso a la justicia son los sociológicos en donde se inserta, entre otros factores, la falta de cultura jurídica de los ciudadanos con respecto a sus derechos, al aparato de justicia, y a cómo hacer valer los primeros frente a este último.

De ahí, que la inexistencia de una cláusula o acuerdo que les indique de manera cierta qué tribunales son competentes para recibir sus reclamaciones, puede dificultar e incluso inhibir cualquier intento de acción judicial que deseen emprender los tripulantes, sobre todo si se tiene presente que la relación jurídica reviste una complejidad mayor por las múltiples vinculaciones que ostenta con diferentes ordenamientos jurídicos.

Por otro lado, si se cuenta con un acuerdo de elección de foro válido, ello le daría cierto grado de seguridad jurídica y certeza a los contratantes, pero a la par podría convertirse en una camisa de fuerza para los trabajadores al atarlos indefectiblemente a plantear sus reclamaciones y la reivindicación de sus derechos ante los jueces de la nación escogida, so pena de una posible declaratoria de falta de jurisdicción por parte de un tribunal diferente al seleccionado, ante el cual se accione y que percate la existencia del referido acto de sumisión; más si el abandono de la embarcación se realiza en un puerto de un país ajeno al escogido, y las condiciones de la tripulación y del buque no les permiten arribar a esa jurisdicción para presentar sus peticiones.

Sobre la validez de los acuerdos de sumisión en contratos laborales, se debe hacer hincapié en los diferentes criterios que al respecto ha asumido la SPA del TSJ de Venezuela.

En efecto, ha sido variante la posición del alto Tribunal al respecto de la admisión de los acuerdos de sumisión y a la posible derogatoria de la jurisdicción venezolana cuando la misma se refiere a relaciones laborales.

Años atrás, la postura de la Sala era rechazar cualquier derogatoria de la jurisdicción que correspondiera a los tribunales nacionales, cuando la misma derivaba de un acuerdo relativo a contratos de trabajo internacional. Esto, en base a una revisión apriorística de los casos¹⁷⁴, de la cual se concluía la segura subsumición del mismo dentro de una de las excepciones a la derogatoria de jurisdicción contenidas en el artículo 47 de la LDIP¹⁷⁵, es decir, por ser una materia que afecta al orden público nacional¹⁷⁶. Como muestra de este criterio se puede tomar la sentencia de fecha 23 de enero de 2017 de la SPA, que decide el caso *García Guirola, vs. las sociedades mercantiles Suramericana de Transporte Petrolero C.A. y Sargeant Marine Venezuela, S.A.*, donde pese a la sumisión expresa de las partes a los tribunales arbitrales de la Florida, Estados Unidos de América, el juez revocó la decisión del a quo y declaró que el Poder Judicial venezolano sí tenía jurisdicción para conocer y decidir la demanda por cobro de prestaciones sociales y otros conceptos laborales, interpuesta por el demandante en contra de las precitadas empresas, aduciendo que el acuerdo de sumisión arbitral transgredía el orden público nacional¹⁷⁷.

¹⁷⁴ Incluso la doctrina estimaba que la determinación a priori del orden público a portaba grandes beneficios al sistema jurídico. Al respecto, tenemos las afirmaciones de Parra Aranguren para quien las ventajas del sistema de revisión apriorística “son indiscutibles porque producen seguridad jurídica y permite reconocer de antemano si será descartado el derecho extranjero declarado competente”. Parra, Gonzalo, *Curso General de Derecho Internacional Privado*, Caracas, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, UCV, 1998, p. 131.

¹⁷⁵ Art. 47 LDIP: “La jurisdicción que corresponde a los tribunales venezolanos, según las disposiciones anteriores, no podrá ser derogada convencionalmente en favor de tribunales extranjeros, o árbitros que resuelvan en el extranjero, en aquellos casos en que el asunto se refiera a controversias relativas a derechos reales sobre bienes inmuebles situados en el territorio de la República, o se trate de materias respecto de las cuales no cabe transacción o que afecten los principios esenciales del orden público venezolano”.

¹⁷⁶ “El criterio anterior de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia para cualquier caso de contratos de trabajo internacionales, consistía en que era ineficaz toda cláusula o acuerdo de las partes que pretenda derogar la jurisdicción que le corresponda a los tribunales venezolanos a favor de tribunales o árbitros que resuelvan en el extranjero. La Sala Político-Administrativa de manera apriorística incluía cualquier caso de contratos de trabajo internacionales en el tercer supuesto de inderogabilidad de la jurisdicción del artículo 47 de la Ley de Derecho Internacional Privado (i.e. materias que afecten los principios esenciales del orden público venezolano)”. Carrasquero, Andrés, *Derogatoria de la jurisdicción de los tribunales venezolanos en contratos de trabajo internacionales*, en: *Anuario de la Maestría en Derecho Internacional Privado y Comparado*, 2019, No. 1, p. 393.

¹⁷⁷ Ver sentencia del TSJ/SPA, No. 05980, 18 de octubre de 2005, (*Lewis Wilson vs. Cliffs Drilling Company*), en: <https://bit.ly/2KPsLOS>. El mismo criterio fue asumido en: TSJ/SPA, sentencia No. 83, 24 de enero de 2007 (*Oswaldo García vs. Suramericana de Transporte Petrolero C.A. y Sargeant Marine Venezuela, S.A.*), en: <https://bit.ly/2wUgYXC>

Esta postura, errada según la opinión de la doctrina nacional más autorizada en la materia¹⁷⁸, ha sido superada por la Sala, quien en recientes decisiones ha sostenido que sí es procedente la sumisión a jurisdicciones extranjeras y la derogatoria de la jurisdicción nacional en casos de relaciones laborales.

Dicho criterio ha sido asentado en fallos emanados de la SPA del máximo Tribunal del país, muestra de ello es la sentencia No. 01114, caso *Salas Pérez vs. Control Components Inc. y Corporación IMI*¹⁷⁹, y la sentencia No. 01395 caso *González Almeida, vs. Hanseatic Consultoría Naval, C.A., y Bernhard Schulte Shipmanagement (Cyprus) Limited*¹⁸⁰.

Si bien estimamos acertado el nuevo criterio de la Sala, se hace necesario aclarar que esta posición no puede en ningún caso ser apriorística, es decir, se requiere hacer una revisión del asunto en concreto para determinar si los acuerdos de sumisión son válidos y si procede la derogatoria de la jurisdicción venezolana al no contravenir los principios de orden público¹⁸¹.

En efecto, tal como se indicó en párrafos precedentes, los acuerdos laborales no siempre son producto de una igualitaria discusión entre los contratantes, sino que muchas veces nacen de la imposición del patrono como la parte fuerte de la relación, de ahí que se requiera un análisis casuístico para darle validez a las referidas cláusulas o acuerdos.

En el campo marítimo, las contrataciones de tripulantes de menor nivel en el escalafón de marinos mercantes, generalmente, suelen hacerse de forma colectiva, estando los acuerdos integrados por cláusulas aplicables a todos los integrantes de la tripulación, sin abrir siquiera la posibilidad que estos negocien en la dialéctica de la construcción de dichas estipulaciones contractuales, lo cual

¹⁷⁸ El autor Andrés Carrasquero estima que “el error de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en el caso Suramericana de Transporte Petrolero consistió en que no se analizaron los hechos particulares del caso, para determinar si efectivamente o no el acuerdo derogatorio de jurisdicción violaba los principios esenciales del ordenamiento jurídico venezolano. La Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia no tomó en cuenta los hechos particulares sino que de manera apriorística consideró que todos los casos de contratos de trabajo internacionales son supuestos de inderogabilidad de la jurisdicción”. Carrasquero, *Derogatoria de la jurisdicción...*, ob. cit., p. 395.

¹⁷⁹ TSJ/SPA, sentencia No. 01114, 23 de julio de 2014, (*Salas Pérez vs. Control Components Inc. y Corporación IMI*), en: <https://bit.ly/31xQo4B>

¹⁸⁰ TSJ/SPA, sentencia No. 01395, 7 de diciembre de 2017, (*González Almeida vs. Hanseatic Consultoría Naval, C.A., y Bernhard Schulte Shipmanagement (Cyprus) Limited*), en: <https://bit.ly/2RiM44v>

¹⁸¹ Al respecto, comenta Andrés Carrasquero que: “En todo caso, me parece acertado que la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia reconozca la posibilidad de derogar convencionalmente la jurisdicción de los tribunales venezolanos en casos de contratos de trabajo internacionales. Tanto en el criterio anterior como en el actual, el error es que no se analizan los hechos particulares de cada caso para determinar si se afectan o no los principios esenciales del Derecho venezolano con el acuerdo de jurisdicción específico”. Carrasquero, *Derogatoria de la jurisdicción...*, ob. cit., p. 398.

configura prácticamente una imposición por parte del empleador de las cláusulas a los débiles jurídicos del negocio, en este caso los marinos¹⁸².

De ahí, que esa elección del foro ante el cual dilucidar las posibles controversias que se deriven del contrato de trabajo, puede que lejos de ser una manifestación de la autonomía de la voluntad, sea una expresión del poder de la parte más fuerte dentro de la relación laboral: el armador¹⁸³, lo cual mermaría las posibilidades reales del trabajador de acceder a los órganos de justicia que potencialmente podría avocarse a decidir del caso, ya que, frente a esa cláusula de sumisión, debería abstenerse de admitir las reclamaciones presentadas si descubren no ser el foro escogido por las partes en el contrato para dilucidar la causa.

Tómese como ejemplo la mencionada sentencia No. 01395 caso *González Almeida, vs. Hanseatic Consultoría Naval, C.A., y Bernhard Schulte Shipmanagement (Cyprus) Limited*¹⁸⁴, donde la Sala, de manera apriorística, negó al trabajador la posibilidad de demandar ante los tribunales venezolanos violentando así el principio de protección del trabajador al no tomar en consideración las peculiaridades del caso, y dejar de lado que el trabajador era un marino con un

¹⁸² Estimamos conveniente hacer referencia a la posición del TSJ sobre la sumisión y la derogatoria de jurisdicción en casos de contratos de adhesión donde las partes no tienen el mismo poder decisorio sobre el contenido del acuerdo. Al respecto ha indicado que “si bien es permisible la derogatoria de la jurisdicción venezolana por vía contractual, no puede aceptarse que los contratos de adhesión en donde no participan ambas partes en la redacción de las cláusulas, se dispongan acerca de la jurisdicción. Ello se ve reforzado con los ideales de acceso a la justicia plasmados en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, a los que se refiere, entre otros, el artículo 26 de ese Texto Fundamental. . . Para esta Sala, aun cuando el legislador internacional privatista no hace mención especial a la derogación convencional de la jurisdicción en los contratos de adhesión, esta solo es permisible mediante un acuerdo de voluntades que podrá expresarse en forma independiente al conjunto de las normas pre-redactadas, pero que evidencie ser el producto de la voluntad de todos los contratantes y no tan solo de uno de ellos”. TSJ/SPA, sentencia No. 01252, 30 de mayo de 2000, (*Corporación El Gran Blanco C.A. vs. Nedlloyd Lijnen B.V. Rotterdam y Nedlloyd Maritime de Venezuela C.A.*), en: <https://bit.ly/2QmymjU>. El mismo criterio fue ratificado en: TSJ/SPA, sentencia No. 00672, 9 de junio de 2015, (*Buque M/V Ocean Perfect y Capitán Syed Muhamad Taqi Zaidi vs. Bariven, S.A. y PDVSA Servicios Petroleros, S.A.*), en: <https://bit.ly/2SyMS4A>. Si bien ambas decisiones refieren a casos donde se derogaba la jurisdicción venezolana a través de conocimientos de embarque, y no en contratos laborales, estimamos válida la comparación siendo que generalmente en los contratos laborales firmados por los tripulantes de embarcaciones destinadas al transporte de carga comercial, tampoco se produce una verdadera discusión de los términos que regirán la relación, por tanto la parte más débil, los trabajadores, se limitan a aceptar aquello que tenga a bien el patrono incluir en su contrato de enganche.

¹⁸³ Dentro del campo laboral se distingue la existencia de intereses particularísimos en atención a los cuales la mayoría de los ordenamientos les acuerda una protección especial. “En el sector de la competencia judicial, dicha protección se concreta en la consagración de foros de competencia especialmente accesibles y previsibles para la parte débil de la relación, así como en las restricciones impuestas a las cláusulas de sumisión. No hay contradicción entre estas restricciones y la libertad inherente a las relaciones privadas: si la relación no es equilibrada el único medio de garantizar un normal ejercicio de la libertad de las partes es el establecimiento de exigencias más rigurosas”. Fernández, Diego, Aspectos Esenciales de la Competencia Judicial Internacional en Vistas de su Reglamentación Interamericana, en: *XXXIII Curso de Derecho Internacional, OEA*, 2006, p. 301.

¹⁸⁴ TSJ/SPA, sentencia No. 01395, 7 de diciembre de 2017, (*González Almeida vs. Hanseatic Consultoría Naval, C.A., y Bernhard Schulte Shipmanagement [Cyprus] Ltd*), en: <https://bit.ly/2RiM44v>

prácticamente nulo poder de negociación frente al patrono, es decir, un verdadero débil jurídico, cuya voluntad se limitó a plegarse a las exigencias de su empleador¹⁸⁵.

Este proceder del máximo Tribunal del país, transgredió el derecho de acceso a la justicia del trabajador al negarle la facultad de demandar ante los tribunales patrios, el cobro de prestaciones sociales y otros conceptos laborales así como una indemnización por daño moral, no solamente por hacer una revisión apriorística del caso al momento de decidir sobre el tema de la jurisdicción sin tener en consideración la condición de debilidad del trabajador durante la contratación, sino por el hecho que la supuesta cláusula de sumisión inserta en el acuerdo laboral no era tal, sino una cláusula de elección de derecho aplicable¹⁸⁶; es decir, el juez decidió que los tribunales patrios no tenían jurisdicción para conocer del caso atendiendo a que las partes escogieron un derecho foráneo como el aplicable para regir el acuerdo de trabajo¹⁸⁷.

En este orden de ideas, es preciso indicar que si bien aceptamos que los acuerdos y cláusulas de sumisión son una expresión de la autonomía de la voluntad de las partes, que pueden proveer previsibilidad y seguridad jurídica y por tanto favorecer el derecho de acceder a la justicia, ante los planteamientos acabados de exponer se hace imperioso matizar esta afirmación resaltando la labor de los jueces al momento de otorgar validez a dichos convenios, ya que son ellos quienes deben analizar a cabalidad las circunstancias materiales que envuelven el caso y, en base a ese examen, decidir aceptar o no la procedencia de la sumisión

¹⁸⁵ “En efecto, el demandante celebró varios contratos de trabajo sucesivos con su empleador por un promedio de 5 a 7 meses cada uno, siendo su cargo de marinero y su primer salario mensual de USD. 752,00; no se trataba de un trabajador con un elevado poder de negociación sino de un débil jurídico. Adicionalmente, la cláusula pactada en el contrato no se refería a la derogatoria de la jurisdicción de los tribunales venezolanos; las partes solo eligieron el Derecho aplicable al contrato en los siguientes términos: ‘El presente Contrato de Trabajo para Marineros se regirá por las leyes de Panamá (Jurisdicción del estado de abanderamiento)’. La elección del Derecho aplicable al contrato y la exclusión de la jurisdicción son dos asuntos diferentes. La sola elección del Derecho panameño no implica la sumisión a los tribunales de Panamá y menos aún la derogatoria de la jurisdicción de los tribunales de otros países”. Carrasquero, *Derogatoria de la jurisdicción...*, ob. cit., pp. 397-398.

¹⁸⁶ “De acuerdo a la cláusula 18 del Contrato de Trabajo debidamente suscrito por el trabajador (...), establece ‘El presente contrato de Trabajo para Marineros se regirá por las leyes de Panamá (Jurisdicción del estado de abanderamiento)’. TSI/SPA, sentencia No. 01395, 7 de diciembre de 2017, (*González Almeida vs. Hanseatic Consultoría Naval, C.A., y Bernhard Schulte Shipmanagement [Cyprus] Ltd*), en: <https://bit.ly/2RiM44v>

¹⁸⁷ Se hace patente cómo la falta de cultura jurídica, conocimiento y preparación de los jueces impacta de manera directa y negativa en el Derecho al acceso a la justicia. En este caso en concreto se evidencia que el desconocimiento del sentenciador de aspectos técnicos básicos de DIP como lo es la diferenciación entre el derecho aplicable y la jurisdicción, decantó en la inadmisibilidad de una demanda que debió ser conocida por los tribunales nacionales, cuyo actor ante esa negativa puede verse totalmente imposibilitado de ver materializada su reclamación siendo que lo que escogieron las partes fue el derecho aplicable mas no el foro; por tanto, puede que el único juez llamado a decidir la causa fuese el venezolano, el mismo que le cerró al demandante toda posibilidad de presentar su reclamación.

a una jurisdicción en particular y la derogatoria del resto de jurisdicciones que podrían verse llamadas a conocer y decidir sobre el asunto¹⁸⁸.

Sin este filtro que constituiría el razonamiento concienzudo de los jueces, la sumisión como criterio jurisdiccional podría llegar a ser gravemente atentatoria del derecho de acceso a la justicia, tal como lo advertimos en el supuesto sentenciado por la SPA¹⁸⁹ recientemente comentado donde se denegó justicia al demandante aun cuando los tribunales venezolanos tenían jurisdicción para conocer del caso, sin existir verdaderamente un acuerdo de sumisión y sin percatar que esa negativa podría llevar a una denegación internacional de justicia, pues no se tiene certeza si los tribunales de otros países están llamados a juzgar la causa.

Por otro lado, pesamos que de llegar a considerarse admisible la sumisión a un foro en particular, debería entenderse que la escogencia hecha por las partes es válida solo para casos regulares y no para situaciones de emergencia en las cuales el bienestar y la supervivencia de uno de los contratantes se encuentra en riesgo.

Bajo ninguna circunstancia debería ser procedente un acuerdo de elección de foro, en supuestos de abandono de marinos sin que antes se verificase la validez de dicha cláusula o convenio, examinando las particularidades materiales que envuelven los hechos, para determinar si la sumisión es producto de la dialéctica bilateral de las partes, donde ambos tuvieron un mismo poder de negociación, o si por el contrario es producto de una imposición que únicamente tiende a favorecer al contratante más fuerte y a mermar los derechos del débil jurídico de la relación, y por lo tanto violenta los principios de orden público nacional, lo que haría inadmisibles las sumisiones ante las cortes venezolanas¹⁹⁰.

De igual forma, antes de pronunciarse sobre la procedencia de la cláusula o acuerdo de sumisión, en especial para declararse sin jurisdicción en virtud de dicha sumisión, es indispensable que el juez discierna si, una vez declarada la falta de jurisdicción, los marinos abandonados tendrán otro foro cierto donde ir a plantear su reclamación y si la jurisdicción escogida por las partes es, de manera fáctica, accesible para los marinos en situación de abandono.

De lo contrario, esa declaratoria de falta de jurisdicción lejos de honrar la libertad contractual de las partes, estaría poniendo en riesgo bienes jurídicos de gran valor para el sistema nacional e internacional, incluyendo el derecho de acceso a la justicia.

¹⁸⁸ En este orden de ideas, se advierte que “[a] pesar de admitir la determinación a posteriori, los escritores suelen aconsejar prudencia a los tribunales en la utilización de la excepción del orden público”. Parra, *Curso General de Derecho*..., ob. cit., p. 136.

¹⁸⁹ TSJ/SPA, sentencia No. 01395, 7 de julio de 2017, (*González Almeida vs. Hanseatic Consultoría Naval, C.A., y Bernhard Schulte Shipmanagement [Cyprus] Ltd*), en: <https://bit.ly/2RiM44v>

¹⁹⁰ A tenor de lo dispuesto en el art. 47 de la LDIP *in fine*.

Es oportuno en este punto traer a colación lo que disponen los Principios de la ASADIP, al recalcar que la voluntad de las partes solo cuando ha sido libremente expresada constituye una vinculación lo suficientemente substancial para atribuir jurisdicción y para derogarla; completa este enunciado aclarando que en aquellas relaciones jurídicas en las cuales una de las partes puede ser entendida por la legislación como débil, solo esta podría invocar la cláusula o acuerdo de jurisdicción¹⁹¹.

De ahí que la lógica jurídica y el sentido de justicia e igualdad llevan a entender que la asimetría contractual existente entre el marino y su empleador debería suscitar la invalidación del efecto derogatorio que se deriva de la escogencia de una jurisdicción, cuando esta es perjudicial para el débil jurídico, en este caso los trabajadores de a bordo.

Sobre este punto los jueces y demás operadores jurídicos son los que tienen una labor de contraloría, pues ellos están en la posición de verificar si aquellas partes consideradas débiles han contado con el suficiente acceso a la información y libertad para realizar la escogencia del foro¹⁹².

Igualmente complejo resulta el tema de la sumisión tácita, puesto que aun cuando la legislación la incorpora como una potencial solución para determinar la jurisdicción que decidirá el fondo de la causa, y teóricamente se presenta como una opción plausible, en la realidad parece muy poco probable que un armador que ha abandonado un buque y a sus tripulantes, desentendiéndose de sus cargas legales y convencionales como patrono, poniendo en riesgo el bienestar, la salud e incluso la vida de sus trabajadores, decida voluntariamente someterse a la jurisdicción ante la cual esté siendo demandado por el incumplimiento de sus obligaciones; jurisdicción que posiblemente no tenga ningún tipo de vinculación con la contratación o con las partes en conflicto, dado el carácter azaroso del lugar de abandono y la ubicación efectiva de los trabajadores.

Se desprende de las consideraciones precedentes, que si bien la sumisión como expresión de la autonomía de la voluntad de las partes simula ser una buena solución para la regularización de la elección de la jurisdicción en contratos de prestación de servicios a bordo de un buque, un análisis un poco más profundo torna este criterio jurisdiccional en una opción fácilmente descartable, al no proporcionar garantías fácticas a los marinos de su derecho de acceso a la justicia; muy por el contrario, puede llegar a significar, tal como se acaba de explicar, una

¹⁹¹ Art. 3.3 de los Principios ASADIP sobre el Acceso Transnacional a la Justicia (TRANSJUS).

¹⁹² *Ídem*.

verdadera barrera para poder plantear su petición ante un órgano jurisdiccional que pueda, efectivamente, conocer de la misma¹⁹³.

En este estadio vale acotar los planteamientos de Ochoa¹⁹⁴, para quien todas las soluciones que se aporten para resolver los problemas que decantan de las múltiples instituciones del proceso civil internacional, deben adoptarse siempre en observancia de los requerimientos de la justicia. Particularmente señala el autor que el ámbito jurisdiccional es uno de los aspectos procedimentales que funcionan como centro gravitacional del DIP. Continúa afirmando que, dentro del campo de la jurisdicción, tanto los foros exorbitantes como la falta de criterios atributivos de jurisdicción que garanticen su ejercicio oportuno, son factores perjudiciales que lesionan sensiblemente el derecho de acceso a la justicia¹⁹⁵.

En cuanto a este punto Fernández Arroyo¹⁹⁶ resalta la contradicción entre el derecho de acceso a la justicia y las restricciones sobre las cuales son ensamblados los criterios jurisdiccionales: casos con vinculaciones razonables con el territorio del tribunal donde se ventila la causa.

No obstante, como se indicó antes, son razones de humanidad, de lógica jurídica y de justicia las que coaccionarían a los tribunales judiciales a entrar a conocer y dar una respuesta a esas situaciones.

C. Casos de abandono de gente de mar en puertos venezolanos

Habiendo visualizado en teoría las situaciones que darían paso a la afirmación de la jurisdicción venezolana en casos de abandono, resulta lógico entrar a observar el funcionamiento de esos criterios jurisdiccionales en la práctica.

Para ello se acudirá al análisis de una de las sentencias más emblemáticas en casos de abandono de gente de mar en puertos venezolanos.

Se trata de un fallo de la SPA del TSJ, de fecha 28 de junio de 2001, con ponencia de la Magistrada Yolanda Jaimés Guerrero, que decide sobre la falta de jurisdicción de los jueces venezolanos frente a la demanda que, por cobro de

¹⁹³ Conviene llamar la atención sobre los razonamientos que hace la doctrina respecto a la problemática que envuelve a la autonomía de la voluntad en el campo del Derecho Marítimo, donde se ha apreciado que en esta área específica es donde se genera una gran parte de las dificultades relativas a la autonomía de la voluntad y, en especial, aquellos vinculados a la validez de las cláusulas de elección de foro y Derecho aplicable. Fresnedo, Cecilia, La Autonomía de la Voluntad en la Contratación Internacional, en: *XXXI Curso de Derecho Internacional OEA*, 2004, en: <https://bit.ly/2Kg9Dcn>

¹⁹⁴ Ochoa, Algunas consideraciones sobre el acceso..., ob. cit., p. 11.

¹⁹⁵ *Idem*.

¹⁹⁶ Fernández, Diego, La tendance à la limitation de la compétence judiciaire à l'épreuve du droit d'accès à la justice, en: *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Audit: les relations privées internationales*, Paris, LGDJ, 2014, p. 298.

bolívares, incoaron nacionales cubanos en contra de la empresa armadora Margarita Cargo Line Inc. de nacionalidad panameña.

Intentando resumir los hechos del caso, se tiene que la sociedad Margarita Cargo Line Inc., con domicilio social en la República de Panamá, actuando como armador de la M/N Margarita I de bandera panameña, contrató los servicios personales de cinco nacionales cubanos, a fin de que prestaran servicio a bordo de la referida embarcación. El objeto del contrato era la realización de labores como marinos mercantes en las rutas asignadas al buque indicado por un período de ocho meses, con posibilidad de ser renovado automáticamente por espacio de un mes adicional, a cambio de un salario mensual calculado en dólares norteamericanos¹⁹⁷.

Los fundamentos de hecho del libelo de la demanda indican que la referida M/N zarpó de Honduras, en lastre, con destino al Puerto de El Guamache, Isla de Margarita, Estado Nueva Esparta, Venezuela, puerto al cual arribó el 26 de septiembre de 1999 con el fin de cargar mercaderías. Debido a dificultades técnicas, se decidió fondear la nave para poder realizar las reparaciones debidas, lo cual alargó la estadía de la embarcación en el indicado puerto venezolano. En el ínterin, el Tribunal Cuarto de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, decretó medida preventiva de prohibición de zarpe y de embargo en contra del buque¹⁹⁸.

Estas medidas fueron acordadas con motivo de un juicio por cobro de bolívares en vía ejecutiva (ejecución de hipoteca naval) que seguía la empresa International Financial and Investment Holdings Company Limited contra la compañía Margarita Cargo Line Inc. Todo ello decantó en la terminación de los contratos laborales suscritos con la tripulación durante la estadía en el puerto de El Guamache, sin que el armador del buque en su carácter de patrono, diera cumplimiento a los términos de los contratos de embarque, en lo referente al pago de los salarios, repatriación o traslado al lugar de contratación, es decir, La Habana, Cuba¹⁹⁹.

En este caso, la SPA al pasar a decidir sobre el fondo del litigio entiende que la relación laboral controvertida ostenta elementos objetivos y subjetivos de extranjería que ameritan una consideración bajo la luz del Derecho Procesal Internacional. Especialmente, indica que hay que decantar el problema jurisdiccional para determinar si corresponde a los tribunales nacionales el conocimiento del fondo del litigio planteado, para lo cual emplea las fuentes de DIP enunciadas en el artículo 1 de la LDIP, señalándose los tratados como la primera de dichas

¹⁹⁷ TSJ/SPA, sentencia No. 01321, 3 de julio de 2001, (*David Enriquez Angulo y otros vs. Margarita Cargo Line Inc*), en: <https://bit.ly/31Atz09>

¹⁹⁸ *Ídem*.

¹⁹⁹ *Ídem*.

fuentes. En ese sentido, acude al Código Bustamante por ser un convenio suscrito por Venezuela y Panamá, entendidas por el tribunal como las dos jurisdicciones más involucradas en el litigio planteado²⁰⁰.

La prosecución en la lectura del fallo pone en evidencia el acertado manejo por parte del juez de los conceptos de jurisdicción y derecho aplicable, ya que en el argumento final el sentenciador indica que la ley adjetiva laboral venezolana no contiene normas destinadas a fijar de forma imperativa criterios de jurisdicción, y que en la ley sustantiva aun cuando contiene un cúmulo de disposiciones procedimentales, tampoco contempla criterios jurisdiccionales. Al mismo tiempo explica que el contenido del artículo 10 de la derogada Ley Orgánica del Trabajo (LOT)²⁰¹, constituía una norma de extensión al diseñar únicamente los casos en los cuales se aplicará la ley nacional, no siendo útil para dotar de jurisdicción o competencia a los jueces patrios.

Finalmente, la Sala decide que, conforme a la aplicación del artículo 323 del Código Bustamante²⁰², al no ser Venezuela el territorio donde debieron ser cumplidas las obligaciones que conformaban el cuerpo del contrato de trabajo, sino que las mismas se prestaron parcialmente en Venezuela por motivos circunstanciales, los Tribunales nacionales no poseen jurisdicción para conocer del fondo de la controversia.

Consideramos que en este caso el sentenciador, pese a hacer como ya se indicó un buen manejo de las fuentes de DIP, erró al momento de aplicar el artículo 323 del Código Bustamante puesto que asumió que las obligaciones a las cuales se refiere el legislador supranacional son las de los trabajadores, ignorando que el contrato laboral consagra obligaciones para ambas partes, y que, tal como se explicó en el análisis *ut supra* realizado sobre este criterio, la mayor parte de las obligaciones del patrón deben ser cumplidas donde se encuentre el marino, y que en este supuesto controvertido eran justamente las obligaciones del patrono las que estaban siendo reclamadas. Por tanto, al ser Venezuela el lugar donde debieron ser cumplidas las obligaciones del patrono, al ser este el lugar en donde se encontraban varados los trabajadores, y siendo las obligaciones del patrono las exigidas, los tribunales venezolanos tenían jurisdicción para entrar a conocer el fondo de la controversia presentada por los marinos abandonados.

Aun cuando se considerase acertada la interpretación dada por el sentenciador a la normativa de DIP referida, no debe dejarse de lado el hecho que no siempre el cumplimiento cabal de la letra de la ley fecunda resultados plenamente

²⁰⁰ *Ídem*.

²⁰¹ En donde se indicaba que las disposiciones de la LOT regían tanto a venezolanos como a extranjeros con ocasión del trabajo prestado o convenido en el territorio nacional.

²⁰² Que establece que fuera de los casos de sumisión, el juez con jurisdicción para el ejercicio de acciones personal es el del lugar del cumplimiento de la obligación o el del domicilio del demandado.

apegados a Derecho o jurídicamente válidos. Ciertamente, existen valores y derechos supremos que merecen prevalecer en todo caso, y que deben ser protegidos por los jueces de manera absoluta, como lo son del derecho a la vida, al acceso a la justicia y el respeto a la integridad física, psíquica y moral de las personas naturales²⁰³.

Justamente son esos derechos los que suelen ser violentados, cuando los jueces conocen los cuadros de abandono de marinos y se declaran sin jurisdicción, dado que al centrarse únicamente en el plano legal no se advierten las vinculaciones efectivas con las jurisdicciones ante las cuales se plantean las causas. Esto deja en un estado de indefensión tanto jurídica como real a los marinos víctimas de abandono, ya que los únicos órganos a los cuales material y efectivamente pueden acudir a buscar algún tipo de respaldo y reclamar sus derechos se declaran incompetentes para otorgarles positiva respuesta o protección, negándoles así por completo una senda para obtener una respuesta al asunto presentado.

Como se observa, se trata de un tema que sobrepasa la esfera positivista pero que no se aparta de la concepción jurídica, más si se entiende que los fines del DIP se logran con la obtención de una justicia material sin el necesario sacrificio de la forma, cuando los sistemas deben garantizar el acceso a la justicia de sus administrados. Es por ello que los tribunales deberían ir un paso más allá y entender que cuando se trata de un supuesto de abandono de gente de mar, la asistencia a sus sedes no obedece al ánimo caprichoso o infundado de los accionantes, sino a un urgente estado de necesidad que los impulsa, debido a que no les es posible dirigirse a los órganos jurisdiccionales competentes, al no poseer los recursos necesarios para acceder físicamente a ellos.

Debe recordarse que los marinos en condición de abandono normalmente quedan varados en Estados extranjeros, lejanos de sus lugares de origen, sin provisiones básicas, todo lo que dificulta su regreso a los destinos en los cuales se radican los tribunales que atraerían legalmente la jurisdicción de sus relaciones

²⁰³ Art. 43 de la CRBV: “El derecho a la vida es inviolable. Ninguna ley podrá establecer la pena de muerte, ni autoridad alguna aplicarla. El Estado protegerá la vida de las personas que se encuentren privadas de su libertad, prestando el servicio militar o civil, o sometidas a su autoridad en cualquier otra forma”.

Art. 46 de la CRBV: “Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral, en consecuencia:

Ninguna persona puede ser sometida a penas, torturas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda víctima de tortura o trato cruel, inhumano o degradante practicado o tolerado por parte de agentes del Estado, tiene derecho a la rehabilitación.

Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

Ninguna persona será sometida sin su libre consentimiento a experimentos científicos, o a exámenes médicos o de laboratorio, excepto cuando se encuentre en peligro su vida o por otras circunstancias que determine la ley.

Todo funcionario público o funcionaria pública que, en razón de su cargo, infiera maltratos o sufrimientos físicos o mentales a cualquier persona, o que instigue o tolere este tipo de tratos, será sancionado o sancionada de acuerdo con la ley”.

laborales. Es esa condición de vulnerabilidad la que debería mover a los jueces a encarar estos casos con una visión menos formalista, y más consciente de las realidades que se esconden detrás de la interposición de una demanda, ya que su labor impactará de manera rotunda en la condición de las personas que sufren dentro de ese escenario.

Atendiendo a lo precedente, consideramos que lo ideal es generar una reforma legislativa en materia de Derecho Marítimo Laboral a los fines de regular, no solamente el abandono como figura jurídica, sino también para incluir reglas jurisdiccionales de ojos abiertos ante casos de vulnerabilidad de ciertos actores, lo cual es común pero no privativo de las hipótesis de abandono, resultando así útiles en otros supuestos donde las partes se hallen en estado de indefensión.

El legislador, en muchos sistemas, incorpora la solución del *forum necessitatis* para que, en aquellos casos en los cuales los DD.HH. se vean en peligro de grave afectación, los jueces puedan, de manera unilateral y una vez verificadas los extremos de ley, atribuirse jurisdicción a fin de que los derechos sustanciales del actor que se están viendo vulnerados, no queden privados de tutela ante la posibilidad de una denegación internacional de justicia²⁰⁴.

Esta respuesta podría aportar una solución a los escenarios de marinos abandonados cuya situación jurídica es totalmente ajena al sistema nacional, pues el juez estaría facultado a tomar ciertas medidas para proteger a los trabajadores en esa situación de desamparo, sin vulnerar los principios de orden público que impulsan al legislador a crear criterios atributivos de jurisdicción que exterioricen la vinculación de la causa con el ordenamiento nacional.

El origen del *forum necessitatis* es antiguo, pero su incorporación en las codificaciones modernas de DIP es relativamente reciente, y a pesar de que sus extremos se ven limitados a requisitos particulares establecidos en la ley, está diseñado para proporcionar protección a los demandantes en una red mundial cada vez más globalizada²⁰⁵.

En el caso de Venezuela, sus primeros vestigios se encuentran en el Proyecto de Ley de Normas de Derecho Internacional Privado 1963-1965, que posteriormente sería remozado en el artículo 58 del CPC de 1986²⁰⁶. Actualmente, se ha entendido que el artículo 43 de la LDIP consagra una especie de *forum*

²⁰⁴ *Ídem*.

²⁰⁵ Fernández, José, Rigidez Versus Flexibilidad en la Ordenación de la Competencia Judicial Internacional: El *Forum Necessitatis*, en: Desarrollos modernos del Derecho internacional privado. Libro homenaje al Dr. Leonel Péreznieto Castro, México, Tirant Lo Blanch, 2017. Disponible en: <https://bit.ly/2KD8OrF>

²⁰⁶ Hernández-Bretón, Eugenio, Medidas Provisionales de Protección de Personas, en: *Ley de Derecho Internacional Privado Comentada*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 2005, Tomo II, p. 1025.

*necessitatis*²⁰⁷. La doctrina²⁰⁸ afirma que este foro de necesidad contemplado en la LDIP solo otorga a los tribunales venezolanos potestad para dictar medidas cautelares con el fin de proteger personas naturales que se encuentren en el territorio de Venezuela, lo cual no es suficiente para afirmar que Venezuela tenga jurisdicción sobre el fondo de la controversia²⁰⁹. Consiguientemente, los tribunales nacionales no pudieran emplear el supuesto *forum necessitatis* contemplado en la LDIP para atribuirse jurisdicción, debiendo solo ser aplicado por los jueces para dictar ciertas medidas de protección en atención a la situación de necesidad de los tripulantes abandonados, y el concreto escenario de imposibilidad de acceder de manera libre a la justicia por las circunstancias puntuales en las que se ven envueltos, puesto que para dictar esas medidas no se requiere comprobar el estatus migratorio de las personas que solicitan o requieren dichas medidas²¹⁰.

Ahora bien, ello llevaría igualmente a debatir qué tipo de medidas son las que se podrían dictar a favor de la gente de mar abandonada. Sobre este particular, acepta la doctrina²¹¹, que las medidas a decretarse en base al artículo 43 de la LDIP deben estar dirigidas a proteger a personas naturales independientemente de su nacionalidad o domicilio, y recaer sobre el cuerpo del sujeto que las demanda.

Estimamos que en el caso de abandono de gente de mar, esas medidas podrían ir dirigidas, en primer término, a regularizar la situación migratoria de esas personas dentro del país, para que puedan estar en territorio venezolano por un tiempo determinado sin incurrir en ninguna contravención a las normativas migratorias; en segundo lugar, a exigir, de existir en el país, al agente naviero como representante ante el fuero local del armador²¹², que se haga cargo de

²⁰⁷ Contenido, según la doctrina, en el artículo 43 de nuestra Ley de Derecho Internacional Privado que reza como sigue: “Los tribunales venezolanos tendrán jurisdicción para dictar medidas provisionales de protección de las personas que se encuentren en el territorio de la República, aunque carezcan de jurisdicción para conocer del fondo del litigio”.

²⁰⁸ De Maekelt, Tatiana, *Regulación de la Jurisdicción...*, ob. cit., p. 398.

²⁰⁹ “El artículo 43 establece la jurisdicción venezolana en materia de acciones precautorias (Alsina, 1956: T. I, 361). Fija tal jurisdicción solo por lo que respecta a la posibilidad de dictar la medida provisional para los casos que la jurisdicción venezolana sobre el fondo del asunto no esté dada de conformidad con los artículos 39 a 42 de la LDIP o en otras disposiciones especiales”. Hernández-Bretón, *Medidas Provisionales...*, ob. cit., p. 1027.

²¹⁰ “El artículo en examen no exige que la persona sobre la cual recaerá la medida provisional haya ingresado legalmente y haya permanecido en tal carácter”, punto que es de vital relevancia para el caso del abandono de marinos puesto que puede que su ingreso o permanencia en el país no haya sido de la manera que lo prescribe la ley. *Ibidem*, p. 1028.

²¹¹ *Idem*.

²¹² Pese a que artículo 36 de la LCM establece que el agente naviero no responde por las obligaciones de su representado, salvo la responsabilidad que le corresponde los hechos personales o la que surja de la ley, la misma LCM dispone en los arts. 28 y 29 que el agente naviero “tiene la representación activa y pasiva, judicial y extrajudicial del buque, conjunta o separadamente de su Capitán, propietario o armador, cuando estos no estuvieren domiciliados en el lugar, a todos los efectos y responsabilidades que surjan del viaje que el buque realice a dicho

proveer de alimentación y asistencia médica a los tripulantes durante el tiempo que estén varados en el país; y, por último, a instruir la repatriación de los miembros de la tripulación a sus lugares de origen, bien sea a cargo del agente naviero o de los respectivos consulados de los países involucrados, quienes posteriormente podrán ejercer acciones de resarcimiento ante el armador.

De igual forma, valdría la pena preguntarse sobre la posibilidad de decretar alguna medida en virtud de este *forum necessitatis* para la afectación del buque, siempre que la misma vaya en salvaguarda directa de los trabajadores en situación de abandono²¹³.

Independientemente de estas medidas de protección, estimamos ineludible una reforma legislativa que contemple un *forum necessitatis* mucho más abierto y más acorde a la corriente internacional, para que los jueces nacionales puedan asirse de él y poder así conocer del fondo de este tipo de controversias en la cuales se evidencia un riesgo patente de denegación de justicia y de graves atentados al derecho de acceso a la justicia, siendo el caso de abandono de marinos uno de múltiples supuestos que acaecen en la realidad y que requieren un sistema de DIP de ojos abiertos a los retos que plantea la sociedad moderna²¹⁴.

Se coincide con Redfield²¹⁵ quien advierte que, si un tribunal tiene el poder de rechazar la jurisdicción por existir, a su entender, un foro más idóneo para conocer la causa, por qué debe negarse la posibilidad que ese mismo juez, ante un caso de urgencia, atraiga el conocimiento de un asunto cuando de no hacerlo

puerto o desde el mismo y hasta tanto se designe por escrito a otro en su reemplazo”, pudiendo el mismo “atender y tramitar reclamos derivados de la explotación del buque”.

²¹³ Aun cuando se ha entendido que las medidas que se dicten fundadas en el foro de necesidad, deben recaer sobre el sujeto, estimamos que sería válido debatir sobre la viabilidad de que el juez decrete el embargo preventivo del buque y una prohibición de zarpe, a los efectos de un posterior remate del mismo para garantizar el bienestar de los tripulantes que han sido abandonado y costear su alimentación, atención médica y repatriación.

²¹⁴ Tómese como referencia el caso de Argentina en cuya legislación si bien no estaba contemplado expresamente el *forum necessitatis*, la Corte Suprema de la Nación a través de un fallo en el caso Emilia Cavura de Vlasov contra Alejandro Vlasov, se vio forzada a abrir la jurisdicción nacional y considerar “competentes a los tribunales del país ya que, si no lo hacía, se colocaba a la actora en una situación de indefensión ya que corría peligro de no encontrar un tribunal en el mundo ante el cual incoar la demanda, en virtud de que el demandado tenía domicilio nómada. La actora demandó ante los tribunales argentinos y el demandado opuso excepción de incompetencia argumentando que su domicilio estaba en Génova (Italia) y por tanto que eran competentes los jueces de tal ciudad. El juez de primera instancia rechazó la excepción, mientras que la Cámara de Apelaciones, por el contrario, declaró la incompetencia de los jueces argentinos. La CSJN consideró que los tribunales argentinos tenían jurisdicción. Lo fundamentó en la necesidad de controlar la garantía de defensa en juicio comprometida y por tanto, impedir una probable denegación internacional de justicia, inaceptable a la luz del derecho internacional. La Corte realizó en abstracto un análisis de la probable consideración del juez extranjero sobre su propia jurisdicción y el eventual resultado negativo de la jurisdicción foránea, lo cual llevaría a que la actora quedara privada internacionalmente de justicia si no se abría la jurisdicción argentina”. Scotti, Luciana, El acceso a la justicia en el derecho internacional privado argentino: nuevas perspectivas en el Código Civil y Comercial de la Nación, en: *Red Sociales, Revista del Departamento de Ciencias Sociales*, 2016, Vol. 3, No. 6, p. 35.

²¹⁵ Redfield, Stephanie, Searching for Justice: The Use of *Forum Necessitatis*, en: *Georgetown Journal of International Law*, 2004, Vol. 45. Disponible en: <https://bit.ly/2K1XvZ3>

se impediría el acceso a la justicia. En efecto, se acepta que el *forum necessitatis* encarna una solución basada en el derecho de acceso a la justicia²¹⁶, que permite que jueces que, en principio carecen de jurisdicción internacional, puedan conocer y sentenciar ese supuesto concreto, con el fin último de evitar la denegación de justicia a nivel internacional²¹⁷.

De igual forma, no hay que olvidar que en la LDIP no se agota el sistema de fuentes de DIP, siendo que el artículo 1 de dicho instrumento incorpora como última fuente a los principios de DIP generalmente aceptados.

Y justamente en los Principios ASADIP sobre el Acceso Transnacional a la Justicia²¹⁸, en su artículo 3.10 se abre la posibilidad que los jueces del Estado del foro, excepcionalmente asuman jurisdicción a fin de garantizar el acceso a la justicia, a pesar de no estar satisfechos los criterios de atribución de jurisdicción siempre y cuando se compruebe que el accionante no podrá obtener un acceso efectivo y razonablemente disponible en otra jurisdicción.

Ciertamente, el caso del abandono de marino podría encajar en los extremos que exige este principio, debido a que, como se ha visto en capítulos anteriores, los DD.HH. de los sujetos en esta situación se ven violentados, siendo esta una de las extremas circunstancias en las cuales procedería la aplicabilidad del principio comentado.

Por lo tanto, en base a la aplicación concomitante del artículo 1 de la LDIP y el artículo 3.10 de los Principios ASADIP sobre el Acceso Transnacional a la Justicia, los jueces nacionales podrían llegar a asumir jurisdicción sobre el fondo de una controversia sobre reclamaciones laborales que se desprendan de casos de abandonos de marinos que se encuentren en puertos venezolanos.

Sin embargo, aceptamos que esta posibilidad se abra solo de forma excepcional y habiéndose comprobado la situación de extrema urgencia y necesidad de los accionantes, y la demostración inobjetable que, de no aceptar la jurisdicción, el accionante no podrá obtener un acceso efectivo a otro foro, y que en

²¹⁶ “Ver al respecto Corte Suprema de Justicia, Sala Político-Administrativa, 23/5/1990, Banque Worms, S.A. y otro vs. Balandra International Inc. (Gaceta Forense, 1990: 148-I, 432-437). La disposición en comentario, sin mención alguna de la Exposición de Motivos de la LDIP, está pensada principalmente para evitar casos de denegación de justicia ante los cuales la jurisdicción venezolana sobre el mérito del asunto no está dada de conformidad con algunos de los criterios atributivos de jurisdicción establecidos en los artículos 39 a 42 o en otras disposiciones especiales”. Hernández-Bretón, Medidas Provisionales. . . , ob. cit., pp. 1025-1026.

²¹⁷ All, Paula María, Las normas de jurisdicción internacional en el sistema argentino de fuente interna, en: *DECITA* (Derecho del Comercio Internacional), 2016, No. 4. Disponible en: <https://bit.ly/2eFgyh1>

²¹⁸ “Que establecen estándares mínimos para garantizar el acceso a la justicia, sin discriminación por razón de la nacionalidad o residencia y de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos y los principios consagrados por la generalidad de las constituciones moderna”. Asociación Americana de Derecho Internacional Privado (ASADIP), *Principios ASADIP sobre el Acceso Transnacional a la Justicia (TRANSJUS)*, 2016. Disponible en: <https://bit.ly/2LdhTu0>

ningún momento puede olvidarse la jurisdicción como una Potestad Pública, cuyos límites para su ejercicio deben estar clara y explícitamente establecidos por la ley.

III. Trabas impuestas a los litigantes foráneos

A. *Cautio iudicatio solvi*

1. Definición

De las consideraciones anteriores, queda evidenciado lo arduo que puede llegar a ser que un juez venezolano se declare con jurisdicción para juzgar un caso de abandono de marinos, mas la afirmación de la jurisdicción tampoco se trata de un supuesto totalmente inverosímil.

Siendo cuando menos posible la concurrencia de alguno de los criterios jurisdiccionales arriba analizados, los jueces de Venezuela podrían llegar a conocer un caso de abandono de marinos, es congruente pensar que al tratarse muy probablemente el accionante de un sujeto de nacionalidad y residencia extranjera, por las razones previamente explicadas fundadas en la internacionalidad y dinamismo del negocio marítimo, este deberá afrontar trabas adicionales que le impone el ordenamiento jurídico nacional a los litigantes por no tener asentado su domicilio dentro del territorio nacional.

Esta situación, evidentemente viene a constituir un factor que empequeñece el umbral por donde han de transitar los administrados para la consecución de la justicia; lo cual, desde siglos pasados, ha atraído la atención de muchos jurisconsultos, quienes reconocen que a lo largo de la historia el litigante extranjero ha sido victimizado a través de medidas totalmente discriminatorias, como las solicitudes de fianzas, la inversión de la carga probatoria, etc.

Consciente de ello, el Instituto de Derecho Internacional en su sesión de 1877 en Zúrich destacó la necesidad de recibir en juicio a los extranjeros en las mismas condiciones en las cuales se admiten a los nacionales²¹⁹. Paralelamente, el Convenio para Facilitar el Acceso Internacional a la Justicia, del 25 de octubre de 1980 en vigor desde el 1 de marzo de 1988, en su artículo primero obliga a los gobiernos de las naciones parte del Convenio a garantizar que los nacionales y personas con residencia habitual en el territorio de los demás Estados contratantes, tengan derecho a disfrutar de asistencia judicial en materia civil y comercial en las mismas condiciones que los nacionales y residentes²²⁰.

²¹⁹ Tellechea, Eduardo, Cuestiones procesales vinculadas a los casos privados internacionales de familia y minoridad en el ámbito Interamericano y del Mercosur, en: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 2011, Vol. 44, No. 132., s/p.

²²⁰ Art. 1 del Convenio para Facilitar el Acceso Internacional a la Justicia, hecho el 25 de octubre de 1980, en vigor desde el 1 de marzo de 1988.

De igual forma, el segundo capítulo de los Principios ASADIP sobre el Acceso Transnacional a la Justicia, dedicado al tratamiento del litigante foráneo y a la asistencia jurídica subvencionada, en su artículo 2.1 dispone la obligación que los Estados otorguen a los litigantes extranjeros iguales derechos que los conferidos a los nacionales del país del foro, siempre que hayan establecido en él su residencia o domicilio.

Adicionalmente, día a día se observa cómo las fronteras geográficas entre los países se desvanecen, dando paso a interconexiones que involucran a un sinnúmero de personas provenientes de las más diversas latitudes, y con ello a un mundo de viajeros, reales o virtuales, que dejan a su paso relaciones y situaciones jurídicas donde se ponen en contacto no solo sistemas culturales e idiomáticos, sino también legales. A esto ha de sumársele los colosales movimientos migratorios de los cuales ha sido testigo la historia de la humanidad.

Como soporte de estas afirmaciones se encuentran algunas cifras aportadas por la Organización Internacional para las Migraciones, en cuyo más reciente informe del año 2018²²¹, reportaba para el 2015 un total aproximado de 244 millones de migrantes internacionales a nivel global, representativo del 3.3% de la población mundial, números que llevan a sugerir que las personas migrantes constituirían el quinto país más poblado de la Tierra²²².

Dejando a un lado el grado de exactitud de la data aportada, lo que se pretende hacer ver es que progresivamente el número de personas nacionales radicadas en suelo extranjero es cada vez mayor, y esos inmigrantes de manera cierta se sumergirán en la vida del país receptor, serán contratantes de una serie de servicios, participarán en incontables relaciones jurídicas, y se convertirán en potenciales justiciables del sistema legal de esa nación.

Cuando se combina esta innegable realidad descrita, con las dificultades procedimentales que pueden afrontar los extranjeros para reclamar sus derechos ante los órganos de justicia de un país, se tiene una idea un poco más clara de las dimensiones del grave problema que plantean esas disposiciones segregacionistas insertas en las legislaciones nacionales.

Teniendo en cuenta este entramado, los Estados progresivamente han ido eliminando ese tipo de impedimentos procesales, estipulando los estándares de los procedimientos en igualdad de términos, independientemente de la nacionalidad de la persona que proceda en el juicio. Tómese como ejemplo el caso de Argentina, cuyo Congreso sancionó en 2015 un nuevo Código Civil y

²²¹ Organización Internacional para las Migraciones (OIM), *Informe sobre las Migraciones en el Mundo 2018*, 2018. Disponible en: <https://bit.ly/2KYYXQB>

²²² Organización Internacional del Trabajo (OIT), *Migración laboral en América Latina y el Caribe*, s/f. Disponible en: <https://bit.ly/2RS3TaE>

Comercial, en cuyo artículo 2610 se establece el principio de igualdad de trato para los extranjeros, en virtud de lo cual se elimina la exigencia de cauciones o depósitos que eran impuestos anteriormente en razón de la calidad de ciudadano o residente permanente en otro Estado. Desde ese momento, se consagra la libertad de acceso a la jurisdicción de los ciudadanos y los residentes permanentes en el extranjero, en las mismas condiciones que los ciudadanos y residentes permanentes en la Argentina²²³.

Hizo lo propio el Estado uruguayo, en cuyo Código General del Proceso, recientemente reformado, se deroga de manera expresa el requisito de la fianza de arraigo que con anterioridad gravaba al demandante foráneo²²⁴. Puntualmente en el Derecho interno venezolano, el artículo 21 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV) dispone de manera diáfana la igualdad ante la Ley de todas las personas, prohibiéndose en tal sentido toda clase de discriminaciones. Paralelamente, el legislador supranacional ha orientado su producción a la creación de normas garantes de esa igualdad de ciudadanos y extranjeros ante la ley.

Un ejemplo se observa en el texto del Código Bustamante que contiene una serie de prohibiciones para los Estados contratantes en este sentido. En virtud de ese tratado, los Estados se comprometen a no erigir en su territorio tribunales especiales para los miembros de los demás países contratantes²²⁵, y a no hacer distinciones entre nacionales y extranjeros al momento de exigir fianzas, embargos o cualquier otra medida adicional para la prestación de los servicios judiciales²²⁶.

Volviendo al contenido de los Principios ASADIP sobre el Acceso Transnacional a la Justicia, en este mismo sentido afirman que no es compatible con el derecho de acceso a la justicia exigir cauciones o garantías a los ciudadanos extranjeros o residentes foráneos, cuando dicha exigencia no tenga otro fundamento que la ciudadanía extranjera, el domicilio o residencia en el extranjero, o cumplir con reglas de reciprocidad²²⁷.

Pese a que se reconocen los avances que han ido alcanzando los sistemas legales de los diferentes Estados a este respecto, sería erróneo asentar que ese tipo de barreras al acceso a la justicia han sido erradicadas por completo del grueso de

²²³ Art. 2610 del Código Civil y Comercial de la Nación.

²²⁴ Tellechea, Eduardo, Condición procesal del litigante foráneo en el derecho internacional privado interamericano, del MERCOSUR y uruguayo de fuente nacional, en: *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, 2005, Vol. 3, No. 6, s/p.

²²⁵ Ver art. 315 del Código Bustamante.

²²⁶ Arts. del 382 al 387 del Código Bustamante.

²²⁷ Postulado 2.1 de los Principios ASADIP sobre el Acceso Transnacional a la Justicia (TRANSJUS).

las naciones, dada la notoria existencia de discrepancia en el tratamiento de nacionales y foráneos en todos los niveles de la administración de justicia.

Incluso en el aparataje jurídico venezolano, siguen existiendo vestigios de esa escisión legal entre los que se hallan domiciliados en el país y los que no. En efecto, las disposiciones adjetivas venezolanas a la hora de abordar el tratamiento de los extranjeros en el proceso conservan restricciones que únicamente le son aplicables a ellos en vista de su condición de no residentes²²⁸.

Tal es el caso de la fianza de arraigo en juicio que constituye una obligación que nace en cabeza del demandante extranjero de otorgar una garantía real o personal, como aval del pago de las costas del proceso y los posibles daños y perjuicios que pudieran suscitarse con su accionar²²⁹.

De manera general, el arraigo implica firmeza, da la idea de haber echado raíces, o tener raigambre en un lugar. Hablando en términos procesales, esta figura pretende afianzar la responsabilidad a las resultas de un proceso judicial, poniendo como garantía de ello algún bien inmueble, un depósito en metálico o presentando un aval o fiador personal²³⁰.

Esta incidencia no va encaminada a atacar el fondo o el mérito de la causa, y su puesta en marcha suele generar retardos en la prosecución del juicio hasta que se verifique el cumplimiento de determinadas exigencias, específicamente la prestación de una garantía suficiente que cubra la eventualidad de una demanda infundada.

Se trata de una excepción privilegiada, siendo que debe ser invocada al inicio del proceso, que se halla enraizada en una idea de protección nacional, y tiene por objetivo cubrir los pagos que se deriven del proceso y de los daños inherentes que puedan resultar de su activación en una demanda sin fundamento²³¹.

En efecto, como figura jurídica fue diseñada para resguardar al demandado nacional cuando un demandante extranjero accione en su contra²³², teniendo como miras los posibles perjuicios que se le pueden causar cuando se trata de demandas temerarias, así como para saldar las erogaciones en las que haya tenido que incurrir el demandado para apersonarse y defenderse en juicio, entendiendo que, al ser extranjero el demandante, este podría simplemente abandonar el país

²²⁸ Destinamos un epígrafe más adelante al análisis de las referidas disposiciones.

²²⁹ Rom ero, Fabiola, Tema 5: Derecho Procesal Internacional. Proceso con elementos de extranjería. Derecho aplicable. Parte I, 2012. Publicado en: Blog Cátedra de Derecho Internacional Privado. Disponible en: <https://bit.ly/2LBuVc>

²³⁰ “Arraigo”, en: *La Ley*. Disponible en: <https://bit.ly/2X9r6dR>

²³¹ Brunet, Gaston, *La Caution Judicatum Solvi: thèse pour le Doctorat*, Paris, Hachette Livre et BNF, 1898.

²³² “El legislador no ha querido dejar a los franceses presas de algún extranjero, no ha querido correr el riesgo de procesos temerarios y mal fundado que un europeo o un asiático de paso pudiera intentar, al legislador le ha parecido inmorale dejar a los franceses sin defensa de cara a las pretensiones arbitrarias y vejatorias de los extranjeros” Traducción propia. Brunet, *La Caution Judicatum*. . . , ob. cit., p. 3.

y no hacer frente al deber de resarcimiento por intentar una demanda infundada, quedando el nacional en un hipotético estado de desamparo frente al extranjero, especialmente en aquellos supuestos en los cuales el demandante carezca de bienes en el territorio donde se intenta la acción.

2. Antecedentes

Los orígenes de esta excepción procesal se remontan a siglos pasados, llegándose a encontrar vestigios de su existencia inclusive en la época de Imperio Romano, donde estaba consagrada una figura con su mismo nombre, aunque de contenido un tanto disímil. En términos generales, durante esta época a los extranjeros se les aplicaba un tratamiento jurídico desfavorable en materia procesal²³³ que se prolonga en el tiempo hasta la Edad Media, sin embargo, hay que puntualizar que el trato otorgado por los romanos a los extranjeros va a depender del momento histórico y del tipo de extranjero del que se tratase²³⁴.

Recordando un poco el estatus de los peregrinos en el Derecho Romano, se tiene que en las épocas primitivas no se les era admitido la ostentación de ningún tipo de derecho, situación que irá cambiando lentamente gracias a la acción de la jurisprudencia pretoriana que dará paso a la aparición del *Ius Gentium*, que permitirá la comparecencia de los extranjeros frente a la justicia romana y la posibilidad de ser accionantes ante la misma. Por su parte, tenemos a los latinos que debían ser considerados en cuanto a su capacidad más como naturalizados que como extranjeros, y los bárbaros a quienes ningún derecho les era reconocido, ni siquiera el de propiedad sobre sus bienes²³⁵.

Por otro lado, dando un vistazo a la tradición hindú, se percata la privación de todos los derechos a los parias por su condición de extranjeros. En la misma tónica, el pueblo hebreo parecía mostrar un riguroso tratamiento a los extranjeros, sin embargo, la colisión de algunos textos no permite profundizar al respecto de las condiciones que les eran impuestas, solo se puede llegar a afirmar que, al menos teóricamente, los jueces israelitas debían aplicar la misma justicia tanto a nacionales como a extranjeros, no debiéndoles ser exigida ninguna caución al demandante independientemente de su procedencia²³⁶.

²³³ “En cuanto a la tutela procesal, los detractores de la hostilidad natural han encontrado fuentes que establecen limitaciones a los *peregrini* para emplear las *legis actiones*, dependiendo de razones público-procesales. Sin embargo, su falta de legitimación para accionar no permite deducir una incapacidad de ser sujeto de relaciones sustanciales; incluso se afirma los *peregrini* que podían usar autónomamente la *legis actio per conditionem* ante los tribunales romanos y la *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*, aplicada a créditos de contratos verbales”. Méndez, Elvira, La noción de extranjero en el Derecho Romano, en: *Revista Ius et Veritas*, 1996, No. 12, p. 194.

²³⁴ Brunet, *La Caution Judicatum...*, ob. cit., p. 8.

²³⁵ *Ídem*.

²³⁶ *Ídem*.

Volviendo al Derecho Romano, la *caution judicatum solvi* consistía en una obligación contractual asumida por el litigante que comparecía en juicio en nombre de otra persona. Previo al Derecho Justiniano, esta caución podía ser exigida por el *praetor* al demandado en acciones reales, pudiendo llegar a ser transferida la posesión del bien objeto del litigio al demandante en caso de que su contraparte se opusiera a prestar la referida garantía, siendo excepcional su invocación cuando se trataban de acciones personales²³⁷. Era así, una estipulación que daba fe de que el demandado cumpliría con sus obligaciones de llegar a ser condenado en el juicio que tenía por delante, independientemente de su nacionalidad, aspecto que lo distancia un poco de la *cautio judicatum solvi* concebida en el Derecho moderno²³⁸.

Contrastantemente, acudiendo a la codificación justiniana, se observa que el segundo capítulo de la novela 112 refiere a una caución, la *cautio pro expensis*²³⁹, que debía ser prestada por todos los demandantes, sin importar su nacionalidad, al momento de la solicitud de citación del demandado como una medida de precaución. En cuanto a la costumbre anglo-germánica, resulta oportuno rescatar que en épocas pasadas era común la presencia de asociaciones de hombres libres en donde se exigía la reparación en aquellos supuestos donde uno de los asociados sufriera un perjuicio, debiendo la asociación hacerse cargo de la indemnización cuando el causante del daño no pudiera repararlo²⁴⁰.

Aquellos hombres no afiliados a ninguna de estas agrupaciones eran concebidos como extranjeros, no contaban con protección alguna, ni les eran reconocidos derechos civiles o políticos. Naturalmente, los miembros de las asociaciones reusaban litigar con extranjeros, siendo que los afiliados contaban con todo su cantón como respaldo por el pago de sus posibles pasivos derivados del juicio, en contraposición el extranjero quien no tenía tal garantía para ofrecer. Progresivamente, se fue admitiendo que el extranjero accionara contra un ciudadano en juicio si traía a un miembro de una asociación que le sirviera como aval, de tal manera de equilibrar los riesgos inherentes al juicio, descubriéndose así en la historia germánica el posible origen de la *cautio judicatum solvi* como es conocida hoy en día, al tratarse de una garantía que debía ser presentada por el accionante extranjero para poder demandar a un nacional²⁴¹.

²³⁷ *Ídem*.

²³⁸ En efecto, “Szaszy considera que la caución por costas nada tiene que ver con la *satisfatio iudicatum solvi* del Derecho romano, ni con la *cautio pro expensis*, por cuanto que la primera se imponía al demandado, cuando de una *actio in rem* o, excepcionalmente, de una *actio in personam* se trataba, y la segunda, si bien imponiase al demandante, éralo sin consideración a su nacionalidad”. Aguilar, Mariano, La “*Cautio Iudicatum Solvi*” en el Derecho Español, en: *Revista Española de Derecho Internacional*, 1971, Vol. 24, Nos. 3/4, p. 355.

²³⁹ *Ibidem*, p. 354.

²⁴⁰ Brunet, *La Caution Judicatum...*, ob. cit., p. 8.

²⁴¹ *Ídem*.

Subsecuentemente, atendiendo a la condición de fuente inspiradora del Derecho Civil contemporáneo que despliega la codificación francesa, esta última merece ser revisada en busca de algún vestigio dentro de su tradición de la figura estudiada en el presente epígrafe.

De esta manera se tropieza con que la jurisprudencia francesa, inspirada en arcaicas costumbres germánicas, ya introducía esta institución durante los años 1500, criterio adoptado por el Parlamento de París y que poco a poco se fue extendiendo a la práctica generalizada de todos los tribunales, asumiendo carácter legal mediante su consagración en la ordenanza dictada por el duque Léopold de Lorraine en 1707²⁴².

Los sistemas jurídicos contemporáneos han asumido diversas posiciones respecto a esta figura jurídica de vieja data, pudiendo agruparlos en cinco grandes categorías.

Primeramente, tenemos los Estados que no solicitan caución de arraigo en juicio a los demandantes extranjeros, entre los que encontramos Bulgaria, Finlandia, Siria, Libia y Egipto; países que exigen la referida caución tanto a nacionales como extranjeros, como es el caso de Costa Rica; luego tenemos aquellos que hacen distinción entre su aplicación o no basados en el criterio de la reciprocidad, tales como Alemania, Austria y Dinamarca. También se hallan legislaciones que imponen la carga de prestar caución solo a los extranjeros, cualquiera sea su nacionalidad, ejemplo de ello son legislaciones internas de Francia, Bélgica y Holanda²⁴³; y sistemas como el estadounidense que, para imponer la referida carga, no se basan en la nacionalidad del accionante sino en el hecho que su residencia o domicilio se encuentre legalmente establecido en el extranjero²⁴⁴, y el argentino donde, si bien se ha suprimido la solicitud de fianza de arraigo, se exige que el demandante tenga bienes en el país para poder actuar en juicio²⁴⁵.

Si atendemos a la corriente internacional privatista global, observaremos que se trata de una figura en franca decadencia, que ha estado siendo descartada de sistemas legales internos y rechazada por las convenciones internacionales desde hace ya bastante tiempo, como lo hace la Convención de La Haya sobre

²⁴² *Ibidem*, p. 24.

²⁴³ Es oportuno señalar que nos referimos a sus leyes nacionales, puesto que para estos tres Estados (Francia, Bélgica y Holanda), está vigente la Convención de La Haya sobre el Procedimiento Civil de 1954, en virtud de la cual no pueden solicitarse cauciones o fianzas por su condición de extranjeros o por falta de domicilio o de residencia en el país, a los nacionales de uno de los Estados contratantes que tengan su domicilio en uno de dichos Estados y que sean demandantes o partes ante los tribunales de otro de estos Estados.

²⁴⁴ Aguilar, La "Cautio Judicatum... ", ob. cit., p. 360.

²⁴⁵ Argerich, Guillermo, El arraigo y su supresión por los tratados internacionales, en: *Tomo Doctrina Judicial*, 1996, No. 2, p. 631.

Procedimiento Civil de 1954 (art. 17)²⁴⁶, por tratarse de una noción que impacta de manera negativa en el derecho de acceso a la justicia de los administrados.

Evidentemente, el derecho de acceder a los órganos jurisdiccionales con posibilidades ciertas de obtener una respuesta a las reclamaciones presentadas, no debe ser entendido como una prerrogativa que favorece a determinados sujetos basado en su condición de nacional o residente de un país, sino como un derecho efectivo que debe ser reconocido a toda persona por el Estado²⁴⁷.

De ahí, que poco a poco se haya ido limitando su campo de acción, restringiendo su procedencia a casos puntuales e incluso redefiniendo a los sujetos afectados por tales medidas, todo en nombre de la reivindicación de la justicia como derecho reinante entre las naciones del mundo moderno. Sin embargo, esta medida sigue estando inserta en los aparatajes jurídicos de algunos Estados, incluyendo, de alguna forma, el venezolano.

3. Regulación por el sistema interno venezolano

En el caso de Venezuela el artículo 36 del Código Civil establece una especie de mutación de esa figura, ya que exige que cuando el accionante se halle domiciliado fuera del país y no cuente con bienes suficientes en territorio para afrontar las resultas del proceso, debe afianzar el pago de lo peticionado²⁴⁸.

Nótese que en el sistema venezolano la caución no se aplica en razón de la nacionalidad, sino de condiciones que afectan al demandante que podrían poner el peligro las resultas del juicio en caso de tratarse de una demanda infundada o temeraria, que son: el hecho que el accionante se encuentre domiciliado en el extranjero y que, adicionalmente, no cuente con bienes suficientes en territorio venezolano para afrontar las costas judiciales y demás pasivos que puedan generarse por su accionar.

De modo concomitante, el artículo 346 numeral 5 del CPC incluye la falta de caución o fianza suficiente dentro del listado de cuestiones previas que pueden ser promovidas por el demandado.

Por su parte, el Código de Comercio consagra una excepción a esa norma ya que en juicios que versen en materia comercial, el demandado no domiciliado en el país no está obligado a afianzar el pago de su acción²⁴⁹.

²⁴⁶ Scotti, El acceso a la justicia. . . , ob. cit., pp. 41-42.

²⁴⁷ Tellechea, Condición procesal del litigante foráneo. . . , ob. cit., s/p.

²⁴⁸ Art. 36 del Código Civil: "El demandante no domiciliado en Venezuela debe afianzar el pago de lo que pudiere ser juzgado y sentenciado, a no ser que posea en el país bienes en cantidad suficiente, y salvo lo que dispongan leyes especiales".

²⁴⁹ Art. 1102 del Código de Comercio: "En materia comercial, no está obligado el demandante no domiciliado en Venezuela a afianzar el pago de lo que fuere juzgado y sentenciado".

a. Procedencia en caso juicios laborales

Dado que el abandono de marinos y sus reclamaciones al armador o propietario del buque deben ventilarse mediante el procedimiento laboral, es oportuno determinar si la fianza de arraigo en juicio es exigida también en los litigios de este tipo y o si por el contrario existe algún tipo de excepción.

Sobre este particular, se tiene que ni la Ley Orgánica Procesal del Trabajo²⁵⁰ ni la LOTTT establecen disposiciones que exceptúen a los trabajadores litigantes de presentar la referida caución, lo cual llevaría a afirmar que a los marinos en situación de abandono que pretendan entablar un juicio ante tribunales venezolanos, les será exigida la caución de arraigo en juicio en caso de no estar domiciliados en el territorio nacional o de no poseer bienes suficientes en él.

Sin embargo, merece la pena hacer la salvedad que, en la práctica, actualmente, los tribunales laborales venezolanos no están exigiendo esta caución a los litigantes no domiciliados en el país, tal como se podrá corroborar con una de las sentencias que referenciamos en el siguiente epígrafe (caso *Bernardino Chaves Miranda, vs. Shelton Welltools Incorporated de Venezuela C.A.*). De ahí que, tratándose el tema de los tripulantes en situación de abandono de un escenario laboral, y teniendo en cuenta la más reciente práctica y jurisprudencia de los tribunales del trabajo en el país, podría llegar a eximirseles de prestar esta caución.

b. Criterios Jurisprudenciales

En lo que respecta al tratamiento jurisprudencial que se le ha dado a esta figura, se tiene que en fecha 13 de julio de 2010 el TSJ en SC, al ser interpelado con respecto al carácter inconstitucional de la caución de arraigo en juicio, dejó sentado en sentencia No. 737 con ponencia del Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz, su constitucionalidad declarando sin lugar la solicitud de nulidad de los artículos 36 del Código Civil y 346.5 del CPC. Para rechazar el recurso, la Sala argumenta que dicha institución persigue el establecimiento de una protección para el demandado, cuando se llegase a dar el supuesto de que la pretensión en su contra propuesta es infundada y no quedara ilusoria la posible condenatoria en costas.

Aclara, además, que la distinción propuesta por el artículo 36 del Código Civil no está enraizada en motivos de nacionalidad o extranjería, sino en la existencia de un arraigo en el territorio nacional, de ahí que su razón de ser no sea discriminatoria sino más bien práctica, pues está encaminada a dotar de mayor eficacia aquellas condenatorias en costas derivadas de juicios infundados cuando

²⁵⁰ Ley Orgánica Procesal del Trabajo, Gaceta Oficial No. 37.504, 13 de agosto de 2002.

el demandante no tiene domicilio en el país ni bienes dentro de su jurisdicción contra los que se pueda emprender una medida ejecutiva²⁵¹.

Sobre este particular, merece la pena recordarse además la sentencia de fecha 6 de junio de 2011 de SC, en donde si bien mantiene el criterio sobre la constitucionalidad de la *cautio judicatum solvi*, establece una excepción a su procedencia en los casos en los cuales se hallen involucrados niños, niñas o adolescentes.

En ese caso, la Sala percató que se encontraban comprometidos los intereses de una adolescente al haberse declarado extinguido el proceso por ella iniciado, al no haber presentado la caución de arraigo en juicio exigida por la Ley. En su motiva, el sentenciador explicó que la referida caución provoca una perturbación que trasciende el interés privado del adolescente y perturba a toda la sociedad en general; de ahí, que el Estado deba intervenir como máximo garante de los intereses superiores de los niños, niñas y adolescentes, atendiendo la cuestión planteada de una manera especial.

Resuelve la Sala, apegarse al contenido del artículo 36 Código Civil, puntualmente a la excepción en él establecida que reza salvo “lo que dispongan leyes especiales”; ya que el Tribunal entendió que una interpretación sistémica de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes debería conducir a la no exigencia de la fianza en casos donde se vean involucrados niños o adolescentes, puesto que su derecho a acceder a la justicia debe estar guarnecido por el derecho a la gratuidad, de ahí que a los niños y adolescentes le sean aplicables todas las posibles exenciones y exclusiones a los fines de evitar que se abstengan de acudir a los órganos jurisdiccionales para la defensa de sus derechos²⁵².

Se observa, pues, cómo la máxima Corte del país, basada en una interpretación holista del sistema legal nacional y ponderando los derechos más fundamentales de los débiles de la relación jurídica, ha asentado un nuevo criterio que exime a determinados sujetos jurídicos, puntualmente a los niños, niñas y adolescentes, de prestar la *cautio judicatum solvi* exigida por nuestro ordenamiento.

Esto nos conduce a pensar que la aplicabilidad de la referida medida no es totalmente infranqueable, y que existen situaciones en las cuales se puede eximir su procedencia cuando así por permita la ley. En ese sentido, si se atiende al

²⁵¹ “[L]a diferencia que establece el artículo 36 del Código Civil no se impone a los extranjeros frente a los nacionales... sino que se establece entre quienes cuentan con un arraigo y quienes no lo tengan”. Entendiéndose entonces que “los motivos del legislador no responden al establecimiento de criterios arbitrarios de diferenciación entre personas de la misma categoría, sino que, por el contrario, están afincados en una razón de eficacia de las resultas de una posible condenatoria al pago de las costas contra quien no tiene su domicilio en el territorio de la República ni tiene bienes en el país contra los cuales se pueda solicitar alguna medida ejecutiva, a diferencia de quien sí los tenga”. TSJ/SC, sentencia No. 737, 13 de julio de 2010, (*Carlos Brender*), en: <https://bit.ly/2u4C7wb>

²⁵² TSJ/SC, sentencia No. 819, 6 de junio de 2011, (*Aurelio Wilson Parada Urbina*), en: <https://bit.ly/2IXf10d>

beneficio de pobreza y principio de gratuidad de la justicia establecidos en los artículos 175 y siguientes del CPC, en los casos de marinos en situación de abandono se podría solicitar la aplicación del referido beneficio y, en consecuencia, dispensarlos de presentar la caución de arraigo en juicio al no contar con los medios económicos necesarios para afrontarla, lo cual allanaría su camino a la obtención real de justicia.

Coincidentemente, vale acotar que varios países que contemplan la caución de arraigo en juicio, han introducido, vía jurisprudencial, excepciones a su aplicación en causas con contenido laboral por ser contraria a principios como la no discriminación²⁵³, y el sistema venezolano no parece ser la excepción puesto que desde hace un tiempo atrás se ha venido generalizando la tendencia de no exigir esta caución en la práctica, avalado por decisiones jurisdiccionales como la dictada por la SCS del TSJ en fecha 11 de enero de 2006, caso *Bernardino Chaves Miranda, vs. Shelton Welltools Incorporated de Venezuela C.A.*

En esta oportunidad, frente a la solicitud del demandado de declarar la demanda improcedente debido a la falta de presentación de la caución de arraigo en juicio, por ser el actor un ciudadano no domiciliado en Venezuela, la Sala indicó que si bien el demandante era un extranjero sin domicilio en el país, su contratación con la empresa se había hecho dentro de los límites de nuestro territorio nacional, y que había prestado su servicio para la contratante dentro y fuera del país; por lo cual los derechos del trabajador estaban amparados por el ámbito de aplicación de la legislación venezolana, que consagra el principio de gratuidad en los procedimientos administrativos y judiciales en materia del trabajo, y por tanto no había de exigirse la referida caución²⁵⁴.

Lastimosamente, estas excepciones introducidas vía jurisprudencial en nuestro sistema y en la práctica por los operarios de la justicia, no cuentan con un respaldo legal que verdaderamente constriña a los jueces a aplicarlas en todos los casos, lo cual genera un grado de inseguridad sobre su procedencia cierta o no en contextos de marinos abandonados, sobre todo si se tiene siempre presente que la naturaleza del trabajo a bordo dificulta la fijación del lugar efectivo de prestación de servicio y, tal como se ha recalcado en anteriores secciones, el abandono puede generarse en destinos que nada tienen que ver con los pautados en los contratos de enrolamiento o en las rutas iniciales de los buques, por lo cual

²⁵³ Tómense como ejemplo el sistema de República Dominicana, cuya “Suprema Corte de Justicia ha decidido que el artículo 16 de Código Civil que hace exigible la fianza *judicatum solvi* en toda materia, no incluye la laboral, toda vez que dicha fianza es contraria a los Principios IV y VII del Código de Trabajo, que prohíben la discriminación en base a la nacionalidad”. “Réquiem por la fianza *judicatum solvi*”, VLex República Dominicana, 2018. Disponible en: <https://bit.ly/2XumqLE>

²⁵⁴ TSJ/SCS, sentencia No. 0001, 11 de enero de 2006, (*Bernardino Chaves Miranda vs. Shelton Welltools Incorporated de Venezuela C.A.*), en: <https://bit.ly/3cmNqnM>

no siempre podría entenderse ejecutado el contrato laboral en territorio venezolano.

Por tanto, de lograrse que la jurisdicción venezolana acepte el conocimiento del caso, los marinos abandonados, atendiendo a la letra de la Ley, aun deberán cumplir con el requisito de otorgar una caución para garantizar las results del proceso. Y si se recuerda las líneas que anteceden, donde se describió en términos generales las graves situaciones económicas que afrontan los trabajadores a bordo de buques en situación de abandono, se entenderá que frente a la exigencia de una fianza por el equivalente de lo demandado y lo limitado de los recursos de los trabajadores, las posibilidades de hacer exigibles sus derechos ante la Ley se reducen drásticamente.

Quedaría como opción la solicitud ante el sentenciador nacional del beneficio de pobreza, o apelar a las excepciones jurisprudenciales arriba reseñadas alegando la condición de debilidad jurídica y económica de los accionantes y los graves riesgos que su negativa ocasionaría para su efectivo acceso a la justicia.

IV. Derecho aplicable a los casos de Abandono de Marinos

Hasta este punto se ha venido manejando el concepto de derecho de acceso a la justicia, entendiendo por tal la facultad que tiene cualquier administrado de dirigirse a los órganos jurisdiccionales para ver materializada la justicia en un caso concreto y vivenciar la efectividad de sus derechos. No obstante, la palabra justicia posee múltiples acepciones, desde la de Ulpiano, para quien esta consistía en darle a cada quien lo que le corresponde, hasta la concepción que la describe como aquello que debe hacerse de conformidad al Derecho y a la razón, empleándose el término también de manera genérica para designar al complejo aparato estatal diseñado para reconocer o denegar derechos y solventar los conflictos que se le planteen²⁵⁵.

Generalmente, en los sistemas jurídicos romano-germánicos, el derecho de acceso a la justicia suele ser entendido desde un aspecto esencialmente formal, como la posibilidad cierta de acudir a los tribunales de un Estado; sin embargo, los sistemas jurídicos del *common law*, suelen presentar una visión más holística del derecho de acceso a la justicia, incluyendo dentro de su contenido la equidad de tratamiento a causas con el mismo contenido, y la generación de soluciones justas a los conflictos planteados por los administrados²⁵⁶.

²⁵⁵ Carnicer, *El Acceso a la Justicia...*, ob. cit., s/p.

²⁵⁶ Ortiz, Loretta, *Acceso a la justicia de inmigrantes irregulares un análisis comparado: España y México* (Tesis Doctoral), Madrid, UNED, 2009. Disponible en: <https://bit.ly/32QOtcB>

No basta que el derecho de acceder a la justicia sea consagrado por las legislaciones, es necesario, además, que el mismo sea efectivo²⁵⁷; es decir, que su titular, independientemente de su condición de nacional o extranjero, se vea verdaderamente legitimado para hacer valer sus derechos, defenderlos y lograr su reconocimiento y goce o reparar la violación de la cual esté siendo víctima²⁵⁸.

De ahí, que no consideremos que la simple presentación de una solicitud antes los órganos jurisdiccionales, y su admisión por parte de estos, sea suficiente para entender plenamente materializado el derecho de acceso a la justicia, sin desmerecer la vital importancia de esos estadios para la consecución de la justicia.

En efecto, no podemos limitar el derecho de acceso a la justicia al simple ofrecimiento de un foro de competencia al demandante, esta vetusta idea no es compatible con el actual desarrollo de los DD.HH., donde el juez se encuentra atado indefectiblemente a la realización de la justicia material²⁵⁹.

En reconocimiento de lo anterior, complementamos el presente análisis, con algunas reflexiones sobre justicia material en los casos de abandono de gente de mar, adentrándonos en el examen de cuál Derecho le será aplicable al fondo de la causa, una vez sea aceptada la jurisdicción por los tribunales nacionales en casos de gente de mar abandonada, y, por ende, determinar cuáles derechos sustantivos les serían reconocidos en particular a los accionantes de salir victoriosos.

Llegado a este nivel, si los marinos que han quedado en estado de abandono lograron que un juez venezolano se avocara a conocer su reclamación, y salvaron el obstáculo que representa desembolsar una fianza de arraigo en juicio, de ser requerida, se podría llegar a pensar que efectivamente han logrado acceder a la justicia. Sin embargo, todavía deben enfrentar la escogencia y aplicación del Derecho para la resolución de la controversia planteada.

Es por ello por lo que el presente capítulo está destinado a tratar el tema de la legislación que sería aplicable a los juicios por abandono, haciéndose, en ese

²⁵⁷ “[E]l acceso a la justicia es un concepto complejo, uno de cuyos elementos centrales consiste en la idea de efectividad: el acceso carecería de sentido si no estuviese imbuido de aquélla. Esta circunstancia explica que en ocasiones se aluda a él como ‘acceso efectivo a la justicia’. En realidad, la adición del adjetivo ‘efectivo’ puede considerarse redundante. De hecho, se estima que el ‘acceso a la justicia’ en el ámbito judicial es equivalente a la ‘tutela judicial efectiva’, aunque a veces se ubique a la segunda como un elemento de la primera o, a la inversa, a la primera como componente de la segunda. Se puede entender que ambas nociones aluden a la misma realidad si se abraza una concepción amplia del acceso a la justicia, que no se agota al lograr ser parte en un proceso ante un juez que se declare competente, sino que llega hasta la obtención de una sentencia definitiva y hasta que se haya completado su ejecución”. Albormoz, María, Acceso a La Justicia en las Relaciones Privadas Internacionales: Intereses en Juego, en: *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, 2017, Año 5, No. 9, p. 176.

²⁵⁸ Ortiz, *Acceso a la justicia de inmigrantes...*, ob. cit., s/p.

²⁵⁹ Fernández, *Aspectos Esenciales de la Competencia...*, ob. cit., pp. 302-303.

sentido, un recorrido tanto por los tratados internacionales vigentes, como por las disposiciones de DIP venezolano que se activarían en tales circunstancias.

Previo a analizar las fuentes de DIP que podrían contener dispositivos de derecho aplicable a los cuadros de abandono de gente de mar, creemos pertinente primero aclarar que en el tema de determinación de Derecho aplicable se conjugan dos tipologías de normativas; por un lado tenemos normas materiales que otorgan una respuesta directa al caso planteado y que están específicamente diseñadas para regir situaciones con elementos de extranjería, y por el otro encontramos normas de conflicto que, si bien no dan una solución directa al asunto bajo examen, indican en qué legislación debemos buscar esa respuesta.

Al lado de los precitados tipos de dispositivos, hallamos otros que complementan o ayudan a interpretarlos o aplicarlos, tal es el caso de las normas extensión y las normas materiales auxiliares. Esta conjugación de múltiples tipologías legales, es a lo que la doctrina ha llamado pluralidad de métodos normativos en el DIP²⁶⁰.

De esto se deduce que cuando hablamos de Derecho aplicable a los casos de abandono de gente de mar, nos estemos refiriendo tanto a normas materiales como a normas de conflicto, por tanto, el juez y los demás miembros integrantes del aparato de justicia, deben tener claro no solo la coexistencia de estas tipologías normativas sino también cómo opera cada una de ellas, dónde se encuentran ubicadas dentro del marco normativo y, muy especialmente, el orden en el cual deben ser aplicadas²⁶¹.

A. Normas de aplicación necesaria e inmediata

En este sentido, cuando el juez nacional se encuentra frente a la labor de determinar el Derecho aplicable, lo primero que debe hacer es identificar, dentro de su normativa interna²⁶², si existen normas de aplicación necesaria o

²⁶⁰ “Como consecuencia del empleo del método plural, la consideración del sistema normativo en el Derecho Internacional Privado nos presenta un complejo escenario donde actúan varios tipos de normas. Sin duda, las normas de conflicto son las reglas típicas utilizadas en esta disciplina; pero hay también otras normas, que no revisten un carácter formal-atributivo, sino que tienen ordenaciones directas dirigidas a regular las relaciones que exceden del ámbito puramente interno; son las normas materiales establecidas en las legislaciones nacionales o en las convenciones internacionales, con el propósito de regir las relaciones internacionalizadas sin recurrir a la remisión a ordenamientos extranjeros; es decir, las que regulan directamente los efectos jurídicos de ciertos supuestos de hecho con elementos extranjeros relevantes”. Bonnemaïson, José, *Curso de Derecho Internacional Privado*, Valencia, Vadell Hermanos Editores, 2009, p. 135.

²⁶¹ En efecto, “[a]l lado de la referida prevalencia hacia la ‘materialización’ del Derecho Internacional Privado se encuentra la corriente que impulsa el establecimiento de normas materiales y normas de conflicto, con prevalencia de unas sobre otras según el tipo de problemas que se regulan”. Bonnemaïson, *Curso de Derecho...*, ob. cit., p. 137.

²⁶² No obstante, no se puede descartar la posibilidad de que el juez aplique normas de aplicación necesarias presentes en los sistemas legales de terceros Estados involucrados. Téngase en cuenta el artículo 11 de la

inmediata²⁶³. Se trata cánones legales que tienen un carácter imperativo tal que no permiten ningún tipo de desplazamiento, ni por el Derecho extranjero, posiblemente aplicable por el juego de las normas de conflicto, ni por la acción de la autonomía de la voluntad de las partes, puesto que están destinadas a la protección de intereses o bienes jurídicos de especial atención para la nación²⁶⁴.

Estando el juez venezolano determinando el Derecho aplicable a un caso de abandono, debe atender a la orden expresa que da el legislador nacional en el artículo 10 de la LDIP²⁶⁵ al Poder Judicial nacional, de emplear las normas de aplicación necesaria e inmediata en supuestos conectados con diversos sistemas legales. Pese a que el artículo utiliza la expresión “disposiciones imperativas”, la doctrina ha aceptado que la correcta interpretación es entender que el legislador quiso referir a las normas de aplicación necesaria e inmediata y no simplemente a normas de carácter imperativo, entendiéndose que no hay una identidad absoluta entre las primeras y estas últimas²⁶⁶.

Al no encontrar dentro de la legislación indicativos expresos de qué normas deben ser consideradas como de aplicación necesaria e inmediata, recae en cabeza del juez esta labor, quien debe hacer una evaluación muy a conciencia del

Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales que dispone: “No obstante lo previsto en los artículos anteriores, se aplicarán necesariamente las disposiciones del derecho del foro cuando tengan carácter imperativo. **Será discreción del foro, cuando lo considere pertinente, aplicar las disposiciones imperativas del derecho de otro Estado con el cual el contrato tenga vínculos estrechos**”. (Resaltado nuestro).

²⁶³ “[S]on normas de Derecho positivo, pero que actúa antes que las normas de conflicto; sustraen materias a estas en favor de la *lex fori*. Estas reglas se denominan usualmente reglas de aplicación inmediata (por Francescakis y Graulich, por ejemplo), aunque han recibido otros títulos no siempre satisfactorios. . . En todo caso, la terminología no es lo suficientemente clara como para indicar lo que se quiere distinguir, pues la especialidad de estas reglas no está únicamente en que posean unas ciertas características, sino que de lo que se trata es de la aplicación necesaria e inmediata de las reglas materiales del foro”. Marín, Antonio, *Las Normas de Aplicación Necesaria en Derecho Internacional Privado*, en: *Revista Española de Derecho Internacional*, 1970, Vol. 23, No. 1, pp. 21-22.

²⁶⁴ “Estas normas se han calificado como de aplicación inmediata, puesto que a través de ellas se consigue una aplicación directa, inmediata del Derecho material del foro, sin necesidad de las complicaciones propias del funcionamiento de la norma de conflicto. Como consecuencia de la exclusión de la norma de indirecta, se entiende excluida de antemano toda invocación del Derecho extranjero”. Madrid, Claudia, *Normas de Aplicación Necesaria*, en: *Ley de Derecho Internacional Privado Comentada*, Caracas, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, UCV, 2005, Tomo I, p. 338.

²⁶⁵ Art. 10 de la LDIP: “No obstante lo previsto en esta Ley, se aplicará necesariamente las disposiciones imperativas del Derecho venezolano que hayan sido dictadas para regular los supuestos de hecho conectados con varios ordenamientos jurídicos”.

²⁶⁶ En este orden de ideas encontramos las afirmaciones de Claudia Madrid para quien el artículo 10 de la LDIP establece “una diferenciación entre normas imperativas en general y las normas de aplicación necesaria propiamente dichas. La idea no es aplicar necesariamente todas las disposiciones imperativas del ordenamiento jurídico, el artículo 10 se limita al sector, dentro de sus normas imperativas, que protege ‘...aquellas actividades en las cuales existe especial interés del Estado con fines a protegerlas. . .’”. Madrid, Claudia, *La norma de Derecho Internacional Privado*, Caracas, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, UCV, 2004, Serie Trabajos de Grado No. 1, p. 143.

caso concreto y de los principios e intereses que están siendo protegidos por las normas cuya aplicabilidad ha de considerarse preferente²⁶⁷.

Teniendo presente esa difícil labor que se le plantea a los jueces, la doctrina patria²⁶⁸ ha intentado identificar, dentro de nuestro sistema normativo, aquellos dispositivos que merecen ser considerados como de aplicación necesaria, y han incluido dentro de ese reducido círculo al artículo 44 del Código Civil²⁶⁹, algunas disposiciones de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, las normas sobre prohibición de caza y pesca de algunas especies, disposiciones relativas a la libre competencia y al control cambiario, entre otras. Adicionalmente, estimamos acertado que los derechos y principios constitucionales²⁷⁰, sean tomados en consideración por el sentenciador al momento de la concreción de una norma de aplicación necesaria²⁷¹.

Específicamente en lo que atañe a los supuestos de marinos abandonados, la legislación interna no otorga de manera expresa un carácter de imperatividad especial a ninguna de las disposiciones posiblemente aplicables, que obligue al sentenciador a emplearla de manera preferente e inmediata ignorando el carácter internacional del caso. De igual manera, en la escasa jurisprudencia que han generado los tribunales venezolanos sobre esta materia, no se percata que se haya utilizado un dispositivo legal bajo la alegación de su atributo de norma de aplicación inmediata o necesaria, ignorando la internacionalidad del caso y el resto de fuentes del DIP.

Es por ello que resulta imprescindible recalcar el papel de la jurisprudencia como órgano de la conciencia social²⁷², para asentar criterios jurídicos que puedan orientar la labor de los jueces en esta búsqueda de normas de singular

²⁶⁷ Ciertamente, cuando se podría llegar a “pensar que el hecho de que las normas de aplicación necesaria, al ser normas positivas, facilitan al juez su individualización, lo cierto es que el juez debe identificar el principio que subyace en las mismas a fin de determinar si se trata efectivamente de normas internacionalmente imperativas”. Madrid, Claudia, Constitución y Derecho Internacional Privado, en: *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*; 2018, No. 10, p. 256.

²⁶⁸ Madrid, Normas de Aplicación Necesaria. ..., ob. cit., pp.: 354-355.

²⁶⁹ Donde se establece que el matrimonio únicamente puede contraerse entre un hombre y una mujer.

²⁷⁰ “[S]e puede sostener que el reconocimiento de rango constitucional de los derechos humanos sirve como fundamento a la concepción de que el Derecho Internacional Privado de cada Estado reconoce y protege las expresiones de la vida privada internacionalizada, resultantes del protagonismo del hombre en el tráfico jurídico universal. En este orden de ideas, vale traer a colación lo dispuesto en el artículo 20 constitucional “Toda persona tiene derecho al libre desenvolvimiento de su personalidad, sin más limitaciones que las que derivan del derecho de los demás y del orden público y social. Por otra parte, los preceptos que se refieren a la preservación del orden social constituyen el supremo fundamento del orden público internacional, la excepción de institución desconocida y las leyes de aplicación necesaria, categorías vigentes en nuestro sistema”. (Resaltado nuestro). Bonnemaison, *Curso de Derecho*. ..., ob. cit., p. 125.

²⁷¹ Guerra, Víctor, *Límites Constitucionales del Derecho Internacional Privado ¿Hacia una Jurisdicción Especial?*, Medellín, Biblioteca Jurídica Diké, 2013, p. 162.

²⁷² Betti, Emilio, *Interpretación de la Ley y de los actos jurídicos*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1975, p. 292.

talante²⁷³ que requieran una aplicación necesaria e inmediata en supuestos de abandono de marinos.

Consecuentemente, al momento de la determinación del Derecho aplicable en contextos de abandono de gente de mar, el juzgador debe entrar a analizar muy cuidadosamente la existencia de intereses en riesgo dentro de asunto presentado que sean especialmente protegidos por normas internacionalmente imperativas, y, de descubrir que existen, deberá dar aplicabilidad preferente a las referidas disposiciones entendiendo su carácter de normas de aplicación necesaria e inmediata.

Y, tal como se indicó previamente, al no existir dentro del aparato jurídico nacional un indicativo expreso de qué normas han de entenderse como de aplicación inmediata o necesaria, el sentenciador está llamado a asumir la tarea de otorgar esa connotación de imperatividad especial si estima que existe una determinada disposición cuya aplicabilidad es imperiosa en el caso objeto de decisión, atendiendo a los principios o bienes jurídicos que busquen ser protegidos a través de dicho canon.

B. Normas materiales especiales

Ahora bien, si el juez estima que no existen normas de aplicación necesaria o inmediata que deban ser empleadas para la resolución de la litis trabada, como siguiente paso tendrá que ubicar normas materiales especiales. Como su nombre lo indica, se trata de reglas de contenido material que van dirigidas a dar una respuesta directa al asunto bajo discusión²⁷⁴, derivando su carácter “especial” del hecho de que la respuesta que envuelve ha sido diseñada pensando puntualmente en supuestos con elementos de extranjería, por lo cual puede diferir de la solución dada por el legislador para casos meramente domésticos²⁷⁵.

La aplicación preferente de las normas materiales especiales frente a las normas conflictuales deriva de que son disposiciones cuidadosamente forjadas por el legislador para regular sustantivamente supuestos conectados con dos o más ordenamientos jurídicos, lo cual lleva a pensar que la solución propuesta por

²⁷³ Madrid, Constitución y Derecho..., ob. cit., p. 257.

²⁷⁴ “Una norma material especial supone regular con carácter material una situación que por definición está conectada con distintos ordenamientos..., estas ofrecen una regulación material, directa, al supuesto heterogéneo”. Fonti, Albert, Actualización y desarrollo del sistema de derecho interregional, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, 2007, p. 108.

²⁷⁵ “Se ha sostenido que el carácter especial de estas normas materiales puede apreciarse tanto desde el punto de vista del supuesto regulado, pues este es propio y especial del Derecho internacional privado, como desde la perspectiva de la respuesta que el mismo recibe, debido a que esta atiende a los elementos de extranjería del caso concreto y por ello es diferente de la que se da a los supuestos internos”. Madrid, *La norma de Derecho...*, ob. cit., p. 149.

ellas es mucho más acorde al supuesto regulado, que aquella que pueda serle aplicable a través de la operatividad de una norma indirecta²⁷⁶.

De ubicar dentro de su sistema de DIP este tipo de dispositivos, y de ser aplicables al supuesto en concreto, el sentenciador nacional deberá emplearlos para dar una respuesta directa a la causa. La búsqueda de las referidas normas deberá iniciarla en los tratados internacionales vigentes que regulen la materia planteada, a tenor del orden de prelación de fuentes estatuido en el artículo 1 de la LDIP. Y es justamente en los acuerdos multilaterales donde se encuentra mayormente esta categoría de disposiciones, ya que el legislador internacional contemporáneo, al haberse percatado de las dificultades que históricamente han comportado los intentos de unificación de criterio con respecto a las normas conflictuales²⁷⁷, más recientemente ha optado por enfocar sus esfuerzos en crear normas materiales que permitan la tan ansiada uniformidad legislativa entre las naciones²⁷⁸.

Esta situación, ha permeado en el contexto marítimo donde, con sobradas razones, la realidad de los trabajadores de abordaje y las condiciones en las cuales deben prestar sus servicios, ha sensibilizado a la comunidad marítima internacional, suscitando que la OIT y la Organización Marítima Internacional (OMI) se hayan convertido en constantes propulsoras de la producción de tratados internacionales, reglas y normas técnicas para regular el trabajo y sobre todo la vida de los tripulantes a bordo de un buque. Solo a modo de referencia podrían nombrarse los siguientes instrumentos:

- (i) Convenio internacional para la seguridad de la vida humana en el mar (Convenio SOLAS) (reformado), 1974.
- (ii) Convenio sobre la marina mercante (normas mínimas), 1976 y su Protocolo de 1996.
- (iii) Convenio sobre la continuidad del empleo (gente de mar), 1976.
- (iv) Convenio sobre la seguridad social de la gente de mar (revisado), 1987.
- (v) Convenio sobre la protección de la salud y la asistencia médica (gente de mar), 1987.
- (vi) Convenio sobre el bienestar de la gente de mar, 1987.

²⁷⁶ Fonti, *Actualización y desarrollo...*, ob. cit., p. 108.

²⁷⁷ "Baste recordar que el antagonismo entre la ley nacional y la del domicilio ha impulsado por rutas discordantes a los países continentales europeos y a los americanos y, aun entre los primeros, está muy lejos la posibilidad de un sistema conflictual totalmente unificado". Fonti, *Actualización y desarrollo...*, ob. cit., p. 450.

²⁷⁸ *Ibidem*, p. 450.

- (vii) Convenio sobre las horas de trabajo a bordo y la dotación de los buques, 1996.
- (viii) Convenio sobre la contratación y la colocación de la gente de mar, 1996.
- (ix) Convenio sobre la inspección del trabajo (gente de mar), 1996.
- (x) Convenio sobre los documentos de identidad de la gente de mar (revisado), 2003.

Todos estos tratados, van dirigidos a garantizar ciertos estándares de seguridad, protección y salvaguardar los derechos de las tripulaciones. Esta actitud proteccionista ha llevado a que, tanto organizaciones multilaterales como la mayoría de los países del mundo entero, tomen una posición enérgica contra los armadores y dueños de buques que abandonan sus embarcaciones y tripulantes, conjugando esfuerzos para intentar minimizar los abandonos y las consecuencias dañosas que estos supuestos generan a los marinos, sus familias e, incluso, a los pobladores de las zonas portuarias que, por caridad, suelen hacerse cargo del sustento de la gente de mar en ese estado.

Aun cuando son variados los instrumentos internacionalmente aplicables al trabajo y la vida en el mar, solo una pequeña parte de ellos contiene dispositivos que incluyen normas materiales diseñadas para regir el trabajo de los tripulantes a bordo de navíos, su contratación, y los derechos y obligaciones de las partes involucradas; este número se reduce drásticamente si nos enfocamos en aquellos tratados que están vigentes para nuestro país.

Dedicaremos los próximos incisos a dar un pequeño recorrido por aquellos acuerdos internacionales que, en razón a la materia que desarrollan, podrían contener normas materiales especiales aplicables a supuestos de gente de mar abandonada, iniciando por aquellos vigentes para Venezuela.

1. Convenio No. 22 sobre el Contrato de Enrolamiento de la Gente de Mar, 1926

Primeramente, se halla este instrumento que es producto de la 9ª reunión de la Conferencia General de la OIT, convocada en Ginebra el 7 de junio de 1926. En su momento fue ratificado por 60 Estados, sin embargo, en la actualidad, está en vigor únicamente para 17 países²⁷⁹, siendo que para el resto ya no es exigible en virtud de la ratificación del MLC, 2006.

²⁷⁹ Brasil, Colombia, Cuba, Djibouti, Dominica, Egipto, Iraq, Macedonia del Norte, Mauritania, México, Pakistán, Papua Nueva Guinea, Perú, Sierra Leona, Somalia, Uruguay y Venezuela.

En él se incorporan las condiciones mínimas que deben verificarse cuando se suscribe un acuerdo de enrolamiento de gente de mar, para prestar servicios en buques dedicados a la navegación marítima mercante²⁸⁰.

Listando los requerimientos más explicativos se obtiene que el contrato:

(i) Debe ser firmado por el armador o su representante y la gente de mar, debiendo otorgarse las facilidades para que los trabajadores lo examinen debidamente antes de firmarlo.

(ii) Las condiciones para su firma han de estar fijadas por la legislación de cada Estado, y solo se entenderán como cumplidas si la autoridad local competente certifica que el acuerdo le fue presentado por escrito y el mismo se apega a las exigencias legales.

(iii) No puede contener disposiciones que contravengan las leyes nacionales o el contenido del Convenio.

(iv) No debe incluir cláusulas de jurisdicción que contravengan las reglas normales de la competencia jurisdiccional, por lo cual se insiste en la necesidad de emprender medidas adecuadas a tales fines, teniendo siempre en cuenta las leyes de cada Estado.

A la fecha, Venezuela es parte del Convenio sobre el Contrato de Enrolamiento de la Gente de Mar de 1926, ratificación registrada el 20 de noviembre de 1944. Se juzga acertado indicar que en el Informe ILC.100/III/1A de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, se hace un puntual señalamiento al Estado venezolano sobre la urgencia de adaptar su legislación interna para dar cabal cumplimiento al contenido del Convenio; exigencia que ha sido reiterada en múltiples oportunidades y frente a las cuales la representación del país ha anunciado la futura reforma de la normativa nacional para garantizar la plena aplicación del Tratado²⁸¹.

No obstante, el referido Informe recalca la renuencia de Venezuela a plegarse a las disposiciones del Convenio No. 22 y de cumplir los compromisos asumidos, afirmando que la Ley General de Marinas y Actividades Conexas de 2002 y la Ley de Navegación de 1998²⁸², no acogían los preceptos del Tratado pese a que entraron en vigencia luego de la ratificación del mismo y de las múltiples exhortaciones de la Comisión²⁸³.

²⁸⁰ Organización Internacional del Trabajo (OIT), Convenio sobre el Contrato de Enrolamiento de la Gente de Mar. Adoptado en Ginebra el 24 de junio de 1926. Disponible en: <https://bit.ly/2NLeKAQ>

²⁸¹ Organización Internacional del Trabajo (OIT), Informe ILC.100/III/1A de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, 2011. Disponible en: <http://bit.ly/2eG1hsr>

²⁸² Ambas leyes actualmente derogadas.

²⁸³ Organización Internacional del Trabajo (OIT), Informe ILC.100/III/1A... ob. cit., s/p.

Si bien en las leyes marítimas de ese momento, ni en las de ahora, se regula el contrato de enrolamiento, en la legislación laboral sustantiva interna sí se avizoran algunos esfuerzos encaminados en este sentido.

Justamente, la LOT y su sucesora la LOTT, en análogos términos, refieren de manera laxa el contrato de trabajo que rige las condiciones de prestación de servicios en los contextos de navegación marítima, fluvial y lacustre a bordo de buques mercantes. Apunta la LOTT que el enrolamiento de los trabajadores ha de hacerse a través de una convención colectiva, caso contrario corresponde suscribirse acuerdos individuales con los trabajadores antes del inicio de las labores, los cuales deberán ser formalizados ante la Capitanía de Puerto del lugar de enrolamiento²⁸⁴. Este dispositivo parece adecuarse a las estipulaciones del Convenio de Contrato de Enrolamiento de Gente de Mar, que exige la existencia de un acuerdo escrito entre el armador y su tripulación previo al comienzo de las actividades a bordo de la embarcación.

No obstante, estas consideraciones se vuelven inoficiosas cuando se detalla que la Ley permite que el referido pacto no se celebre por escrito, bastándose únicamente para el enrolamiento la inclusión del marino en el rol de tripulantes del buque o, incluso, el simple aprovechamiento de sus servicios²⁸⁵.

Es evidente, pues, que más de 60 años después de ratificado este instrumento, el sistema legal nacional sigue sin adecuarse a las estipulaciones mínimas del Convenio No. 22, al permitir el alistamiento de marinos sin la existencia de un documento escrito que acredite los derechos y obligaciones de las partes y las condiciones del servicio o remuneración, volviéndose así infructuosos los esfuerzos decantados en el Tratado por dar oportunidades suficientes a los trabajadores de examinar con antelación las estipulaciones del contrato, comprenderlas y decidir si le conviene o no enrolarse. Más adelante, en el epígrafe titulado “Derecho Venezolano como Ley Aplicable”, comentamos de manera más detallada el caso venezolano.

2. Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, 1990

Luego encontramos un tratado de carácter más general, no enfocado únicamente a la gente de mar, sino que es aplicable a todos los trabajadores. Se trata de la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, adoptada en 1990 en el seno de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Este Convenio fue suscrito por 39

²⁸⁴ Art. 246 de la LOTT.

²⁸⁵ *Ídem*.

Estados en New York el 18 de diciembre del referido año y, a la fecha, cuenta con 54 Estados parte²⁸⁶. Para Venezuela se encuentra en vigencia, habiendo sido depositada su ratificación el 25 de octubre de 2016 como producto de las recomendaciones dictadas en el 2do Ciclo EPU Venezuela 2016²⁸⁷; la Ley aprobatoria de la Convención fue publicada en G.O. No. 40.405 del 6 de marzo de 2014²⁸⁸.

En el marco de la entrada en vigencia de este instrumento, la República se comprometió al fortalecimiento de los mecanismos de protección de los derechos de los migrantes, a través de la preparación y generación de talleres de capacitación para las autoridades que ocupan cargos en las oficinas de inmigración, desempeñando labores en los puntos de entrada y de salida del país²⁸⁹.

El preámbulo de este Tratado pone de manifiesto la importancia que comporta para el mundo actual la migración, la libre circulación de trabajadores y sobre todo la necesidad impostergable de ofrecerles a los trabajadores bajo esa modalidad y a sus familiares, la debida protección de los DD.HH. consagrados en los más diversos instrumentos multilaterales, independientemente del lugar o situación en la que se encuentren, al tratarse de un escenario que se presta para encubrir situaciones ilegales y dejar en indefensión a los trabajadores²⁹⁰.

Dentro de su ámbito de aplicación, arropa a todos los trabajadores migratorios y a sus familiares durante el proceso completo de migración: la partida, el tránsito, el tiempo de estadía y de ejercicio de una actividad remunerada en el Estado de empleo, así como el regreso al lugar de origen o residencia habitual²⁹¹.

Enfocados en los derechos que el acuerdo consagra a favor de los trabajadores migratorios, se encuentra que le está garantizada la vida, la seguridad personal y la libertad plena de salir de cualquier Estado y de regresar en todo momento a su localidad de origen y permanecer en ella²⁹². Es oportuno indicar que, además, atribuye a los trabajadores migratorios iguales derechos que aquellos

²⁸⁶ Organización de las Naciones Unidas (ONU), *Status of the International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of their Families*, 2019. Disponible en: <https://bit.ly/2JEmSmG>

²⁸⁷ Centro de Derechos Humanos de la Universidad Católica Andrés Bello, *Derechos de los trabajadores migrantes y de sus familias*, Hoja Informativa 2º Ciclo EPU Venezuela, 2016. Disponible en: <https://bit.ly/2utSIde>

²⁸⁸ Gaceta Oficial No. 40.405, 6 de mayo de 2014. Ley Aprobatoria de la Convención Internacional Sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares. Disponible en: <https://bit.ly/2KWebXq>

²⁸⁹ Centro de Derechos Humanos de la Universidad Católica Andrés Bello, *Derechos de los trabajadores migrantes y de sus familias* . . . , ob. cit., s/p.

²⁹⁰ Organización de las Naciones Unidas (ONU), Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares. Disponible en: <http://bit.ly/1J8Fju8>

²⁹¹ Art. 1 Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares.

²⁹² Arts. 8 a 16 Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares.

consagrados a favor de los trabajadores nacionales del Estado receptor, debiendo los tribunales competentes brindarles las garantías procesales legales cuando comparezcan ante los organismos jurisdiccionales del país de destino²⁹³. Adicionalmente, se exige que las autoridades consulares o diplomáticas de la nación de origen del trabajador migrante, brinden la protección y asistencia que corresponda, cuando estos vean menoscabados sus derechos²⁹⁴.

De la mano con lo anterior, se dispone que tanto los trabajadores migrantes como sus familiares tendrán derecho a que el Estado de origen, de empleo o de tránsito, les proporcionen información sobre sus derechos en un idioma que puedan entender²⁹⁵.

A la vez, se declara la igualdad de trato entre nacionales y extranjeros en relación con las medidas de protección contra los despidos, indicándose que en los supuestos donde un trabajador migratorio alegue que su empleador ha violado las condiciones de su contrato de trabajo, tendrá derecho a recurrir ante las autoridades competentes del Estado de empleo²⁹⁶.

Puntualmente, en lo que respecta a la gente de mar, este Convenio refiere a los marinos como una categoría de trabajadores migratorios, que son empleados a bordo de una embarcación registrada en un Estado del cual no son nativos²⁹⁷. Su inclusión como trabajadores migrantes viene del hecho de que los mismos ejecutan una actividad remunerada en los confines de uno o varios Estados de los cuales, generalmente, no son nacionales.

Frente a la interrogante de si el Convenio pudiera regir los contextos de trabajadores a bordo de un buque, el literal “f” del artículo 3 del referido instrumento excluye de su ámbito de aplicación a los marinos²⁹⁸ que no hayan sido autorizados a residir y ejercer una actividad remunerada en el Estado de empleo, entendiéndose por este último el país donde el trabajador migratorio vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada²⁹⁹. Por lo tanto, el juez, previo a la aplicación de este Tratado, deberá verificar si se cumple el extremo de ley

²⁹³ Art. 18 Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares.

²⁹⁴ Art. 23 Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares.

²⁹⁵ Art. 33 Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares.

²⁹⁶ Art. 54 Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares.

²⁹⁷ Art. 2 literal “c” de la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares.

²⁹⁸ Definidos por la Convención en el art. 2 literal “c” como “todo trabajador migratorio empleado a bordo de una embarcación registrada en un Estado del que no sea nacional”, incluyendo a los pescadores.

²⁹⁹ Así definido por la Convención en el art. 6 literal “b”.

requerido, a saber, que el marino esté autorizado por el Estado del pabellón de la nave de residir o realizar actividades remuneradas dentro de su territorio³⁰⁰.

De ser aplicable el acuerdo internacional *in comento* en el caso de marinos abandonados, el juez emplearía este instrumento a los fines del reconocimiento de un cúmulo de derechos que el mismo otorga a los trabajadores migrantes, como lo son el tratamiento igualitario entre los trabajadores del Estado de empleo y el trabajador migratorio³⁰¹, el derecho a recibir la atención médica que resulte necesaria para preservar la vida del trabajador o para evitar daños irreparables a su salud³⁰², el derecho a la repatriación de los restos del trabajador en caso de muerte³⁰³, entre otros.

Aun cuando el contenido de este acuerdo pueda parecer adaptable a la situación de los marinos, y por tanto útil para la resolución de los casos de abandono, la disposición según la cual se excluye de su ámbito de aplicación a los tripulantes que no cuenten con permiso de residencia o autorización para realizar actividades remuneradas en el territorio del Estado de empleo, hace de esta normativa una herramienta de restringido alcance, debido a que, de entenderse que el lugar de empleo sería el Estado del pabellón de la nave, se tendría que contar con los referidos permisos legalmente tramitados y emitidos por el gobierno del país de registro de la nave, lo cual muchas veces en la práctica no se configura.

En efecto, el carácter dinámico de comercio marítimo y la alta rotación de tripulantes, hace quimérico que en ciertas ocasiones los trabajadores de a bordo cuenten con permisos de residencia o de trabajo emitidos por los países de abanderamiento de los buques donde van a prestar servicios, situación que se ve agravada cuando nos encontramos con buques que navegan bajo banderas de conveniencia³⁰⁴, cuyas regulaciones en esta materia son sumamente laxas³⁰⁵, y que lleguen a representar casi el 60% de los navíos que son abandonados³⁰⁶.

³⁰⁰ Esta afirmación no se funda, como podría llegar a pensarse en un primer momento, en la superada teoría de la extraterritorialidad del buque, sino en el hecho de que el mismo Convenio, para otorgar el calificativo de migratorio al trabajador coloca el condicionante de que el registro de la nave se haya realizado en un país diferente del cual el marino es nacional. Véase en tal sentido el literal “c” del artículo 2 del Tratado bajo examen.

³⁰¹ Arts. 25 y 27 de la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares.

³⁰² Art. 28 de la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares.

³⁰³ Art. 71 de la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares.

³⁰⁴ “Más del 51 por ciento del arqueo mundial está registrado con una BDC”, ITF Seafarers, s/f. Definición de las BDC y los problemas que plantean. Disponible en: <https://bit.ly/2Z3oRGp>

³⁰⁵ “[L]as banderas de conveniencia, permiten contratar a los tripulantes allí donde sean más rentables, disfrutar de escasas obligaciones sociales y contratar inspecciones más flexibles, seguirán creciendo en detrimento de los pabellones tradicionales”. Zamora, Juan, Buques sin Tripulación, en: Diario Sur, 14 de julio de 2019. Disponible en: <https://bit.ly/2Y5nlSV>

³⁰⁶ ITF Seafarers, (s/f). Definición de las BDC... ob. cit., s/p.

Es por ello que, a pesar de que existen normas materiales internacionales vigentes que podría ser empleados por los tribunales nacionales para buscar soluciones acordes a las necesidades de los sujetos involucrados en las realidades de abandono, su aplicabilidad se ve mermada por el desfase existente entre las concepciones teóricas legales y la realidad social regulada. Innegablemente, esto entorpece el acceso a una justicia material efectiva, ya que, aun cuando el juez cuenta con un instrumento que podría ser usado para la resolución de la causa que está siendo sometida a su arbitrio, el mismo podría quedar neutralizado por requerimientos legales que no se corresponden con la realidad material regulada.

Adicionalmente, dentro del aparataje jurídico internacional se encuentran otros tratados de suprema relevancia, dedicados a reglar el trabajo a bordo de buques mercantes y que, específicamente, tratan los escenarios de abandonos de marinos en puertos extranjeros; como lo es el Convenio sobre la Repatriación de la Gente de Mar de 1987 y el MLC 2006.

No obstante, para el momento de la elaboración del presente trabajo, los referidos instrumentos no han sido ratificados por Venezuela, pese a la importancia que revisten y al hecho de que este último ha sido considerado el cuarto convenio fundamental que regula la navegación marítima, a la par del SOLAS, el MARPOL y el STCW, siendo que agrupa en su texto no solo 68 convenciones y recomendaciones sobre el trabajo marítimo, sino también principios generales para asegurar condiciones de trabajo y vida decentes para la gente de mar.

A pesar de que esos Convenios no son exigibles para Venezuela, es importante conocerlos para impulsar su suscripción y ratificación en cuanto no sea perjudicial para el país, pudiendo incluso ser empleados como principios generalmente aceptados³⁰⁷ o incluso como Derecho primario si del juego de la norma de conflicto resulta aplicable la legislación de uno de los Estados signatarios del mismo³⁰⁸, y Venezuela simplemente tiene jurisdicción para conocer de la causa, pero su Derecho no sea el aplicable.

Es por ello que los incluimos en la presente sección y desarrollamos su contenido seguidamente.

³⁰⁷ Este punto es desarrollado en aparte numerado 4.4, dedicado a la analogía y los principios generalmente aceptados del DIP.

³⁰⁸ Recuérdese en este punto que una de las consecuencias de la aplicación del Derecho extranjero es el “respeto al orden de las fuentes establecido por el ordenamiento jurídico extranjero y, por tanto, tendrán aplicación preferente las convenciones internacionales vigentes en el respectivo país. Así procedió en Venezuela, el Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Mercantil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda, en sentencia del veintinueve de febrero de 1968, entonces a cargo de quien escribe, cuando aplicó como derecho japonés la Ley Uniforme de Ginebra de 1930, ratificada por dicho país, y el cual había sido declarado competente por la norma de conflicto venezolana”. Parra, *Curso General de Derecho...*, ob. cit., pp. 104-105.

3. Convenio sobre la Repatriación de la Gente de Mar, 1987

Este instrumento se plantea como una revisión y complementación del tratado de igual nombre y de las Recomendaciones sobre la Repatriación de Capitanes y Aprendices de 1926, habidas cuentas del cada vez más frecuente empleo de marinos extranjeros en la industria del transporte marítimo³⁰⁹. Su regulación se extiende a todos los buques dedicados a la navegación marítima comercial, ya sean de propiedad pública o privada, siempre que se hallen matriculados en un Estado para el cual el Convenio esté en vigor, así como a los armadores y a los marinos de tales embarcaciones³¹⁰.

Dentro de sus disposiciones de mayor importancia se encuentra el artículo 2 referente al derecho de repatriación que ampara a todos los marinos cuando caigan en alguna de las siguientes circunstancias:

- (i) expiración del contrato a tiempo determinado estando el marino en el extranjero;
- (ii) expiración del período de preaviso;
- (iii) enfermedad, accidente o cualquier otra razón médica que exija su repatriación;
- (iv) naufragios;
- (v) guerras;
- (vi) terminación o interrupción del empleo del marino como consecuencia de un laudo arbitral o de un convenio colectivo.

Otra de las circunstancias que contempla el referido artículo como causal de activación del derecho de repatriación, es la hipótesis en la que el armador no pueda seguir cumpliendo sus obligaciones legales o contractuales como empleador a causa de quiebra, venta o cambio de matrícula del buque o por cualquier otro motivo semejante³¹¹. Se advierte que son las mismas condiciones que suelen presentarse en los casos de abandono de marinos, de ahí la importancia de traer a colación este Tratado y dejar ver que existe en estos supuestos la obligación para el patrono de repatriar a los trabajadores, aun cuando no pueda seguir cumpliendo sus demás deberes.

Obsérvese que se trata de un marco regulador diseñado para proteger a los marinos a través de la consagración del derecho a la repatriación, ya que se entiende que de todas las obligaciones que adquiere el armador con su tripulación, una de las prioritarias es devolverlo a su lugar de origen o de contratación.

³⁰⁹ Organización Internacional del Trabajo (OIT), Convenio sobre la Repatriación de la Gente de Mar (revisado). Aprobado en Ginebra el 9 de octubre de 1987. En vigor desde el 3 de julio de 1991.

³¹⁰ Art. 1 del Convenio sobre la Repatriación de la Gente de Mar.

³¹¹ Art. 2 del Convenio sobre la Repatriación de la Gente de Mar.

El Convenio sobre la Repatriación sigue la misma tónica que el MLC 2006, al indicar que incumbe al armador la responsabilidad de organizar y costear la repatriación por medios apropiados y rápidos. Dichos costos incluirán: (a) el pasaje hasta el punto de destino elegido para la repatriación; (b) el alojamiento y la alimentación; (c) la remuneración y las prestaciones del marino; (d) el transporte del equipaje personal del marino; y (e) el tratamiento médico si es necesario³¹².

Este instrumento también carga de responsabilidad al Estado miembro, ya que en aquellas situaciones donde el armador evada sus obligaciones de repatriación, la autoridad competente del Miembro en cuyo territorio esté matriculado el buque gestionará la repatriación del tripulante y asumirá el costo de la misma; caso contrario el Estado de cuyo territorio deba ser repatriado el marino o aquél del cual sea nacional, podrán organizar su repatriación y recuperar el costo de la misma del Estado parte en que esté matriculado el buque³¹³.

En lo que respecta a la efectividad del Convenio, estimable por la cantidad de suscriptores y el impacto de ellos dentro del tráfico marítimo internacional, se debe indicar que actualmente solo está en pleno vigor para 5 Estados: Brasil, Egipto, Guayana, México y Turquía³¹⁴; siendo que el resto de las naciones nunca lo ratificaron o lo denunciaron al suscribir el Convenio MLC 2006.

4. Convenio sobre el Trabajo Marítimo de la OIT, 2006 (MLC 2006)

Por último, encontramos el Convenio MLC 2006, adoptado en Ginebra, en la 94ª reunión del CIT, el 23 de febrero del 2006, enmendado en dos oportunidades por la Conferencia Internacional del Trabajo, la primera de ellas en su 103ª reunión en 2014, y la segunda en su 105ª reunión en 2016.

Su contenido dispone los derechos de los que deben gozar los trabajadores de a bordo, garantizándoles estándares de trabajo dignos y coadyuvando a procurar condiciones de competencia leal para los armadores nacionales de los Estados parte³¹⁵. Básicamente, el Tratado consta de tres cuerpos normativos: un Convenio (texto principal) conformado por 16 artículos, un Reglamento y un Código. Las dos primeras secciones detallan los derechos, principios y las

³¹² Art. 4 del Convenio sobre la Repatriación de la Gente de Mar.

³¹³ Art. 5 del Convenio sobre la Repatriación de la Gente de Mar.

³¹⁴ Organización Internacional del Trabajo (OIT), Base de datos sobre Ratificación e implementación del Convenio sobre la repatriación de la gente de mar. Disponible en: <https://goo.gl/RurqiW>

³¹⁵ Organización Internacional del Trabajo (OIT), Convenio sobre el trabajo marítimo, 2006 (MLC, 2006), Preguntas más frecuentes, 4ª ed., 2016. Disponible en: <https://bit.ly/2SwPpNL>

obligaciones básicas de los miembros, mientras que el Código explica la forma de aplicación del Reglamento³¹⁶.

A tenor de lo dispuesto en el Convenio, su contenido es aplicable a toda la gente de mar, entendiéndose por tal aquella persona que esté empleada o contratada o que trabaje en cualquier puesto a bordo de un buque al que se aplique el Convenio, así como a las embarcaciones, de propiedad pública o privada, dedicadas habitualmente a la realización de actividades comerciales; quedando exceptuados los navíos de guerra y aquellos empleados para la pesca o de construcción tradicional³¹⁷.

La importancia capital de este Acuerdo se desprende de que su texto refunde, en un solo instrumento, la casi totalidad de las normativas internacionales producidas sobre el trabajo marítimo, actualizando las disposiciones que han regido las formas de vida y de trabajo a bordo desde el siglo pasado³¹⁸.

Bajo el esquema de este instrumento, se califican como supuestos de abandono de marinos aquellos donde el armador incumple con sus obligaciones de sufragar el costo de la repatriación de la gente de mar, o deje a los tripulantes sin recursos para su manutención, rompa unilateralmente sus vínculos con los marinos, e incluso si omite el pago de sus salarios durante al menos dos meses³¹⁹.

La Regla 2.5 del Reglamento del Convenio fue escogida para asegurar el derecho a repatriación que corresponde a toda la gente de mar, apuntalándose el deber de los Estados miembro de exigir que los buques que enarbolan su pabellón mantengan garantías financieras que permitan avalar su cabal y oportuno cumplimiento. Seguidamente, detalla todos los contextos que harían procedente la exigencia del derecho a ser devuelto a su lugar de origen, entre los que destacan:

(i) la expiración del contrato de trabajo mientras el marino se encuentre en el extranjero;

(ii) la rescisión por causas justificadas del acuerdo de empleo de la gente de mar, bien sea de parte del armador o del trabajador;

(iii) la imposibilidad de los marinos de seguir desempeñando sus funciones en el marco del acuerdo de empleo que haya suscrito o no pueda esperarse que las cumplan en circunstancias específicas³²⁰.

La pauta 2.5.1. precisa cada uno de estos escenarios, en donde se incluyen los casos de naufragio, las imposibilidades del armador de seguir cumpliendo sus

³¹⁶ Organización Internacional del Trabajo (OIT), Convenio sobre el Trabajo Marítimo, 2006, en su versión enmendada, 2019. Disponible en: <https://bit.ly/2LyL1xe>

³¹⁷ Art. 2 del MLC 2006.

³¹⁸ Organización Internacional del Trabajo (OIT), Objetivo del año del centenario en el sector marítimo: lograr 100 ratificaciones del MLC, 2006, 2019. Disponible en: <https://bit.ly/2Obqvox>

³¹⁹ Norma A2.5.2 del Reglamento del MLC 2006.

³²⁰ Norma A2.5.1 del Reglamento del MLC 2006.

obligaciones legales o contractuales como empleador de la tripulación a causa de insolvencia, venta del buque, cambio de matrícula del buque o por cualquier otro motivo análogo, así como los supuestos en los que el buque se dirija hacia una zona de guerra, o terminaciones e interrupciones del empleo como consecuencia de un laudo arbitral o convenio colectivo³²¹.

A los Estados miembro se les encomienda adicionalmente, vigilar y favorecer que sus legislaciones internas contemplen normativas donde se detallen los contextos de posible repatriación, se garantice su carácter gratuito para los trabajadores y se precisen los derechos que los armadores han de conceder para la repatriación: destinos, medio de transporte, gastos a ser sufragados, entre otros³²².

Esta carga que le es impuesta a los países se incrementa cuando sus armadores incumplen el dictamen legal de repatriar, puesto que será la autoridad competente del Estado miembro cuyo pabellón enarbole el buque la llamada a organizar la repatriación de la gente de mar, caso contrario el gobierno del país de cuyo territorio deba ser repatriado el marino o el de su nacionalidad podrá organizar la repatriación y recuperar los gastos en los que incurrió, a expensas de la nación del pabellón de la nave³²³. Al plantear tantas opciones, el Reglamento busca que de una forma u otra se logre el objetivo de repatriar al trabajador a su localidad de origen, entendiéndose que en la mayoría de los casos no todos los países involucrados en una situación de este tipo han suscrito y ratificado el Convenio, lo que haría inexigible para esos Estados no firmantes el cumplimiento de los compromisos en él contenidos.

De ahí que se amplíe el espectro de naciones responsables ante tales circunstancias: país de registro del buque, lugar donde deba ser repatriado, Estado del que es nacional el trabajador.

Inclusive, se impone como deber a los signatarios facilitar el proceso de repatriación a aquellos que prestan servicio en embarcaciones cuando atraquen en sus puertos, o atraviesen sus aguas territoriales o vías internas de navegación; quedando imposibilitados de denegar la repatriación a ningún marino independientemente de las circunstancias financieras de los armadores, su incapacidad o falta de voluntad³²⁴.

Los redactores del Reglamento, adicionalmente, incluyeron los conceptos mínimos que debe sufragar el armador en razón de la repatriación, resaltando aquellos referidos al pasaje, alojamiento y alimentación, desde el momento en que la gente de mar abandona el buque hasta su llegada al punto de repatriación,

³²¹ Pauta 2.5.1 del Reglamento del MLC 2006.

³²² Norma A2.5 del Reglamento del MLC 2006.

³²³ *Ídem*.

³²⁴ Norma A2.5 del Reglamento del MLC 2006.

la remuneración y las prestaciones, el transporte del equipaje personal, así como su tratamiento médico de ser necesario³²⁵.

Estas especificaciones sobre los elementos que comprende el derecho a la repatriación ostentan suprema relevancia puesto que, ni el resto de los tratados internacionales ni la legislación interna venezolana, se detienen a detallar los referidos aspectos, pudiendo quedar sin cumplimiento el pago de ciertos pasivos por no ser entendidos como parte de la repatriación, lo que a todas luces repercute de manera negativa en la esfera del débil jurídico de la relación.

Ahora bien, en lo que respecta a los lugares a los que podría repatriarse la gente de mar, el Reglamento permite que los Estados firmantes los determinen; sin embargo, sugiere varias plazas que deberían ser incluidas como destinos tentativos, salvando siempre el derecho preferente del marino de elegir el territorio al cual será dirigido, siendo alguno de ellos:

- (i) el lugar en el que la gente de mar aceptó la contratación;
- (ii) aquel estipulado por convenio colectivo;
- (iii) el país de residencia del trabajador³²⁶.

Una de las novedades que introducen las enmiendas del 2014 al Reglamento, es la exigencia para los Estados miembro de sistemas de garantía financiera para los buques que enarbolan su pabellón, que podrían consistir en regímenes de seguridad social, seguros o fondos nacionales, que tendrán como finalidad proporcionar acceso directo, cobertura suficiente y asistencia financiera rápida a toda la gente de mar abandonada a bordo de un buque que sea nacional de un Estado parte³²⁷.

Cierra este tópico el Reglamento, estableciendo que en aquellos territorios donde esté vigente la Convención, el gobierno nacional brindará la máxima asistencia práctica requerida por los marinos en situación de abandono, mientras se gestiona y concretiza la repatriación, velando siempre porque sea informado sobre la situación a los representantes consulares del Estado cuyo pabellón enarbola el buque y del Estado del cual el trabajador es nacional o residente³²⁸.

Es ostensible que la meta a alcanzar con todas las disposiciones es el mayor bienestar posible para las personas que prestan servicio en el mar, y garantizarles tanto a ellas como a sus familiares, estabilidad en todo momento, especialmente en cuando pueda estar en riesgo su seguridad e integridad.

Ahora bien, lo único más importante de un tratado internacional después de su contenido, son los países para los cuales el mismo tiene vigencia, pues la

³²⁵ *Ídem*.

³²⁶ Pauta B2.5.1 del Reglamento del MLC 2006.

³²⁷ Norma A2.5.2. del Reglamento del Convenio sobre el Trabajo Marítimo.

³²⁸ Pauta B2.5.2 del Reglamento del Convenio sobre el Trabajo Marítimo.

idea en la que se funda la creación de todos los instrumentos de este tipo es su operatividad, es decir, la aplicación de las normas en él contenidas, requiriéndose en ese sentido que sea suscrito, ratificado y entrado en vigencia para los Estados parte.

En el caso del Convenio MLC 2006, se procuró que su adopción siguiera estándares muy restrictivos, necesiándose el registro de un mínimo de 30 ratificaciones de países que fueran representativos del 33% del arqueo bruto de la flota mercante mundial, llegando a entenderse como el instrumento más estricto en materia de entrada en vigor si se compara con los demás Convenios de la OIT. Con esto, lo que se pretendía era avalar que el Convenio contara verdaderamente con el apoyo del sector marítimo global, en especial aquel representativo de los armadores³²⁹.

Este Convenio ha sido objeto de tres enmiendas desde su entrada en vigor en 2013 y, a la fecha, cuenta con la ratificación de 93 Estados, representativos de más del 91% de la flota mercante mundial³³⁰, resaltando entre los países miembro Reino Unido, Italia, Francia y Dinamarca³³¹. Parece necesario indicar, además, que para Grecia y Panamá también se encuentra en vigor el referido tratado, lo que resulta de suprema importancia dado el hecho que se trata de países caracterizados por ser banderas de conveniencia siendo que proporcionan a los buques registrados bajo su pabellón, una serie de normas aplicables mucho más laxas, incluyendo las relativas a la seguridad y al trabajo de las tripulaciones.

Los Estados miembro del Convenio deben velar porque los buques de su pabellón que posean un arqueo bruto igual o superior a 500 toneladas cuando realicen viajes internacionales, lleven a bordo el Certificado de Trabajo Marítimo y la Declaración de Conformidad Laboral Marítima, que serán pruebas *prima facie* del acatamiento de las pautas del Convenio³³².

Pero el control no solo se ejercerá sobre las embarcaciones registradas en los países firmantes, sino que además se crea una especie de exigencia incluso sobre los navíos de los Estados que no son parte del Tratado, ya que al entrar en puertos de países donde está en vigor el acuerdo, serán objeto de inspección en todo lo referente relativo a las condiciones de trabajo y de vida de los tripulantes³³³.

³²⁹ Organización Internacional del Trabajo (OIT), MLC, 2006: ¿Qué es y qué hace? Disponible en: <http://bit.ly/2dlizIT>

³³⁰ Organización Internacional del Trabajo (OIT), *Objetivo del año del centenario...*, ob. cit., s/p.

³³¹ Organización Internacional del Trabajo (OIT), Base de datos sobre Ratificación e implementación del Convenio sobre el Trabajo Marítimo. Disponible en: <https://bit.ly/2meWfIH>

³³² Organización Internacional del Trabajo (OIT), MLC, 2006: ¿Qué es..., ob. cit., s/p.

³³³ *Ídem*.

Reconociéndose la relevancia de este Tratado, resulta válido preguntarse las razones por las cuales Venezuela no es parte del mismo. Las referidas motivaciones fueron expuestas por la delegación que representó a nuestro país en la 9ª Sesión Plenaria de la nonagésima cuarta reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, en la cual fue aprobado el MLC 2006.

En esa oportunidad se indicó que el preámbulo del referido Tratado hace mención y recuerda el contenido de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, 1982 o CONVEMAR³³⁴, instrumento que el gobierno venezolano se ha negado históricamente a firmar y ratificar debido al concepto de isla que incorpora en su texto, siendo que va en contra de la posición estratégica del país puesto que, de aceptarla, una de sus islas perdería tal carácter y por tanto no produciría zona contigua, ni plataforma continental y mucho menos zona económica exclusiva³³⁵.

Para muchos, esto no debería ser obstáculo para suscribir la Convención, dado que el preámbulo solo establece los principios rectores y el espíritu que debe guiar la interpretación del instrumento; para otros este inconveniente se podría saldar a través de una “Declaratoria Interpretativa” al momento de la adhesión, la cual tendría como objetivo efectuar una interpretación del Tratado con relación a cómo ha de ser aplicado por parte del declarante, pero sin hacer reserva de ningún artículo o plantear una modificación de sus disposiciones. De esta forma, se

³³⁴ “. . . Recordando que la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, 1982, establece un marco jurídico general con arreglo al cual deben regirse todas las actividades que se realicen en los mares y océanos y tiene una importancia estratégica como base para la acción y cooperación en el sector marítimo en los planos nacional, regional y mundial, y que es necesario mantener la integridad de su contenido. . . Recordando que el artículo 94 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, 1982, define los deberes y obligaciones de los Estados del pabellón en relación, entre otras cosas, con las condiciones de trabajo, la dotación y las cuestiones sociales en los buques que enarbolan su pabellón. . .”. Preámbulo Convenio sobre el Trabajo Marítimo 2006.

³³⁵ “La República Bolivariana de Venezuela ha participado en este proceso con bastante interés y empeño para favorecer la adopción de un convenio que redunde en beneficio de la gente de mar, tanto mujeres como hombres. Sin embargo, la República Bolivariana de Venezuela ha decidido votar abstención al proyecto de convenio refundido sobre el trabajo marítimo, en razón a que en la parte preambular del proyecto se hace mención a la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (CONVEMAR), la cual no es oponible a nuestro país, ya que Venezuela no es parte de este instrumento jurídico y votó en contra del mismo en el momento de su adopción. Esta posición ha sido mantenida de manera sistemática por la República Bolivariana de Venezuela en diversos foros donde se ha hecho referencia a la Convención sobre el Derecho del Mar. Estimamos que la CONVEMAR no puede ser utilizada como patrón de referencia para todas las actividades en el mar, las cuales deben ser ejecutadas en el marco del derecho del mar, del cual la CONVEMAR es una parte integrante, pero no su única fuente de derechos y obligaciones. Pese a esta reserva, la República Bolivariana de Venezuela está convencida, y así lo quiere ratificar ante toda la comunidad internacional, de que este convenio refundido sobre el trabajo marítimo apunta al fortalecimiento de los derechos laborales de los trabajadores marítimos, y en esa dirección mi país, su gente, mi Gobierno, promoverá su aplicación. Quiero agregar, finalmente, que la normativa interna sobre esta materia que hemos aplicado en Venezuela es mucho más protectora que las normas del convenio refundido, que consideramos como un estándar mínimo, y que seguiremos fortaleciendo esta normativa en nuestro país”. Oficina Internacional del Trabajo, Actas de la Conferencia Internacional del trabajo. Nonagésima cuarta reunión (marítima), Ginebra, 2006. Disponible en: <https://bit.ly/2XXorB7>

podría dejar esclarecido que la CONVEMAR sería exigible como marco legal únicamente a aquellos países que lo hayan ratificado, no siéndole aplicado ni siquiera como principio interpretativo a Venezuela³³⁶.

Ahora bien, retomando el asunto del Derecho aplicable, si alguno de los Tratados vigentes para Venezuela, que han sido arriba reseñados, se encuentra también en vigor para el resto de los Estados cuyos sistemas jurídicos se ven involucrados en el caso de abandono, las soluciones normativas que estos aportan podrán ser empleadas por los tribunales nacionales para sentenciar las causas que se les presenten, dado el contenido material de las respuestas que prevén.

No obstante, si los referidos instrumentos no son aplicables al caso, bien sea porque no están vigentes para todos los países involucrados en la situación controvertida, o debido a que el ámbito de aplicación del mismo no abarca a los sujetos involucrados dada alguna razón material o técnica³³⁷, el siguiente paso que debe dar el juez en la determinación del Derecho aplicable, es tratar de ubicar normas de conflicto en su sistema de DIP.

C. Normas de Conflicto

En efecto, si del estudio emprendido el juzgador descubre que no hay normas materiales especiales aplicables al supuesto, el siguiente estadio será el empleo del método conflictual.

Como fue referido previamente, la norma de conflicto no está diseñada para conferir de un modo directo efectos jurídicos al supuesto de hecho con elementos de extranjería, sino que su labor es remitir a aquella legislación donde ha de buscarse dichos efectos jurídicos de contenido material. Positivamente, la norma indirecta, al igual que el resto de normas, tiene una estructura compuesta por un supuesto de hecho³³⁸ y su respectiva consecuencia jurídica; sin embargo, esta consecuencia jurídica no irá más allá de designar el sistema legal en el cual

³³⁶ Rodríguez, Argenis, ¿Por qué debería Venezuela ratificar el Convenio Sobre Trabajo Marítimo?, 11 de marzo de 2017. Disponible en: <https://bit.ly/2L4MydT>

³³⁷ Como por ejemplo la excepción establecida en el literal “f” del art. 3 de la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares de 1990, acabada de abordar que excluye de su ámbito de aplicación a los marinos que no hayan sido autorizados a residir y ejercer una actividad remunerada en el Estado de empleo.

³³⁸ No obstante, es acertado puntualizar que “el supuesto de hecho de una norma indirecta no es una relación jurídica, ni una situación de hecho, simplemente consideradas o vistas aisladamente en el puro concepto de lo que en sí mismas significan estas acepciones. Los hechos constitutivos del supuesto se encuentran como dice Yaguas, identificados en una categoría de relación jurídica hipotética que se explica de esta manera: la norma contempla las situaciones de hecho que son su supuesto, a la luz del efecto jurídico que les atribuirá el Derecho material competente. A estas situaciones fácticas, la norma les da ‘una denominación técnica suficientemente abierta y comprensiva, para abarcar fenómenos jurídicos cuya realización pueda corresponder a ordenamientos jurídicos distintos de la *lex fori*’”. Bonnemaïson, *Curso de Derecho...*, ob. cit., pp. 129-130.

ha de localizarse la solución material del caso, es decir, la indicación de la Ley aplicable³³⁹.

Adicionalmente, cuenta con un factor de conexión, elemento no presente en las normas materiales, siendo este justamente el punto que va a designar la ley aplicable. En efecto, se trata de un medio técnico que emplea determinadas circunstancias o condiciones referentes a las personas, los actos o los bienes, para ubicar geográficamente el sistema legislativo a ser utilizado en la resolución del fondo de la controversia con elementos de extranjería³⁴⁰.

Esta tipología de normas puede estar contenida tanto en las legislaciones nacionales internas de los Estados como en los tratados internacionales. Acudiendo nuevamente a nuestro sistema de DIP, advertimos que según el artículo 1 de la LDIP, el primer estrato en el cual debemos buscar normas de conflicto para determinar cuál legislación de las involucradas en el caso es la llamada a ser aplicada por el sentenciador es en los tratados internacionales vigentes. Inicialmente, atendiendo a la especialidad de la materia, se deberá localizar las referidas normas de conflicto en los tratados internacionales de contenido laboral y marítimo.

No obstante, en el contenido de los Tratados internacionales vigentes para Venezuela que regulan la materia marítima y laboral, no se hallan englobadas normas de conflicto que permitan determinar cuál debería ser el Derecho aplicable cuando se plantee la resolución estos supuestos en sede judicial.

Siendo que no se localizan normas de conflictos en los referidos tratados internacionales, que serían aplicables de manera preferencial dada la especialidad de la materia, se tiene que acudir a las normas de conflicto que están dispuestas en los tratados generales de DIP vigentes para nuestro país. Atendiendo a lo anterior, pasamos ahora a abordar convenciones de DIP de carácter general que, al contener normas de conflicto, podrían ser empleadas por los operarios de la justicia nacional para la resolución de casos de abandono que presenten elementos de extranjería.

1. Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los Contratos Internacionales (CIDACI)

Es así como se llega en una primera instancia al contenido de la CIDACI o Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los Contratos Internacionales, también conocida como Convención de México, producto de las Conferencias Especializadas Interamericanas sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP) V, suscrita en 1994 y vigente para Venezuela desde 1995. El objetivo

³³⁹ *Ibidem*, pp. 127-128.

³⁴⁰ *Ibidem*, pp. 129-130.

³⁴⁰ *Ibidem*, p. 132.

central de este instrumento es la determinación del derecho aplicable a los contratos internacionales, entendiendo estos últimos como aquellos cuyas partes contratantes tienen residencia habitual o su establecimiento en Estados diferentes, o cuando el contrato tiene contactos objetivos con más de un Estado parte³⁴¹.

Concibiendo que el contrato de enrolamiento de la gente de mar es un acuerdo de Derecho privado, en la mayoría de los casos con elementos de extranjería objetivos, el mismo podría quedar sujeto a esta Convención si los contratantes tienen su residencia habitual o su establecimiento en alguno de los Estados miembro, o si el acuerdo presenta vínculos objetivos con dichos países, pudiendo de esta forma su contenido servir como guía para la determinación del Derecho aplicable.

La primera solución que propone la CIDACI para la determinación de la Ley aplicable es la elección del Derecho de forma expresa o tácita por las partes³⁴²; es decir, indica que será aplicable a la resolución de los casos en los cuales se vea debatido un contrato internacional aquél que haya sido elegido por las partes, bien de forma expresa, por medio de una cláusula inserta en el acuerdo o en un convenio aparte, o de manera tácita, la cual se desprenderá bien del contrato en sí mismo, o de las actuaciones de las partes. Elección que, dicho sea de paso, podrá ser modificada por los contratantes en cualquier momento³⁴³.

De no existir el precitado acuerdo de elección de Derecho aplicable o, existiendo, el mismo fuera ineficaz, la CIDACI otorga como solución la aplicación al contrato del Derecho con el cual este tenga los vínculos más estrechos, para lo cual el tribunal deberá tomar en consideración los elementos tanto objetivos como subjetivos que se desprendan del contrato, así como los principios generales del derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales³⁴⁴.

Se evidencia pues cómo la autonomía de la voluntad de las partes es el principal factor de conexión que habilita a un juez en el marco de la CIDACI a aplicar un determinado Derecho. La otra solución es la aplicación del Derecho con los vínculos más estrechos con respecto a la relación jurídica usando para ellos los elementos subjetivos y objetivos que deriven del contrato.

³⁴¹ Art. 1 de la CIDACI.

³⁴² Art. 7 de la CIDACI: "El contrato se rige por el Derecho elegido por las partes. El acuerdo de las partes sobre esta elección debe ser expreso o, en caso de ausencia de acuerdo expreso, debe desprenderse en forma evidente de la conducta de las partes y de las cláusulas contractuales, consideradas en su conjunto. Dicha elección podrá referirse a la totalidad o a una parte del contrato".

³⁴³ Art. 8 de la CIDACI.

³⁴⁴ Art. 9 de la CIDACI.

2. Código Bustamante

Soluciones parecidas se encuentran en el Código Bustamante, en especial en los artículos 184³⁴⁵ y siguientes, donde si bien no se puntualiza de manera expresa la autonomía de la voluntad como factor de conexión, ello se desprende de manera implícita del espíritu de la Convención y de los ideales de su redactor Sánchez de Bustamante, quien en su doctrina precisa a la autonomía de la voluntad como principal ley regulatoria de los contratos internacionales; posición enfatizada por Francisco López Herrera quien señalaba que la autonomía de la voluntad iba establecida de manera implícita en el artículo 184 del Código Bustamante³⁴⁶. Así, al igual que la CIDACI, se estatuye como primera opción para la determinación del derecho aplicable la voluntad expresa o tácita de las partes³⁴⁷. Adicionalmente, este instrumento incorpora la posibilidad de un *dépeçage* o fraccionamiento legal, porque aprueba escindir el contrato y faculta a los contratantes a seleccionar el Derecho aplicable a cada una de las partes de ese contrato³⁴⁸.

Completando esta norma conflictual, se encuentra el artículo 186, en donde se incorpora la ley personal común de los contratantes y en su defecto el ordenamiento jurídico del lugar de la celebración del contrato, como Derecho aplicable a los contratos con elementos de extranjería.

Tal como hemos reseñado, en el estudio de los tratados internacionales de DIP de carácter general, encontramos que la CIDACI y el Código Bustamante prevén algunas normas de conflicto para poder determinar el Derecho aplicable al fondo de la controversia en casos de contratos de DIP. Sin embargo, es posible que dichos Tratados no puedan ser empleados por no estar vigentes para todos los Estados cuyos sistemas están involucrados en la causa a ser resuelta³⁴⁹; lo cual obligaría a redireccionarse nuevamente al artículo 1 de la LDIP para verificar cuál

³⁴⁵ Art. 184 del Código Bustamante: “La interpretación de los contratos debe efectuarse como regla general, de acuerdo con la ley que los rija. Sin embargo, cuando esa ley se discuta y deba resultar de la voluntad tácita de las partes, se aplicará presuntamente la legislación que para ese caso se determina en los artículos 185 y 186 aunque eso lleve a aplicar al contrato una ley distinta como resultado de la interpretación de voluntad”.

³⁴⁶ López, Francisco, El Contrato en el Derecho Internacional Privado, en: *Revista de la Facultad de Derecho, UCV*, 1954, No.1, p. 97.

³⁴⁷ Art. 185 del Código Bustamante: “Fuera de las reglas ya establecidas y de las que en lo adelante se consignan para casos especiales, en los contratos de adhesión se presume aceptada, a falta de voluntad expresa o tácita, la ley del que los ofrece o prepara”.

³⁴⁸ “La libertad de elección del derecho aplicable permite incluso a las partes someter los diversos aspectos del contrato a diferentes ordenamientos jurídicos (*dépeçage voluntario*), *confiriendo mayor flexibilidad de modo de satisfacer las necesidades con relación a determinadas transacciones*”. Dos Santos, Olga, *Contratos Internacionales en el Ordenamiento Jurídico Venezolano*, Caracas, Vadell Hermanos Editores, 2000, p. 78.

³⁴⁹ Recordemos que la CIDACI únicamente está vigente para México y Venezuela, y el Código Bustamante es un tratado internacional de corte regional, lo cual lleva a pensar que muchos casos de contenido marítimo pueden quedar fuera de su ámbito de aplicación ya en estos supuestos suelen estar involucradas jurisdicciones de múltiples países.

es el segundo escaño en el sistema interno de fuentes en el cual buscar dichas normas de conflicto.

Y a tenor del artículo 1 de la LDIP, la siguiente fuente donde ha de tratar de localizarse normas de conflicto es en las normas de DIP venezolanas, dando prioridad a aquellas aplicables preferentemente por la materia, en este caso específicamente las Leyes con contenido laboral y marítimo. No obstante, en la Ley procesal laboral no existen normas que pudieran ser empleadas por los tribunales para determinar el Derecho aplicable a las causas de abandono de mar que les sean presentadas.

En lo que respecta a la principal ley sustantiva laboral de país, se observa que inicialmente el artículo 3 de la LOTTT se autoproclama como el instrumento normativo llamado a regir las situaciones y relaciones laborales que se lleven a cabo dentro de los confines del territorio de la República. Se indica además que sus directrices son aplicables a ciudadanos venezolanos y extranjeros en virtud del trabajo que sea prestado o convenido en el país, y a los trabajadores contratados en Venezuela que deban prestar servicios en el exterior³⁵⁰.

Esta norma solo nos revela cuándo ha de ser aplicado el Derecho venezolano, por lo cual es calificada como norma de extensión, ya que establece el ámbito de aplicación de la Ley, buscando proteger un principio fundamental del sistema nacional, lo cual se entiende si se reconoce el carácter proteccionista hacia el trabajador que ha asumido el Derecho laboral en Venezuela. Esta norma no podría ser aplicada a casos análogos no previstos de manera expresa en la Ley, y en virtud de lo anterior no se podría decir que, atendiendo al artículo 3 de la LOTTT, siendo que este canon prescribe que al trabajo prestado en Venezuela se aplica el Derecho venezolano, el trabajo prestado en otro territorio se le aplicará la ley de ese otro Estado, puesto que esta regla no faculta al juez venezolano a saltar a esa conclusión, por tratarse de una norma de extensión y no de una norma de conflicto, y por tanto, imposible de bilateralizar³⁵¹.

Consecuencia de lo anterior, en aquellos casos en los cuales se traten de relaciones laborales que no se enmarquen dentro del supuesto de hecho contemplado en el artículo 3 de la LOTTT, es decir cuando el trabajo no haya sido prestado ni convenido en el país, se tendrá que direccionar la búsqueda de las normas

³⁵⁰ Art. 3 de la LOTTT: “Esta Ley regirá las situaciones y relaciones laborales desarrolladas dentro del territorio nacional, de los trabajadores y trabajadoras con los patronos y patronas, derivadas del trabajo como hecho social. Las disposiciones contenidas en esta Ley y las que deriven de ella rigen a venezolanos, venezolanas, extranjeros y extranjeras con ocasión del trabajo prestado o convenido en el país y, en ningún caso, serán renunciables ni relajables por convenios particulares. Los convenios colectivos podrán acordar reglas favorables al trabajador y trabajadora que superen la norma general respetando el objeto de la presente Ley. Igualmente se aplicarán las disposiciones de esta Ley a los trabajadores contratados y las trabajadoras contratadas en Venezuela para prestar servicios en el exterior del país”.

³⁵¹ Carrasquero, Relaciones de trabajo internacionales... ob. cit., p. 63.

conflictuales en las Leyes nacionales de carácter general DIP. En nuestro caso dichas normas las hallamos comprendidas en la LDIP venezolana.

3. LDIP

De cara a las afirmaciones precedentes, de no ser aplicables los Tratados internacionales vigentes para Venezuela, ni el artículo 3 de la LOTT, única norma de conflicto unilateral posiblemente adaptable a estas situaciones, se dejaría en manos de la LDIP el esclarecimiento del Derecho aplicable a las situaciones de abandono, normativa que, si bien es ideada para resolver casos con elementos de extranjería, es ajena a las particularidades propias del mundo marítimo y laboral, por lo que podría llegar a aportar soluciones en desapego a la realidad debatida.

Semejante regulación a la dispuesta en la CIDACI se halla en el artículo 29 de la LDIP donde, en reconocimiento de la ‘autonomía conflictual’ y en consecuencia del derecho constitucional al libre desenvolvimiento de la personalidad³⁵², se establece que las partes pueden elegir el Derecho aplicable al fondo del contrato, siempre que se trate de un acuerdo con elementos de extranjería. Y pese a que no dispone explícitamente la forma de elección, en la Exposición de Motivos de la Ley se admite que las soluciones contempladas por la LDIP en esta materia derivan de la CIDACI, de ahí que la interpretación de los artículos referidos a contratación internacional deba ser guiada por el texto de esta Convención³⁵³, lo cual impulsaría a afirmar que la elección puede ser tanto expresa como tácita.

Al momento de analizar la referida norma, conviene también tener en consideración el contenido del artículo 7 de la LDIP, que admite el fraccionamiento, es decir, la posibilidad de que las diversas secciones de un mismo contrato puedan ser reguladas por Derechos diferentes³⁵⁴. Este artículo de alguna forma también perfila el alcance de la autonomía de la voluntad de las partes, sedimentando que los contratantes pueden elegir diversos Derechos para regir un contrato.

Adicionalmente, la elección del Derecho no tendrá que pasar por una revisión de las legislaciones más vinculadas, es decir, el Derecho seleccionado por las partes será válido aun y cuando el mismo no guarde relación alguna con la situación jurídica de que se trate, adoptando así la Ley una autonomía de las

³⁵² Madrid, Constitución y Derecho..., ob. cit., p. 249.

³⁵³ Giral, José, *El Contrato Internacional*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1999, Colección Estudios Jurídicos No. 71. pp. 77-78.

³⁵⁴ Art. 7 de la LDIP: “Los diversos Derechos que puedan ser competentes para regular los diferentes aspectos de una misma relación jurídica, serán aplicados armónicamente, procurando realizar las finalidades protegidas por cada uno de dichos Derechos”.

partes en sentido amplio³⁵⁵. De igual forma, la escogencia puede darse en cualquier momento, y aunque lo ideal sería que se designara durante la celebración del convenio, nada obsta para que la ley aplicable sea concertada una vez formalizado el contrato³⁵⁶.

Ese mismo orden lógico e interpretativo conduciría a entender como aceptable el cambio de la elección realizada con respecto al sistema legislativo que regirá el contrato, siempre que exista el mutuo consentimiento de las partes³⁵⁷.

Otro punto que merece ser aclarado es que, cuando se elige la ley aplicable, lo que verdaderamente se está escogiendo es el Derecho material del sistema indicado, y no las normas de conflicto³⁵⁸, ya que en materia de contratos internacionales está excluida la institución del reenvío³⁵⁹, a menos que expresamente las partes soliciten que les sean aplicables las normas de conflicto del Derecho elegido. Pero, en ausencia de especificación, se entiende que la remisión hecha por los contratantes es a las normas materiales del Derecho seleccionado.

Ahora bien, si las partes nada disponen al respecto de la Ley aplicable, el artículo 30 de la LDIP entra a suplir esa falta, apuntando como sistema jurídico aplicable aquél con el cual el contrato muestre vínculos más estrechos, es decir, se consagra el principio de proximidad como solución subsidiaria, al igual que lo hace la CIDACI y la gran mayoría de los instrumentos internacional privatistas modernos³⁶⁰.

Para determinar ese Derecho más estrechamente vinculado, se tomarán en cuenta los elementos tanto objetivos como subjetivos que se desprendan del contrato³⁶¹; adicionalmente, indica que se deberá atender a los principios generales

³⁵⁵ Romero, Fabiola, Las Personas Jurídicas y las Obligaciones en la Ley de Derecho Internacional Privado Venezolana, en: *Derecho Internacional Privado. Materiales para el estudio de la carrera de Derecho*, Caracas, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, UCV, 2005, Tomo II, p. 738.

³⁵⁶ "...precisa Goldschmidt, que la autonomía conflictual puede ser ejercida antes o después de surgir la controversia". Dos Santos, *Contratos Internacionales...*, ob. cit., p. 82.

³⁵⁷ Concordantemente, la doctrina nacional afirma que "[e]l marco de actuación de que goza la autonomía conflictual en el sistema venezolano es bastante amplio. En efecto, no se exige contacto alguno con el sistema elegido; tampoco se limita temporalmente la elección, en el sentido de que la misma puede producirse antes, durante o después de la celebración del contrato, incluso, a salvo la validez formal del mismo y los derechos de terceros, la elección original puede cambiar durante la vida del contrato". Madrid, Claudia, Un Contrato Internacional sometido al Derecho Venezolano y la *Lex Mercatoria*, en: *Derecho de las Obligaciones. Homenaje a José Mélich Orsini*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2012, p. 342.

³⁵⁸ Art. 17 de la CIDACI: "Para los efectos de esta Convención se entenderá por 'derecho' el vigente en un Estado, con exclusión de sus normas relativas al conflicto de leyes".

³⁵⁹ "Ahora bien, si se efectúa la elección de un ordenamiento jurídico para que rija un determinado contrato internacional, aun cuando no se especifique que la remisión deba realizarse al derecho material, se entenderá que son disposiciones de ese derecho las que deben ser aplicadas, es decir, sin la inclusión de las reglas de Derecho Internacional Privado". Dos Santos, *Contratos Internacionales...*, ob. cit., p. 78.

³⁶⁰ Romero, Las Personas Jurídicas. ..., ob. cit., p. 739.

³⁶¹ Esta forma de determinación del Derecho más vinculado "difiere de la establecida por el Reglamento Roma I y de su antecesor, el Convenio de Roma sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales, instrumento

de Derecho Comercial Internacional generalmente aceptados³⁶². Con respecto a estos últimos, la doctrina³⁶³ ha interpretado que el legislador nacional está remitiendo a los Principios Generales para los Contratos Mercantiles Internacionales de la UNIDROIT.

Análogamente, el artículo 31 de la LDIP señala que, cuando corresponda, serán aplicables las normas, costumbres y los principios del Derecho Comercial Internacional, así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación, con la finalidad de realizar las exigencias impuestas por la justicia y la equidad en la solución de cada caso en particular³⁶⁴.

De ahí se desprende que a partir de esos artículos 9 y 10 CIDACI y 30 y 31 LDIP, la *Lex Mercatoria* puede suplir la falta y completar el Derecho elegido por las partes o incluso perfeccionar aquel derecho más vinculado³⁶⁵. De hecho, una interpretación más extensiva de estos artículos llevaría a afirmar que las partes pueden elegir la *Lex Mercatoria* para que rijan su contrato³⁶⁶.

Con las disposiciones acabadas de puntualizar se agotan las normas de conflicto presentes en la LDIP, que pueden ser empleadas por el sentenciador al momento de determinar el Derecho aplicable a causas relativas a contratos internacionales de carácter privado.

Haciendo un esfuerzo por recapitular los factores de conexión que han sido adoptados por el legislador tanto nacional como internacional para determinar el Derecho aplicable a contratos con elementos de extranjería y que, por tanto, puede ser usados por nuestros tribunales en los casos de abandono de marinos para dilucidar el sistema jurídico a ser empleado, se tienen las siguientes soluciones:

- (i) Ley escogida por las partes
- (ii) Ley con la cual presente los vínculos más estrechos
- (iii) Ley personal común de los contratantes

este último reconocido como la fuente de inspiración del codificador interamericano, y basado en el concepto de prestación característica”. Madrid, Un Contrato Internacional. . . , ob. cit., p. 344.

³⁶² Art. 30 de la LDIP concomitante con el art. 9 de la CIDACI.

³⁶³ Romero, Las Personas Jurídicas. . . , ob. cit., p. 740.

³⁶⁴ Se observa la identidad existente entre el art. 31 de la LDIP y el 10 de la CIDACI.

³⁶⁵ Romero, Las Personas Jurídicas. . . , ob. cit., p. 740.

³⁶⁶ Gran parte de la doctrina nacional se inclina a apoyar esta tesis, “[a]sí Hernández-Bretón entiende que las disposiciones contenidas en los artículos 9, 10 y 15 de la misma, de conformidad con los cuales es posible aplicar ‘los principios generales del Derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales’; y ‘las normas, las costumbres y los principios del Derecho comercial internacional, así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación’, autorizan a concluir, sin duda alguna, que la Convención permite recurrir a la *Lex mercatoria* para regular un contrato internacional. En su opinión, resultaría incoherente, contradictorio e inexplicable que, en ausencia de elección del Derecho aplicable, pudiese el juez aplicar normas anacionales como normas jurídicas y se limitara, paralelamente, tal posibilidad a las partes contratantes”. Madrid, Un Contrato Internacional. . . , ob. cit., p. 357.

(iv) Ley del lugar de la celebración del contrato

Nos detendremos ahora a analizar cada una de ellas para determinar su viabilidad en los casos de abandono de gente de mar, y si las mismas favorecen o no la consecución de la justicia material por las partes involucradas en dichos supuestos.

a. Ley escogida por las partes

Primeramente, tanto a nivel interno como a nivel multilateral, se prioriza la autonomía de la voluntad³⁶⁷ como principal indicativo del Derecho aplicable a los convenios de orden privado con vínculos internacionales. Efectivamente, tanto la CIDACI como la LDIP en sus artículos 7 y 29 respectivamente, consagran el derecho que tienen las partes contratantes de elegir la ley aplicable a su acuerdo, y aunque el Código Bustamante no lo prescribe de forma expresa, se ha entendido que el espíritu del legislador internacional estuvo direccionado hacia la aceptación de tal posibilidad³⁶⁸.

Este principio, de aceptación prácticamente universal, ha sido instituido como factor de conexión tanto por tratados internacionales como por numerosas legislaciones internas de las naciones del mundo entero. Su auge se suscitó con mayor fuerza durante el siglo XIX, cuando la filosofía kantiana y el liberalismo económico llamaban a limitar la acción del Estado en la vida de los administrados y fortalecer sus libertades, incluyendo la contractual³⁶⁹.

Son múltiples las teorías formuladas para darle basamento a la autonomía de las partes, para algunas, se trata de un derecho derivado del libre albedrío, que no emana de norma alguna, sino que es innato a la naturaleza humana y, por tanto, no puede ser negado ni estar sometido a restricciones, limitaciones o cuestionamientos por los sistemas legales; por su parte, otras lo ven como una derivación del derecho a la libre contratación que las legislaciones acuerdan a sus

³⁶⁷ Mejor entendido como principio de autonomía de las partes en el campo del DIP. En efecto, la doctrina ha precisado que “el llamado principio de la autonomía de la voluntad tiene sentidos diferentes en el Derecho Interno y en el Derecho Internacional Privado. En el primero, constituye el poder que tienen las partes para determinar, por sí mismas, sus relaciones jurídicas mediante el ejercicio de la libertad y dentro de los confines de lo lícito ... En el Derecho Internacional Privado, la autonomía de la voluntad, permite a los particulares elegir el derecho que estos desean aplicar a sus relaciones contractuales, esto es, la libertad de elegir la *lex contractus*. Por razones de utilidad práctica, se utiliza la expresión autonomía de las partes para hacer referencia a esta posibilidad que tienen los contratantes”. Romero, Fabiola, Autonomía de las Partes, en: *Ley de Derecho Internacional Privado Comentada*, Caracas, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, UCV, 2005, Tomo II, p. 747.

³⁶⁸ Remitimos en este punto a las consideraciones recientemente explanadas en el epígrafe relativo al Código Bustamante, donde se trata este asunto en particular.

³⁶⁹ Romero, Autonomía de las Partes. ..., ob. cit., pp. 748-757.

administrados, mientras que otras hallan su fundamento ya no en el ámbito jurídico, sino en razones pragmáticas al ser una exigencia del comercio internacional³⁷⁰.

El contenido del comentado principio ha ido evolucionando, llegándose actualmente a evidenciar la consagración de una libertad casi total en la mayor parte de los sistemas normativos a nivel global. Es así como los contratantes no solamente pueden elegir qué Derecho va a regir sus acuerdos, sino que además se les otorga la potestad escoger qué normas les será aplicables (conflictuales o materiales), fraccionar el contrato y aplicar a cada sección del mismo una Ley diferente³⁷¹ (*dépeçage* voluntario), pudiendo incluso acordar qué Derecho regirá a una parte específica del contrato y callar con respecto al resto³⁷².

Ahora bien, como factor de conexión procedente en casos de contratos laborales para prestación de servicios a bordo de embarcaciones de uso comercial, aceptamos que la autonomía de las partes comporta múltiples ventajas para los contratantes, ya que les otorga seguridad jurídica³⁷³ y previsibilidad³⁷⁴, es decir,

³⁷⁰ Rodríguez, Mónica, El principio de la autonomía de la voluntad y el Derecho Internacional Privado: asimetrías en su reconocimiento y necesidad de armonización legislativa en el Mercosur, en: *Revista Científica de UCES*, 2011, Vol. XV, No. 1, pp. 120-121.

³⁷¹ Tal como lo hace nuestra LDIP en su art. 7, anteriormente comentado.

³⁷² “En ejercicio de la autonomía conflictual, las partes gozan de un amplio marco de actuación: no se exige contacto alguno con el sistema elegido; la elección del Derecho puede producirse antes, durante o después de la celebración del contrato, incluso, salvo la validez formal del contrato y los derechos de terceros, la elección original puede cambiar durante la vida del contrato (art. 8 de la CIDACI). Además, las partes pueden elegir un ordenamiento jurídico para cada parte del contrato o elegir un Derecho solo para una parte del mismo, pues se permite el *dépeçage* voluntario (art. 7 de la CIDACI)”. Madrid, Constitución y Derecho..., ob. cit., p. 251.

³⁷³ “Al celebrar el contrato, las partes no pueden prever ante qué jurisdicción va a recaer este en caso de conflicto. Por tanto, no pueden adaptarse a las normas de conflicto del foro al que luego se acceda. Los pactos de jurisdicción son desde luego un medio probado para contrarrestar esto y lograr claridad jurídica, pero no está claro que siempre sean eficaces. Normalmente no se podrá objetar nada contra sus efectos prorrogatorios, pero la experiencia demuestra que su efecto derogatorio a menudo no es reconocido. Sin embargo, y debido a las inseguridades en materia de derecho internacional privado existentes en muchos países, incluso cuando la jurisdicción se haya determinado de antemano al celebrar el contrato esto no constituiría una garantía de que el derecho al que las partes sometieron su contrato fuera el efectivamente aplicado por el tribunal del Estado de la jurisdicción”. Leible, Stefan, La Importancia de la Autonomía Conflictual para el Futuro del Derecho de los Contratos Internacionales, en: *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2010, Vol. 3, No. 1, p. 218.

³⁷⁴ “En los contratos internacionales, incluyendo los contratos de trabajo internacionales, es muy importante garantizar la previsibilidad y la seguridad jurídica sobre el Derecho, aplicable a las relaciones entre las partes del contrato. Por eso el artículo 7 de la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales (“CIDACP”) y el artículo 29 de la LDIP, establecen que los contratos internacionales se regirán por el Derecho escogido por las partes... Los contratos de trabajo internacionales no escapan a las consideraciones del párrafo previo sobre la importancia de conocer con anticipación las ‘reglas del juego’. En efecto, tanto al patrono como al trabajador partes de un contrato internacional de trabajo, les conviene tener certeza sobre cuál será el ordenamiento jurídico aplicable, para conocer con precisión cuáles son los beneficios a los que tiene derecho el trabajador... En caso de trabajadores que prestan servicios en más de un país, es más necesario aún tener certeza sobre el Derecho aplicable a la relación. De lo contrario las partes tendrían que estar investigando sobre el contenido de un determinado ordenamiento jurídico...”. Carrasquero, Relaciones de trabajo internacionales..., ob. cit., p. 75.

la certeza acerca de qué sistema de normas será empleado para resolver cualquier conflicto que se desprenda de la relación jurídica, así como los derechos subjetivos que les serán garantizados conforme a dicha legislación y, en tal sentido, pueden anticipar las resultas de sus acciones, sus riesgos y posibles beneficios, a la par que pueden crearse expectativas reales con respecto a lo que podría acontecer de llegar a darse un litigio en sede judicial³⁷⁵.

De igual manera, se favorece a la realización de los intereses de las partes, ya que, en principio, el contrato está diseñado a la medida de sus necesidades, requerimientos y particularidades³⁷⁶.

A todas luces, esta serie de ventajas que reporta la autonomía de las partes, repercute de manera positiva en el derecho de acceder a la justicia de los contratantes, ya que pueden sentirse con más confianza y respaldo de acudir a una sede judicial a presentar sus reclamaciones al tener una garantía de conforme a qué Ley serán juzgadas sus acciones, qué derechos subjetivos les serán reconocidos, y qué obligaciones y deberes les serán exigidos.

La importancia de la previsibilidad en los casos de tripulaciones abandonadas se potencia, si tenemos en consideración que se trata de una relación con elementos de extranjería en la cual se involucran múltiples sistemas legislativos de los cuales, más de uno podrían llegar a tener competencia para ser aplicables a la resolución de la causa, lo que obligaría a las partes a instruirse sobre cada uno de ellos para poder tener una idea de su posición frente a las leyes de dichas jurisdicciones y, por tanto, poder descifrar así sus derechos y obligaciones legales³⁷⁷.

O, en los casos menos venturosos, es posible que, como consecuencia de la acción de las normas de conflicto, el Derecho material aplicable resulte ser el de un tercer Estado que poco o nada tiene que ver con la relación contractual primigenia, y por tanto su contenido sea del todo desconocido para las partes.

³⁷⁵ Dos Santos, *Contratos Internacionales...*, ob. cit., p. 80.

³⁷⁶ Rodríguez, *El principio de la autonomía...*, ob. cit., p. 122.

³⁷⁷ Sobre este punto es muy ilustrativa la explicación dada por Andrés Carrasquero, quien indica que cuando se está frente a “un caso sobre una relación de trabajo internacional, la respuesta no puede darse automática y exclusivamente con base al Derecho—incluyendo el sistema del Derecho Internacional Privado—del país donde ejerce la profesión el abogado consultado. Para llegar a una solución correcta y completa, el abogado consultado deberá:

1º Enumerar los posibles países ante cuyas autoridades se podría plantear el asunto.

2º Investigar en las normas sobre jurisdicción de cada uno de esos países, si las autoridades respectivas tendrían facultad para asumir jurisdicción.

3º Investigar en los sistemas de Derecho Internacional Privado de cada uno de los países cuyas autoridades podrían tener jurisdicción según el ordinal anterior, cuál de los Derechos vinculados con el caso es aplicable.

4º Determinar los beneficios que le corresponderían al trabajador con base en el Derecho aplicable.

5º Responder la consulta incluyendo todos los posibles escenarios en virtud de la diversidad de países en donde se podría plantear el asunto”. Carrasquero, *Relaciones de trabajo internacionales...*, ob. cit., p. 61.

Es por ello por lo que estimamos acertada la inclusión y la operatividad de la autonomía de las partes como factor de conexión en casos de contratación laboral marítima, y en particular en cuadros de abandono donde la imprevisibilidad de ciertos factores se hace presente y dificulta poder anticipar qué Derecho terminará siendo aplicable para la resolución de un litigio que se inicie respecto al contrato de trabajo y su ejecución.

Sin embargo, la aceptación de la autonomía de las partes también podría reportar consecuencias negativas, si se tiene en cuenta que en estos escenarios las partes contratantes no se encuentran en un plano de igualdad, al no tener un parejo poder de negociación. En efecto, la disparidad de poder económico y jurídico entre el armador y el tripulante, ocasiona que el primero se sitúe en una posición privilegiada con respecto a este último, permitiéndole imponer condiciones y cláusulas en la contratación que solo son favorables al empleador y que pueden ir en desmedro de los intereses del trabajador.

Es por esta razón, que cuando hablamos de autonomía de las partes en el ámbito marítimo laboral, se debe tener en cuenta que la designación de la Ley aplicable al contrato, puede ser únicamente el reflejo de la voluntad del empleador, y no de una verdadera dialéctica entre las partes, puesto que muchas veces el marino no participa en la escogencia del sistema jurídico que regirá el fondo de las controversias derivadas de la relación contractual, no teniendo más opción que plegarse a lo que disponga en tal sentido el patrono, si verdaderamente quiere ser parte de la contratación³⁷⁸. Todo lo cual podría llegar a ser atentatorio contra los intereses del trabajador de a bordo, si esa legislación llamada a prever los derechos y obligaciones de las partes, solo es favorable al armador y deja en desprotección los Derechos fundamentales del trabajador³⁷⁹, tal como ocurre en los sistemas considerados como banderas de conveniencia, referenciadas en secciones anteriores de este escrito.

Como consecuencia de lo arriba explanado, debemos puntualizar que si bien consideramos, como acabamos de indicar, pertinente la inclusión y operatividad de la autonomía de las partes como factor de conexión en casos de contratación marítima internacional; es necesario que esa labor del legislador que busca

³⁷⁸ “Muchos países han adoptado diversas medidas legislativas que intentan proteger a la parte más débil, tratando de alcanzar un cierto equilibrio en el poder de negociación de las partes del contrato. Estas son normas protectoras e imperativas, que regulan aquellos contratos que involucran partes que están en una posición económica o socialmente más débil, como los contratos de compra a plazos o los de ventas condicionadas, alquiler, prestamos de monto bajo, seguros de vida y accidente, contrato de trabajo, etc.”. Fresnedo, *La Autonomía de la Voluntad...*, ob. cit., s/p.

³⁷⁹ Completando este razonamiento hay que recordar que se ha entendido que el concepto de justicia material se vincula con el reconocimiento y la garantía de los derechos más fundamentales de los administrados, en especial para nivelar a las partes atendiendo a las condiciones de cada una y procurando la equidad entre ellas, para lograr así la reivindicación social y moral de lo verdaderamente justo. Pérez, Antonio, *Dimensiones de la igualdad*, Madrid, Editorial Dykinson, 2007, p. 61.

favorecer la libertad contractual de las partes, la seguridad jurídica y la previsibilidad, sea complementada con la actividad del juez quien, en concreto, deberá analizar las condiciones del caso para determinar si esa elección de legislación aplicable es en verdad una manifestación de la voluntad de ambas partes o la simple imposición de la fuerte sobre la más débil.

Se exalta nuevamente la función del sentenciador como un sujeto activo y consciente dentro del proceso, que debe garantizar la recta aplicación del Derecho, pero tratando de que se realicen los objetivos perseguidos por las normas venezolanas de conflicto³⁸⁰. Por lo tanto, el tribunal no puede conformarse con ser un operador mecánico que aplique a ciegas el sistema legal indicado como competente legislativamente por un contrato, sin tener en cuenta las condiciones que envolvieron al acuerdo, la posición de las partes dentro de esa contratación y las consecuencias materiales de la misma para cada uno de los sujetos involucrados, a lo fines de determinar si con esa solución realmente se están realizando los objetivos teleológicos de justicia y equidad que exige nuestra legislación³⁸¹.

b. Ley con la cual presente los vínculos más estrechos

La siguiente solución que se encuentra en las normativas estudiadas es el Derecho con el cual el contrato celebrado tenga los vínculos más estrechos, corriente que se ha hecho cada vez más aceptadas en los sistemas de DIP del mundo moderno³⁸². El principio del vínculo más estrecho puede ser concebido como una continuación y desarrollo de la concepción savigniana según la cual las relaciones jurídicas tienen una sede y pueden ser “localizadas”; sin embargo, su formulación se atribuye a John Westlake, quien desde 1958 ya hablaba de aquel

³⁸⁰ Arts. 5 y 2 de la LDIP *in fine*.

³⁸¹ “[E]l profesor Víctor Hugo Guerra planteaba, siguiendo las ideas de la profesora Maekelt, que la expresión ‘objetivos de las normas venezolanas de conflicto’ debe entenderse como referida ‘al logro de la Justicia y la equidad de cada caso’. A continuación cuestionaba ‘¿qué sucede si no se cumplen con tales objetivos?, ¿se procederá acaso a rechazar la aplicación de ese Derecho extranjero? Indudablemente, no se trata en estos casos de las clásicas excepciones a la aplicación del Derecho extranjero, como lo son la cláusula de reserva y el fraude a la ley, sin embargo, la respuesta que a esta pregunta brinden las autoridades venezolanas una vez aprobado el Proyecto, deberá estar orientada por el necesario balance entre las nociones de la Justicia formal y la Justicia material en el Derecho Internacional Privado’. Una vez entrada en vigencia la Ley de Derecho Internacional Privado, la doctrina venezolana ha producido limitados comentarios en cuanto a los ‘objetivos de las normas venezolanas de conflicto’. Así, se ha señalado que esos objetivos ‘se refieren a la búsqueda de la Justicia del caso concreto’ o ‘la Justicia material y la equidad en el caso concreto’” (Resaltado nuestro). Hernández-Bretón, Eugenio, En materia de calificaciones, reenvío y otros asuntos de Derecho internacional privado, en: *Cuadernos Unimetanos*, 2007, No. 11, p. 235.

³⁸² “Una corriente de pensamiento, que ha adquirido mucha importancia, es la que se orienta hacia el estudio del tipo de contrato a fin de determinar el sistema legal con el cual aquél presenta la más significativa relación o vínculo más estrecho, tendencia que —como también se indicó— se desarrolla en los Estados Unidos de América, siendo su más clara expresión del *Restatement Second*, y en Europa, donde la localización del contrato permanece como elemento base para la solución de conflictos en algunos ordenamientos jurídicos”. Dos Santos, *Contratos Internacionales...*, ob. cit., p. 101.

sistema de derecho con el cual una transacción tenía sus vínculos más próximos y reales³⁸³. Nace como consecuencia del afán de dejar atrás las deficiencias que aportaban las tradicionales normas de conflicto, lo que obligó a las cortes inglesas a formular la llamada “*proper law of the contract doctrine*”³⁸⁴.

Su inserción como solución a la problemática del Derecho aplicable se ha popularizado tanto en las normas internas como internacionales de DIP, y ha sido usada e interpretada de las formas más variadas.

En algunos casos, el legislador incluye una serie de índices dentro de los cuales el juez puede escoger aquel Derecho que le parezca más cercano a la causa³⁸⁵, en otros, se da una mayor libertad al sentenciador para analice todas las circunstancias objetivas y/o subjetivas que rodee la relación controvertida, ponderándolas y decidiendo, en atención a ese cúmulo de elementos, cuál sistema legislativo debe ser empleado para resolver el asunto planteado por estar más íntimamente ligado a este³⁸⁶.

A pesar de su gran aceptación dentro de las legislaciones del mundo moderno, se han encontrado grandes falencias a esta doctrina justamente al momento de definir el Derecho con el cual determinada relación tiene los vínculos más estrechos, ya que genera un alto grado de incertidumbre para las partes el no poder saber de antemano cuál ley será entendida por el tribunal como la más estrechamente ligada a la causa debatida.

En efecto, son múltiples los elementos objetivos y subjetivos que circundan una relación jurídica y que podrían ser empleadas por el sentenciador para determinar qué Derecho es el que está en mayor conexión con esta, al mismo tiempo, es imposible predecir si el juez tomará todos esos factores en cuenta o solo alguno de ellos, o cómo los ponderará; todo lo cual no solamente genera inseguridad a las partes sino al mismo juez, quien, sin una debida orientación legislativa y jurisprudencial o doctrinaria, podría no saber cómo conducirse y llegar a una solución acertada³⁸⁷.

Aun cuando reconocemos y compartimos las graves amenazas que representa esta solución a los principios de seguridad jurídica y previsibilidad, consideramos que la doctrina del Derecho más estrechamente vinculado parece dar una respuesta equitativa al problema de la legislación aplicable a los supuestos de

³⁸³ Romero, Fabiola, Solución Subsidiaria, en: *Ley de Derecho Internacional Privado Comentada*, Caracas, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, UCV, 2005, Tomo II, p. 785.

³⁸⁴ Pampillo, Juan, La Ley Aplicable al Fondo de los Contratos: la doctrina de los vínculos más estrechos en el sistema europeo del Convenio de Roma y en el sistema americano de la Convención de México, en: *Derecho Internacional Privado*, México, Editorial Porrúa, 2012, p. 81.

³⁸⁵ Tal como lo hace el Convenio de La Haya sobre la Ley Aplicable al *Trust* y a su Reconocimiento de 1985, en su art. 7.

³⁸⁶ Ejemplo claro de esta corriente se ve reflejado en el art. 30 de la LDIP.

³⁸⁷ Romero, Solución Subsidiaria. . . , ob. cit., p. 790.

abandono de gente de mar, pues su determinación es dejada en manos de un tercero, el juez, quien evaluará la particularísima relación jurídica existente entre armador y tripulante, los elementos objetivos y subjetivos que le son intrínsecos³⁸⁸, y de esta forma decidirá cuál sistema legislativo es el que presenta conexiones más estrechas con el caso y, por tanto, es el más idóneo para regir la situación de los marinos abandonados, la contratación laboral primigenia y las acciones derivadas de su ejecución o interpretación.

Esta evaluación *a posteriori* de la relación contractual y el particular escenario que envuelve a las tripulaciones en contextos de abandono, permite al sentenciador formarse una idea más clara de la intención de las partes al momento de contratar, de las condiciones que han circundado el nacimiento, la evolución, ejecución e incumplimiento del contrato, y así poder identificar cuál es la jurisdicción que “naturalmente” presenta vínculos más cercanos y cuya legislación, en consecuencia, debe ser usada para regir la situación debatida.

c. Ley personal común de los contratantes

El siguiente factor de conexión encontrado en los instrumentos legales analizados es el referente a la ley personal común de los contratantes.

Cuando se habla de “ley personal”, se está haciendo alusión al Derecho que entrará a regir todas las situaciones que están dentro del estatuto personal, es decir, el Derecho aplicable al conjunto de instituciones jurídicas relacionadas con un individuo como persona³⁸⁹.

Ha sido muy debatido en nuestra materia de estudio, cuál es la delimitación del ámbito de aplicación sustantivo del estatuto personal, y en ese sentido se han generado tres teorías que intentan explicar este asunto. Una primera concepción entendida como estricta, asume que el estatuto personal solo está conformado por el estado civil y la capacidad de la persona natural; luego encontramos una intermedia, que añade a la anterior las relaciones de familia al concebir a la persona más allá de su simple individualidad y verla como un miembro de la institución

³⁸⁸ La LDIP en su art. 30, además de los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato, también exige al juez que tenga en cuenta los principios generales del Derecho Comercial Internacional aceptados por organismos internacionales. Sin embargo, esa parte *in fine* no podría ser empleada en los casos de contratación laboral, ya que solo es aplicable para los contratos de carácter comercial. Así lo ha afirmado la doctrina nacional, al indicar que “estos principios [refiriéndose a los Principios Generales para los Contratos Mercantiles Internacionales elaborados por la UNIDROIT] solo contienen soluciones materiales o directas en relación con los contratos mercantiles, de manera que no podría decirse que ellos sean útiles al juez para determinar el Derecho aplicable en materia contractual”. *Ibidem*, p. 740.

³⁸⁹ Rodríguez, Andrés, El Criterio de Conexión para Determinar la Ley Personal: Un Renovado Debate en Derecho Internacional Privado, en: *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2010, Vol. 10, No. 1, p. 186.

familiar; y, por último, la amplia que completa la precedente, incluyendo aquellas situaciones y relaciones derivadas de la sucesión *mortis causa*³⁹⁰.

En términos generales, el Derecho Comparado nos demuestra la existencia de dos grandes grupos de regulaciones con respecto a la Ley personal: aquellos sistemas que se decantan por el domicilio como factor para la determinación de la ley personal, y los que, por el contrario, consagran la nacionalidad como punto determinante.

Desde una perspectiva histórica, el domicilio fue la primera conexión en aparecer en esta materia por adaptarse de mejor manera al modelo estatutario popularizado en esa época, sin embargo, generaba el problema de determinar qué domicilio utilizar, si el de origen, o el domicilio efectivo, donde la persona desarrolla su vida en un momento determinado. Posteriormente, durante el siglo XIX, se inicia el auge de la nacionalidad tanto en el campo científico como en el legislativo³⁹¹, especialmente inspirado por el trabajo de Pasquale Stanislao Mancini, quien buscaba la unificación del Estado italiano a través del nacionalismo y la exaltación de la nacionalidad. Ya en una tercera etapa, siglo XX, el domicilio vuelve a posicionarse como conexión preponderante en la determinación de la ley personal, principalmente por su difusión entre en los países americanos emancipados, y por su mantenimiento por parte de países anglosajones de suprema relevancia en el contexto internacional como Reino Unido y los Estados Unidos³⁹².

La elección entre nacionalidad o domicilio como ley personal, se trata de una cuestión de política legislativa. Los sistemas modernos no han conseguido un criterio uniforme con respecto a este asunto, pues ambas conexiones presentan poderosos fundamentos para su adopción. En el caso de la nacionalidad, se tiene como base el arraigo del individuo al territorio, el interés del Estado de proteger a sus nacionales y la facilidad de su determinación, pero paralelamente deja sin respuesta muchos supuestos como los casos de los apátridas y las personas con múltiples nacionalidades.

En lo que respecta al domicilio, ostenta la ventaja de representar una cercanía más profunda entre el lugar y el sujeto, además el Estado se encuentra mucho más interesado en regir a las personas que se encuentran domiciliadas dentro

³⁹⁰ *Ibidem*, p. 187.

³⁹¹ “[S]egún lo acredita la consagración de la nacionalidad como criterio para la determinación del ordenamiento aplicable al estatuto personal tanto en la codificación supraestatal (primeros convenios elaborados por la Conferencia de La Haya en 1902 y 1905 en materia de tutela de menores y de matrimonio, separación, divorcio y efectos del matrimonio) como estatal (Códigos Civiles francés de 1804, piamontés de 1865, portugués de 1867, español de 1889 ó Ley introductoria al Código Civil alemán de 1899) del Derecho internacional privado”. Rodríguez, El Criterio de Conexión. . . , ob. cit., p. 187.

³⁹² *Idem*.

de sus límites jurisdiccionales; sin embargo, puede llegar a ser más difícil la determinación del domicilio de una persona que su propia nacionalidad.

Quizás por ello en una fase histórica más moderna, que inicia a mediados del siglo pasado, se han intentado superar las deficiencias de ambas conexiones, sustituyéndolas o complementándolas con una tercera opción más pragmática y de menor complejidad para su determinación: se trata de la residencia habitual, la cual ha sido acogida por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado en varios de sus instrumentos³⁹³, y por legisladores estatales³⁹⁴ en sus recientemente promulgadas normativas de DIP³⁹⁵.

Este factor de conexión puede ser visto como beneficioso para las partes puesto que, al aplicárseles la ley personal común de los contratantes, se favorece la previsibilidad, ya que ambos están en la misma posición de haber tenido contacto con las normas de ese sistema y, por tanto, conocerlas o al menos tener una noción general de su contenido³⁹⁶; lo cual les permite tener una idea un poco más clara de su posición ante su contraparte en un juicio y saber de qué derechos son titulares y cuáles deberes, obligaciones o cargas legales les pueden ser impuestas. Todo esto redundaría en la confianza de los administrados de acudir a los órganos jurisdiccionales a ventilar sus causas y fortalece los caminos para acceder a la justicia.

Sin embargo, cuando estamos frente a casos de abandono de gente de mar, esta conexión pareciera perder total sentido y aplicabilidad ya que en la casi totalidad de los supuestos una de las partes, el patrono, se trata de una persona jurídica, y por tanto no cuenta con una ‘ley personal’ que rijan su situación jurídica como tal, por lo cual no habría posibilidad de emplear este factor para la determinación de la legislación a ser empleada para dilucidar causas que ventilen este tipo de situaciones.

d. Ley del lugar de la celebración del contrato

Como último factor de conexión inserto en los instrumentos nacionales e internacionales de DIP aplicables a los escenarios de abandono de tripulaciones, encontramos el lugar de celebración del contrato.

³⁹³ Tal como lo hacen el Convenio del 14 de marzo de 1978 sobre Ley Aplicable a los Regímenes Matrimoniales, el Convenio del 25 de octubre de 1980 para Facilitar el Acceso Internacional a la Justicia, y el Convenio del 30 de junio de 2005 sobre Acuerdos de Elección de Foro, entre muchos otros.

³⁹⁴ Tómese como ejemplo la LDIP venezolana, la cual, si bien establece en su art. 12 que la existencia, estado y capacidad de las personas se rigen por el Derecho de su domicilio, en su art. 11 puntualiza que el domicilio de una persona física se encuentra en el territorio del Estado donde tiene su residencia habitual.

³⁹⁵ Rodríguez, El Criterio de Conexión..., ob. cit., p. 188.

³⁹⁶ López, El Contrato en el Derecho..., ob. cit., p. 92.

En este caso en específico, nos estaríamos refiriendo al contrato de enrolamiento celebrado entre el marino y el armador de la nave que es abandonada.

Esta conexión es una de las más populares y antiguas dentro del desarrollo evolutivo del DIP, por entenderse como una derivación natural del principio de la vigencia territorial del Derecho, según el cual el sistema de normas de un país debe regir todas las relaciones que nazcan dentro del ámbito de aplicación territorial de dicho sistema, y por presentar ventajas prácticas al ser de fácil determinación y conocimiento para las partes. Ciertamente, la *lex loci contractus* siempre existe, es la misma para ambos contratantes y permanece inmutable durante toda la vigencia del contrato³⁹⁷.

Sin embargo, en tiempos modernos su designación se ha hecho cada vez menos sencilla, al generarse problemas derivados de los acuerdos suscritos a distancia o entre ausentes, que son cada vez más comunes en el campo internacional privado³⁹⁸.

De igual forma, esos beneficios y practicidad que ofrece el lugar de celebración del contrato no siempre son extensibles a los convenios de prestación de servicios a bordo, ya que muchas veces no existe una dialéctica entre las partes ni una concreción formal propiamente dicha del acuerdo, sino que el marino inicia labores en el mismo momento de su embarque, lo cual genera dificultades en la determinación del momento y lugar efectivo de su contratación.

Asimismo, en ocasiones este lugar es fortuito debido a que los contratos laborales marítimos pueden ser pactados para un tiempo o un número de viajes determinado y, una vez vencido el plazo o alcanzada la cantidad de viajes fijada, los tripulantes se desembarcan en diferentes destinos, no siempre coincidentes con su lugar de origen, y donde suelen conseguir nuevas oportunidades para volver a embarcarse. Estas particularidades, presentes en los contextos marítimos, ponen en entredicho la pertinencia de la ley del lugar de contratación como conexión en caso de abandonos, siendo que, como se acaba de apuntar, este lugar puede ser azaroso y no presentar ningún vínculo real con las partes con la relación jurídica entre ellas forjada, lo cual volvería impertinente la aplicación de la legislación de esa jurisdicción al contrato, y desvirtuaría la noción de cercanía y coherencia entre el lugar y la relación, que este factor de conexión pretende fortalecer³⁹⁹.

³⁹⁷ *Ibidem*, p. 94.

³⁹⁸ Romero, Autonomía de las Partes. ..., ob. cit., p. 782.

³⁹⁹ “Nos parece inadecuado que la sola celebración del contrato en Venezuela sea un factor de conexión suficiente para determinar la aplicación del Derecho venezolano a toda la relación de trabajo, independientemente del país donde se prestó el servicio. Muchas veces el lugar de celebración del contrato constituye un hecho accidental y genera un vínculo muy débil con el Derecho de dicho lugar”. Carrasquero, Relaciones de trabajo internacionales. ..., ob. cit., pp. 71-72.

Como puede observarse, son pocos los factores de conexión consagrados en los instrumentos nacionales o internacionales que puede ser aplicados por los tribunales para la resolución de los casos de abandono de tripulación, y dentro de ese número reducido de normas de conflicto que podrían ser empleadas, se evidencia que no todas las soluciones aportadas se adaptan a la realidad sustantiva de los supuestos marítimo laborales, lo cual puede ocasionar que la ley indicada como aplicable por la norma conflictual no presente una conexión con el supuesto y por tanto de ella se desprendan soluciones desapegadas a la justicia material.

Queremos recordar que este tema es muy poco explorado por la doctrina venezolana, por lo cual las disquisiciones aquí presentadas solo buscan contextualizar de manera general la problemática que la elección del Derecho aplicable puede conllevar en casos de abandono, y cómo las posibles soluciones aportadas por el sistema no se adaptan a las peculiaridades materiales de este tipo de supuestos, implicando respuestas incompletas o no del todo coherentes, lo cual va en desmedro de la justicia material del caso.

4. Derecho Venezolano como Ley Aplicable

Ahora bien, si el juego de las normas de conflicto utilizadas por el sentenciador para la determinación del Derecho aplicable, resulta la aplicabilidad del Derecho venezolano para dar respuesta a un caso de abandono de gente de mar, se deberá emplear las normas materiales dentro de nuestro sistema para la resolución al caso.

No obstante, en la legislación patria tampoco se encuentra una ley dedicada a tratar de manera especializada los supuestos donde se verifique un abandono de trabajadores a bordo de un buque, las derivaciones de ese tipo de situaciones, los procedimientos a seguir o las sanciones aplicables, lo cual constituye una traba para los marinos en situación de abandono a la hora de hacer efectivos sus intereses y dar pie a las reclamaciones jurídicas pertinentes. Por ello, para poder deducir las posibles reglas aplicables a estos escenarios, se hace forzoso acudir a las normas generales de Derecho Laboral.

Tal como indicamos en párrafos anteriores, la LOTTT, principal normativa sustantiva laboral venezolana, únicamente enmarca aquellos supuestos en los cuales sus reglas serán aplicables, estando delimitados en el citado artículo 3 a aquellas relaciones de trabajo que hayan sido convenidas o prestadas dentro del territorio nacional.

El porqué de esta normativa, se enraíza en dos principios fundamentales, el primero de ellos es que el país más impactado por la prestación de un servicio laboral es justamente donde se presta el mismo, pudiendo afectarlo a nivel

económico, social, etc.; de esto se deriva que el sistema de ese país presente los vínculos más estrechos con la relación laboral desempeñada dentro de su ámbito demográfico, y por ello que sea prácticamente natural la aplicación del Derecho de ese Estado⁴⁰⁰. El segundo principio que justifica esa aplicación territorial de la ley venezolana es aquel según el cual igual trabajo debe generar igual salario.

Paralelamente, la Sección II del Capítulo VI del Título referido a las modalidades especiales de condiciones de trabajo de la LOTTT, está destinada a regular las actividades laborales que se desarrollen durante la navegación marítima, fluvial y lacustre, específicamente las emprendidas por la tripulación a bordo de un buque mercante en beneficio de un armador, o fletador, durante el tiempo de navegación y la estadía en puerto⁴⁰¹.

Si bien en esta normativa no se contempla la figura del abandono, sí se señalan ciertos derechos y obligaciones que operan en pro del trabajador y que se activarían en un posible caso de abandono.

En este sentido se evidencia que al detallar los derechos que especialmente les son reconocidos a estos trabajadores, uno de ellos es el beneficio de ser repatriados o trasladados al lugar de contratación⁴⁰².

Este derecho es reafirmado al establecerse que cuando un navío se pierda por apresamiento o siniestro, el patrono deberá repatriar al trabajador y pagarle el salario hasta su llegada al país⁴⁰³. Otra disposición de gran relevancia a los efectos del tema aquí tratado es la que fija que mientras el buque esté en el mar o en país

⁴⁰⁰ “El país donde el trabajador presta los servicios es el más afectado por la presencia de los trabajadores en su mercado laboral, y el más interesado en regular las relaciones laborales que se desarrollan dentro de sus fronteras”. *Ibidem*, p. 72.

⁴⁰¹ Art. 245 de la LOTTT: “El trabajo en la navegación marítima, fluvial y lacustre de los y las integrantes de una tripulación que presten servicio a bordo de un buque mercante en beneficio de un armador, armadora, fletador o fletadora, tanto durante el tiempo de navegación como en el que se encuentren en puerto, se regirá por las disposiciones generales de la Ley que les sea aplicable en cuanto las de la presente Sección no las modifiquen. Igualmente, son aplicables a este régimen especial de trabajo, las convenciones colectivas, la Ley General de Marinas y Actividades Conexas, así como los Tratados Internacionales que Venezuela haya adoptado y ratificado, en esta materia. Las normas relativas a los tripulantes de un buque mercante se aplicarán igualmente a los de cualquier clase de embarcación que transporte personas y cosas tanto como a los que trabajen en accesorios de navegación. Se prohíbe el trabajo de los adolescentes en buques o cualquier otro tipo de nave o embarcación marítima, lacustre o fluvial”.

⁴⁰² Art. 255 de la LOTTT: “En el trabajo en el transporte marítimo, fluvial y lacustre, el patrono o la patrona tiene las siguientes obligaciones frente a sus trabajadores y trabajadoras: ... h) Repatriarlos o trasladarlos al lugar de enganche”.

⁴⁰³ Art. 264 de la LOTTT: “Cuando el buque se pierda por apresamiento o siniestro, el patrono o la patrona deberá repatriar al trabajador o a la trabajadora y pagarle el salario hasta su llegada al país. El apresamiento o siniestro que se deba a falta del patrono o de la patrona, se considerará como causa justificada de terminación de la relación de trabajo por parte del trabajador o trabajadora, en el caso que el patrono o la patrona no pueda proporcionar al trabajador o a la trabajadora colocación equivalente en otro buque”.

extranjero no podrá despedirse al trabajador, salvo que haya sido contratado en ese país⁴⁰⁴.

Con todas estas normas revisadas se evidencia que si bien el sistema no dispone de previsiones específicas para el abandono, con la consagración de estos derechos se brinda una protección a los marinos en contra de estos posibles escenarios, indicándose que no pueden ser despedidos durante su estadía en puertos o aguas internacionales y que, en caso de excepción donde sea irrealizable arribar al territorio nacional, la gente de mar forzosamente tiene que ser repatriada a su lugar de origen y garantizársele el pago de sus salarios.

En lo tocante al contenido del contrato de trabajo marítimo, la LOTTT únicamente lista una serie de cláusulas que deben ser entendidas como insertas dentro de toda estipulación laboral a ejecutarse en embarcaciones, las cuales son:

(i) La carga y descarga realizada por la tripulación estará en manos únicamente del personal de cubierta, considerándose horas extraordinarias si los trabajos se efectuaren fuera de la jornada ordinaria.

(ii) Procederá el pago de sobresueldo cuando los marinos deban movilizar explosivos e inflamables, limpiar la caja de combustión y tubos, o reparar el buque en tierra.

Aun cuando se valora la voluntad del legislador patrio de beneficiar a los trabajadores en las circunstancias arriba descritas, estas precisiones no cubren las particularidades que el Convenio sobre contratación exige a los acuerdos laborales y que, según el mismo texto de la LOTTT, deberían ser reglamentadas por el Ejecutivo Nacional. Se trata de cláusulas muy básicas que constituyen parte fundamental de lo que concierne a un contrato de trabajo, a saber: modalidad (si es por tiempo determinado, indeterminado o por viaje), obligaciones y derechos de ambas partes, identificación y edad del trabajador, así como el lugar de nacimiento, designación del buque en el que prestará los servicios, importe del salario, entre otros.

Y si bien el artículo 56 de la LOTTT requiere en su mayoría esas indicaciones en los contratos por escrito, debe recordarse que a tenor de su artículo 246 no es obligatoria la existencia de un contrato escrito para poder estar frente a un supuesto de enrolamiento.

De esta manera se hace comprensible la preocupación exteriorizada por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, sobre el estatus de Venezuela frente a la adopción de las normas del referido Convenio No. 22, ya que pareciera estarse soslayando la obligación que asumió

⁴⁰⁴ *Idem.*

la República al suscribir y ratificar el Tratado, de emprender todas aquellas medidas que fuesen requeridas para la íntegra aplicación de su contenido.

Paralelamente, pese a que el instrumento legal internacional aquí reseñado contiene disposiciones muy relevantes en cuanto a los requisitos y formas que debe ostentar el contrato de enrolamiento de la gente de mar, de ahí su inclusión en este aparte, consideramos que su utilidad para la resolución de supuestos de abandono puede ser limitada siendo que su contenido no prevé soluciones puntuales para este tipo de situaciones, lo cual, muy probablemente impulse al sentenciador a buscar otras fuentes en las cuales apoyarse para resolver el caso que le ha sido presentado.

No obstante, hay que recordar que estas reglas solo son aplicables al trabajo prestado y convenido en el país, a tenor de lo establecido en el artículo 3 de la LOTTT, norma que deja por fuera a las relaciones laborales que no revistan ese tipo de contacto con el territorio venezolano.

Se evidencia, pues, que existe un vacío legal en los casos de los marinos abandonados en Venezuela, dado que no se podría aplicar esas normas si los contratos que amparan a esos trabajadores no fueron convenidos ni ejecutados en el país. Recordemos que el lugar de abandono puede ser totalmente fortuito, no coincidente con el lugar de celebración o ejecución del contrato de trabajo, ya que en ocasiones el puerto de abandono es una parada de arribada forzosa debido al acaecimiento de un siniestro o a un desperfecto técnico de la nave, que nada tiene que ver con la ruta oficial establecida para la embarcación.

Ciertamente, esto dificulta la determinación de los derechos sustantivos de los marinos abandonados en Venezuela, con lo cual se configura un nuevo problema para la consecución de la justicia material. En efecto, pese a que es innegable la existencia de bienes jurídicos tutelables en estos casos de marinos abandonados, resulta difícil para los trabajadores en esta situación conocer bajo qué ordenamiento jurídico reclamar sus derechos, siendo que, el artículo 3 de la LOTTT, no se manifiesta con respecto a aquellas relaciones jurídicas que no hayan sido celebradas o ejecutadas dentro de la circunscripción territorial de nuestro país.

En este punto ha de recordarse que solo entrará a regir el Derecho material venezolano, siempre que exista una norma conflictual cuya operatividad por parte del juez dé por resultado la aplicación de la legislación interna nacional.

Ahora bien, no hay que olvidar que el artículo 1 de la LDIP contempla como soluciones subsidiarias ante la ausencia de normas de DIP venezolano a la analogía⁴⁰⁵ y a los principios de DIP generalmente aceptados⁴⁰⁶.

A. Analogía y Principios de DIP Generalmente Aceptados

El legislador nacional ha incorporado la analogía y los principios generalmente aceptados en el artículo 1 de la LDIP para ayudar al sentenciador al momento de la resolución de un caso con elementos de extranjería, a los fines de integrar las lagunas que puede generar el Derecho positivo, evitando así la denegación de justicia y dando cabal cumplimiento al principio de plenitud hermética.

En lo que respecta a la analogía, nunca está de más recordar que su etimología viene del latín *analogus*, que procede del griego *análogos*, que significa “proporcionado, relacionado, parecido”. A su vez, esta última deriva de *analégo*, que hace alusión a “reunir o recoger”. Los juristas de la antigüedad interpretaron la analogía como una forma de conseguir un resultado a través de la vía de la comparación y la coordinación⁴⁰⁷.

En términos generales, la analogía es un procedimiento lógico que permite transportar la consecuencia jurídica prevista para un supuesto de hecho determinado, a otro u otros supuestos sustancialmente similares que no están expresamente regulados por la norma positiva. De forma tal, que la consecuencia prevista para el supuesto codificado se aplique de igual manera a aquél que no fue previsto por el legislador, a los fines de integrar el Derecho y vencer las lagunas que se producen por la imposibilidad de legislar todos los posibles casos que

⁴⁰⁵ Recordemos que la analogía puede ser concebida como un “procedimiento lógico que trata de inducir, de soluciones consagradas en el ordenamiento jurídico, el principio íntimo que las explica, para someter un caso semejante a la misma solución por vía deductiva. 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”. Madrid, Claudia, *Ámbito de Aplicación de la Ley. Prelación de las Fuentes*, en: *Ley de Derecho Internacional Privado Comentada*, Caracas, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, UCV, 2005, Tomo I, p. 179.

⁴⁰⁶ Con respecto a la función de los principios generalmente aceptados en materia de DIP, el legislador, consciente de que no puede prever todos los supuestos que pueden llegar a acontecer en la realidad, incorpora a través del art. 1 de la LDIP una vía para alcanzar la plenitud hermética que caracteriza al Derecho. En ese sentido, la doctrina nacional ha interpretado que los principios generalmente aceptados de DIP previstos en el referido canon legal, “funcionan como normas integradoras ante el silencio del ordenamiento jurídico positivo. . . 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”. *Ibidem*, p. 182.

⁴⁰⁷ Boggiano, Antonio, El derecho como analogía, en: *El Derecho. Diario de Doctrina y Jurisprudencia*, 2018, No. 14.393, AÑO LVI, p. 1.

pueden acaecer en la realidad, y así favorece la justicia material al proveer a situaciones de contenido análogo, soluciones similares⁴⁰⁸.

Por su parte, dar una definición de los principios generales del Derecho es un poco más cuesta arriba, tanto así que el mismo Hans Kelsen, al comentar el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, llegó a calificar como “dudosa” la existencia de los principios generales de Derecho reconocidos por las naciones civilizadas⁴⁰⁹. En parte, esa gran dificultad puede serle imputada a las múltiples funciones que les son atribuidas.

En efecto, los principios generales del Derecho pueden ser entendidos como reglas encargadas de disciplinar las relaciones entre Estados, o como el resultado de un gran esfuerzo de abstracción y generalización de normas particulares, llegando a usarse el término también para designar proposiciones elementales inherentes a las normas positivas o a la costumbre, y que se hayan implícitas dentro de un sistema jurídico determinado⁴¹⁰. A la par, se conciben como los fundamentos de los cuales derivan las normas positivas de un ordenamiento jurídico y, por tanto, la base inderogable del sistema que cimentan; o, en atención a su función interpretativa, son entendidos también como instrumentos esenciales al momento de definir el alcance y contenido real de una norma⁴¹¹.

A lo anterior, se le suman los problemas para determinar cuáles son esos principios y el contenido de los mismos. Algunos legisladores se han encargado de positivizarlos lo cual facilita su determinación e interpretación, sin embargo, en la mayoría de los escenarios, deben ser abstraídos de las normas positivas particulares, lo que permite llegar a desentrañarlos como preceptos más amplios y generales⁴¹².

Tanto la analogía como los principios generales del Derecho, están previstos en el artículo 1 de la LDIP, a los fines de ayudar al sentenciador en la integración del Derecho para conseguir soluciones ajustadas a las normas jurídicas y no dejar ningún caso sin respuesta.

La pregunta que se plantea con respecto a su utilización es la siguiente: se deben manejar la analogía y los principios como fuentes subsidiarias una vez se agoten todas las demás listadas en el artículo 1 de la LDIP, o, por el contrario, deben ser usadas como herramientas complementarias para la integración del

⁴⁰⁸ Madrid, *Ámbito de Aplicación de la Ley...*, ob. cit., p. 179.

⁴⁰⁹ Kelsen, Hans, *The Law of the United Nations*, New York, Frederick A. Praeger Publisher, 1964, p. 553.

⁴¹⁰ García, Carlos, Fuentes del Derecho Internacional Privado, en: *Revista Española de Derecho Internacional*, 1972, Vol. 25, Nos. 1/4, p. 179.

⁴¹¹ Madrid, *Ámbito de Aplicación de la Ley...*, ob. cit., p. 181.

⁴¹² *Ibidem*, p. 182.

Derecho en cada una de esas fuentes principales que enuncia la LDIP. Ante esta disyuntiva, la doctrina nacional se inclina por aceptar la segunda opción⁴¹³.

Esa interpretación llevaría a entender que al estar ante la posibilidad de aplicación de un tratado internacional, se tendrían que agotar todas las opciones, incluyendo la aplicación analógica de las normas contenidas en el tratado y de los principios generalmente aceptados que han inspirado la creación de dicho instrumento, y solo cuando el hecho concreto escape de la aplicación del tratado, inclusive su aplicación analógica y la de sus principios fundadores e interpretativos, se deberá acudir a las normas internas de DIP⁴¹⁴. Sin embargo, la respuesta no se plantea de forma tan clara cuando se trata de la aplicabilidad de un tratado ya no como fuente principal sino por vía analógica o de los principios generales en él contenidos.

En este sentido, algunos estudiosos de la materia⁴¹⁵ estiman que no sería posible emplear un acuerdo internacional como fuente directa, si el mismo no ha sido ratificado por todos los países de los sistemas involucrados en el caso, ya que sus normas técnicamente no estarían vigentes para dichos Estados. Ahora bien, se entiende que los órganos jurisdiccionales de un país sí podría aplicar para la resolución de un caso, un tratado que no esté vigente para alguno de los sistemas legales implicados en la situación o relación jurídica debatida, pero ya no como fuente directa, sino como una fuente indirecta, bien sea por analogía o como principio de Derecho generalmente aceptado⁴¹⁶.

Esta posición no solo ha sido aceptada por la doctrina, dentro de la jurisprudencia venezolana también observamos la aplicación de los tratados internacionales no vigentes como principios generales. Así se evidencia en la decisión

⁴¹³ *Ibidem*, p. 185.

⁴¹⁴ *Idem*.

⁴¹⁵ Entre ellos Madrid, quien explica que “[l]a 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”. Madrid, *Ámbito de Aplicación de la Ley...*, ob. cit., p. 186.

⁴¹⁶ “En este sentido se afirma unánimemente en Venezuela lo siguiente: ‘En materia de Derecho Internacional Privado, se ha aceptado que los principios generales pueden extraerse de los tratados internacionales, cuando no resulten aplicables, en cuanto tales, a un caso concreto’. Esta es la razón que justifica la aplicación de la CIDACI a este caso bajo estudio, como principio generalmente aceptado de Derecho Internacional Privado. Lo que afirmo es que la CIDACI se aplica en Venezuela bien como tratado internacional frente a México, y como principios generalmente aceptados de Derecho Internacional Privado en los demás casos en que la CIDACI no aplique como tratado. Esto es de hecho lo que he sostenido por muchos años en obras de mi autoría, y refleja la opinión pacíficamente aceptada en Venezuela sin que exista oposición de ninguna especie en la doctrina especializada sobre la materia’. Hernández-Bretón, Eugenio, *El Derecho Privado Internacional aplicable a los contratos internacionales celebrados con empresas del Estado venezolano*, en: *V Jornadas Anibal Dominici, Contratos mercantiles y títulos valores*, Caracas, FUNEDA, 2013, p. 7.

de SPA de fecha 23 de febrero de 1981, se reconoció la aplicabilidad del Código Bustamante a un país no signatario, Puerto Rico, señalando que dicho instrumento constituye una fuente interpretativa del Derecho en cuya virtud los principios que consagra pueden ser aplicados analógicamente por los Estados miembros de la comunidad hispanoamericana⁴¹⁷. Sin embargo, se trata de un tema donde no existe una verdadera uniformidad por parte de la doctrina, ni en las justificaciones aportadas por los sentenciadores para la aplicabilidad de estos tratados como principios generalmente aceptados, o por vía de la analogía⁴¹⁸.

En lo que respecta a la materia laboral marítima, también se observa cómo han sido aplicados tratados no suscritos como principios generalmente aceptados. Tal es el caso del MLC 2006, el cual, pese a no estar vigente para Venezuela, como lo hemos explicado con anterioridad, su contenido ha inspirado la legislación nacional y decisiones de los tribunales patrios.

En efecto, en sentencia de fecha 7 de octubre del año 2008, del Juzgado Superior Marítimo con competencia nacional y sede en la ciudad de Caracas, caso M/N Buque Emprendedora, el sentenciador apoya su motivación para decidir en la referida Convención. El fondo del caso, se trata de una acción por resarcimiento de daño moral por hecho ilícito y daño material (lucro cesante y daño emergente) derivados del fallecimiento por inmersión del Segundo Oficial de Máquina, tripulante de la M/N Buque Emprendedora, durante el cumplimiento de una orden directa dictada por capitán de la precitada embarcación, quien solicitó al marino que se sumergiera para soltar un cabo de popa que se había enredado en la propela de estribor, lo cual impedía el desatraque y zarpe del navío⁴¹⁹.

En la parte motiva de la sentencia, el tribunal incorpora la regla 4.2, del título 4 del MLC 2006, referente a la Protección de la Salud, Atención Médica,

⁴¹⁷ Madrid, Claudia, Javier Ochoa y Luis Rodríguez, *Sistema de fuentes en el DIPr. Venezolano (Parte V)*, 2012. Disponible en: <http://cort.as/-N7DG>

⁴¹⁸ “A partir de 1949, podemos encontrar diversas sentencias (CFC 08/08/1960, CFC, 19/02/1954) en la jurisprudencia nacional en donde son aplicadas disposiciones del Código Bustamante, a países no signatarios, como principios generales de Derecho internacional privado generalmente aceptados por la legislación venezolana. Es evidente que no existe uniformidad al momento de justificar la aplicación del Código Bustamante a países no signatarios del mismo. La confusión de términos jurídicos, como se pone de manifiesto en el segundo caso citado, es frecuente en las sentencias en donde el juzgador acude a la analogía para obtener una decisión. Se ha entendido entonces que parte de las soluciones previstas en Código Bustamante pueden considerarse principios de DIPr., aceptados generalmente por una extensa comunidad de naciones. Sin embargo, encontramos algunas sentencias en donde ha sido rechazada la aplicación del Código Bustamante (CSJ, 21/10/1969, DFSCM2, 04/06/1970). La jurisprudencia en materia de Derecho internacional privado, en nuestro país, no es muy frecuente, y en la mayoría de los casos es difícil explicar de una manera más concisa, porqué ha sido aplicado el Código Bustamante por analogía y otras veces, como principio de Derecho internacional privado generalmente aceptado. Algunos autores opinan que tales decisiones son simplemente una tendencia dominante en la jurisprudencia, sin mayores explicaciones”. Madrid, Ochoa y Rodríguez, *Sistema de fuentes en el DIPr.* . . . , ob. cit., s/p.

⁴¹⁹ Juzgado Superior Marítimo, sentencia 7 de octubre de 2008, Exp. No. 2008-000154, (*Alida González y Carlos Zabala vs. M/N Buque Emprendedora, y su Capitán Antonio Padrón*), en: <https://bit.ly/2NNspYg>

Bienestar Social, donde se listan las principales responsabilidades que caen en cabeza del armador, resaltando el sentenciador los deberes del armador relativos a la constitución de una garantía financiera para asegurar el pago de una indemnización en caso de fallecimiento de la gente de mar como resultado de un accidente de trabajo, y la obligación de sufragar los gastos de sepelio en caso de muerte a bordo durante el período de contratación⁴²⁰.

Como puede observarse, que Venezuela no sea parte del MLC 2006, no ha impedido que los tribunales del país empleen sus normas para guiar y fundamentar, aunque sea parcialmente, sus decisiones; lo cual conduciría a pensar que en escenarios de abandono de gente de mar que estén siendo resueltos por tribunales nacionales, podrían instrumentarse las normas de dicho instrumentos para ayudar a integrar el Derecho cuando sea necesario y extraer de esas normativas principios de Derecho generalmente aceptados que le permitan generar una solución más apegada a la justicia material, aun cuando carezca de normas positivas dentro de sus sistema de DIP para dar una respuesta directa y concreta al asunto bajo examen.

No olvidemos que, tal como señalamos en capítulos precedentes, este Convenio consagra el abandono de marinos, los gastos que debe sufragar el armador en razón de la repatriación, los deberes de los Estados parte durante el proceso de repatriación y las acciones que deben tomarse en esos casos.

Todo lo cual resultaría de gran utilidad para el juez venezolano al momento de decidir un supuesto de abandono que se ventile ante él, sobre todo teniendo en mente la carencia de normativas especializadas en la materia a nivel nacional.

De esta forma el juzgador patrio, al emplear esas regulaciones por vía de los principios generalmente aceptados, estaría dando cabal cumplimiento a su deber de administrar justicia, atendiendo a la especialidad del caso, garantizando la justicia material del mismo, y en completo apego a su sistema de DIP que lo faculta a la utilización de los principios generalmente aceptados como fuente de Derecho al momento de dar resolución a un caso privado con elementos de extranjería.

B. Soluciones Jurisprudenciales: Principio de Favor y Conglobamiento.

Atendiendo a todas estas dificultades que presenta el tema de la elección del Derecho aplicable en los casos laborales con elementos de extranjería, y reconociendo que las soluciones que aportan tanto los sistemas de DIP internos como los internacionales no siempre resultan ser en la práctica las más apegadas

⁴²⁰ *Ídem.*

a la justicia material, jurisprudencialmente se han incluido nuevas alternativas a los fines de poder generar respuestas que sean reflejo de una verdadera justicia material.

Es así como se ha intentado dar aplicabilidad a ciertas teorías del Derecho laboral interno a casos con elementos de extranjería, lográndose importantes avances en el desarrollo de la Teoría del Principio de Favor y en la Teoría del Conglobamiento.

La máxima de la norma más favorable⁴²¹ o el Principio de Favor, supone que, ante la presencia de un conflicto de normas aplicables a un supuesto de índole laboral, el juez debería inclinarse por la utilización de aquel sistema que favoreciera al trabajador, para lo cual ponderará el contenido de las diferentes reglamentaciones potencialmente aplicables, y cómo cada una de ellas impactaría en la realidad del trabajador; teniendo en cuenta no solo el aspecto económico, sino su bienestar desde una perspectiva integral⁴²².

En lo que respecta a cómo debe hacerse esa comparación entre sistemas, se han ideado diferentes soluciones.

Una de ellas, denominada sistema de acumulación o atomista, llama a integración de las partes de cada uno de los regímenes posiblemente aplicables, a los fines de “construir” uno nuevo para ese supuesto en concreto, utilizando para ello los mejores retazos de dichas normativas. La otra opción es el llamado Sistema de Conglobamiento o Teoría del Conjunto, según la cual, no se debería disecionar las normas aplicables sino considerar a cada una de ellas en su integridad, y aplicar de manera total aquella que fuese más favorable al trabajador⁴²³.

Por último, se plantea la Teoría del Conglomerado Orgánico o de la Inescindibilidad de los Institutos Laborales, que supone analizar de manera global ya no las normas en particular sino las instituciones que son contempladas en cada uno de los regímenes jurídicos conectados al caso, con el objeto de emplear para su resolución aquél régimen cuyo contenido regule de la manera más favorable para el trabajador la institución de Derecho laboral donde se inserte el supuesto debatido, considerando a la institución jurídica en su integridad y no a la norma en particular o atomizada, como lo hace Teoría del Conglobamiento⁴²⁴.

⁴²¹ “La regla de la norma más favorable establece, según enseña con su característica claridad América Pla Rodríguez, que ‘cuando existen varias normas aplicables a una situación jurídica (...) no se aplicará la norma que corresponda conforme a un orden jerárquico predeterminado, sino que, en cada caso, se aplicará la norma más favorable al trabajador’”. Pasco, Mario, La norma más favorable: su determinación, en: *Revista de Derecho PUCP*, 2004, No. 54, p. 339.

⁴²² Carballo, César, *Derecho Laboral Venezolano*, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2008, p. 42.

⁴²³ *Ibidem*, p. 43.

⁴²⁴ *Ídem*.

Paralelamente al estudio por parte de la doctrina, estas teorías también han tenido un gran desarrollo por la jurisprudencia nacional.

Así encontramos varias sentencias que dilucidan acciones de contenido laboral a través de la aplicación de los principios de favor y conglobamiento; tal es el caso de la sentencia No. 904 de fecha 27 de septiembre de 2016, la SCS del TSJ, donde se explica que la Teoría del Conglobamiento presupone el empleo de un sistema legal en pro del trabajador, elegido dentro de un conjunto que sea el más beneficioso para él, decisión que se deriva de la confrontación de diferentes cuerpos legales que rijan una misma situación⁴²⁵.

Ha sido definido por la SC como un sistema que implica optar excluyentemente por una norma o por otra en su totalidad, de forma integral como un conjunto, *in totum*, luego de haberse confrontado dos o más tratamientos normativos en conjunto (no las cláusulas singulares, contrapuestas entre sí, ni menos los institutos singulares, contrapuestos entre sí), dándose preferencia a la fuente que, habiendo sido valorada comprensivamente, es la más favorable para el trabajador; aplicando ese tratamiento normativo en bloque, de forma global, homogénea, excluyendo completamente la disciplina de la otra fuente considerada, que ha sido entendida en su conjunto como menos favorable⁴²⁶.

En lo que respecta a cuándo se debe emplear esta teoría, la sentencia No. 894 de la SCS del TSJ de fecha 18 de octubre de 2017 aclara que los artículos 59 de la Ley Orgánica del Trabajo (1997)⁴²⁷ aplicable *rationae tempore*, actual numeral 5 del artículo 15 de la LOTTT, y el artículo 7 de su Reglamento⁴²⁸, han

⁴²⁵ “Al respecto, la parte accionada en su litiscontestación, indicó que las diferencias solicitadas debía ser declaradas improcedentes, puesto que si habían sido incluidas para la obtención del salario promedio, la incidencia de los bonos aludidos supra y recalco que en todo caso, el régimen aplicado por la empresa resultaba más favorable que el legalmente previsto, de forma que siempre se le pagó a la ciudadana Michela Annovi Bellei más de lo que le correspondía, razón por la cual en el supuesto negado de que se decidiera modificar la modalidad de pago de las vacaciones que fue convenida por las partes, debería según su decir, respetarse la teoría del conglobamiento para determinar la condición más favorable para el trabajador. Ahora bien, esta Sala de Casación Social considera imperativo, a los fines de establecer un orden lógico en la resolución de la delación planteada, destacar que la parte demandada —según se desprende de la contestación— confunde la aplicación de condiciones aisladas que resultan más beneficiosas para el trabajador con la teoría del conglobamiento que es el empleo de un sistema normativo a favor de un laborante que en su conjunto resulte de mayor beneficio, para aquel que solicita su utilización, es decir, existiendo la confrontación de dos (2) cuerpos legales que rigen una misma situación, deberá emplearse aquel que analizada su conjunción aporte mejores derechos y acreencias al trabajador”. TSJ/SCS, sentencia No. 904. 27 de septiembre de 2016, (*Michela Annovi Bellei vs. Energizer Group Venezuela, C.A. y otra*), en: <https://bit.ly/2WJ4lOm>

⁴²⁶ TSJ/SC, sentencia No. 1208, 16 de agosto de 2013, (*Instituto Nacional de Canalizaciones*), en: <https://bit.ly/2XQkuOi>

⁴²⁷ Art. 59 de la LOT: “En caso de conflicto de leyes prevalecerán las del Trabajo, sustantivas o de procedimientos. Si hubiere dudas en la aplicación de varias normas vigentes, o en la interpretación de una determinada norma, se aplicará la más favorable al trabajador. La norma adoptada deberá aplicarse en su integridad”.

⁴²⁸ Art. 7 del RLOT: “En caso de conflicto entre normas constitucionales, legales, reglamentarias y demás derivadas del Estado, regirán, junto con el principio de favor, los de jerarquía, especialidad y temporalidad.

sido incluidos dentro de la legislación nacional como técnica de articulación normativa para determinar cuál es la norma aplicable en caso de colisión y conflicto entre cánones legales⁴²⁹.

El TSJ ha analizado también los pros y los contras de la utilización de esta teoría. Con respecto a los puntos positivos, explica que al momento de la aplicación de una norma lo ideal es su empleo íntegro ya que no se puede desmembrar una parte sin desequilibrar el todo, es decir, se busca la armonía interna de las normas comparadas, viéndose en el conglobamiento una salvaguarda de la armonía y el equilibrio entre las varias condiciones establecidas. Por su parte, como punto negativo explica que la comparación en bloque de dos normas no puede hacerse colocándolas en una balanza imaginaria, puesto que las legislaciones no son cosas que se pueden medir, contar, pesar; son conjuntos inmensurables de disposiciones abstractas cuya apreciación solo se da por vía subjetiva. Apunta que la mutabilidad de las disposiciones y sus efectos, no permite una comparación adecuada⁴³⁰.

Los fallos arriba referenciados, aunque resuelven casos meramente internos, resulta pertinente traerlos a colación ya que han sido útiles para la evolución y aplicabilidad de los principios de favor y de conglobamiento, y por tanto su contenido posiblemente útil para supuestos de DIP. En efecto, se aprecia cómo en litigios en materia laboral internacional el juez nacional ha empleado estos principios de favor y conglobamiento para fundamentar sus decisiones. Ejemplo patente de ello es la sentencia de Sala de Casación Social No. 894 de fecha 1 de junio del año 2009, caso *Michael Sterling Little vs. Chevrontexaco Global Technology Services Company*, donde se dilucida el recurso de casación presentado por la parte actora contra decisión de los juzgados superiores laborales del país⁴³¹.

El fondo de la causa se refiere a la reclamación de pasivos laborales por parte del accionante, de nacionalidad estadounidense, en contra de la empresa americana Chevrontexaco Global Technology Services Company derivados de un contrato de trabajo cuya celebración y terminación se dio en jurisdicciones

Quando las normas en conflicto ostenten idéntica jerarquía, privará aquella que más favorezca al trabajador, salvo que alguna revista carácter de orden público estricto, caso en el cual prevalecerá esta. Si el conflicto se plantea entre normas contenidas en convenciones colectivas, contratos de trabajo, reglamentos internos, usos y costumbres y cualquiera otra de naturaleza análoga; así como entre estas y aquellas revestidas de orden público estricto, será aplicada la más favorable al trabajador⁴²⁹.

⁴²⁹ TSJ/SCS, sentencia No. 894, 18 de octubre de 2017, (*Vilma del Carmen Materano Marval vs. Asociación Civil Club de Playa El Aguasal*), en: <https://bit.ly/2WKCYNw>

⁴³⁰ “La comparación ‘global’, en países con código, estatuto o ley general, ¿sobre la base de qué tendría que hacerse?, ¿de todo el código, estatuto, etc.?, ¿frente a qué norma?, ¿qué otra norma imaginable podría intentar asumir una tan vasta ‘globalidad’?”. TSJ/SC, sentencia No. 1208, 16 de agosto de 2013, (*Instituto Nacional de Canalizaciones*), en: <https://bit.ly/2XQkuOi>

⁴³¹ TSJ/SCS, sentencia No. 894, 1 de junio de 2009, (*Chevrontexaco Global Technology Services Company*), en: <https://bit.ly/349NrZo>

foráneas, y cuya ejecución se produjo en diferentes países incluyendo Estados Unidos, Australia y Venezuela.

En este caso, la Sala, atendiendo al principio de la norma más favorable y el conglobamiento⁴³², ratifica la sentencia de alzada que niega la procedencia de la reclamación del actor, basado en el hecho de que, pese a que la Ley laboral venezolana le sería aplicable a la fracción del contrato ejecutado en el territorio nacional, siendo que el accionante ya había recibido compensación por los pasivos laborales reclamados de conformidad con la legislación extranjera, y estos eran superiores y más beneficiosos, considerados de forma integral, que los contemplados por nuestra legislación laboral⁴³³.

Aunque no se trata de un escenario marítimo laboral, estimamos que nada obstaría para que los tribunales venezolanos empleasen, vía analogía, estos mismos basamentos y principios, cuando fuesen aplicables atendiendo al sistema de fuentes de DIP, como fundamento de la elección del Derecho aplicable para resolver las acciones incoadas ante ellos por tripulantes abandonados, al tratarse igualmente de juicios de contenido laboral que exhiben elementos de extranjería, sobre todo teniendo en cuenta la carencia de jurisprudencia nacional en esta materia particularísima.

Estimamos que esta posibilidad se abriría teniendo en cuenta que, tal como se explicó en secciones anteriores, son pocos los factores de conexión consagrados en los instrumentos nacionales o internacionales que podría ser empleados por los tribunales para la resolución de los casos de abandono de tripulación, y las soluciones generadas por este reducido número de normas no se adaptan a la realidad sustantiva de los supuestos marítimo laborales, degenerando esto en que la ley indicada como aplicable por la norma conflictual no presente una conexión

⁴³² Sobre la decisión del juez en este caso, la doctrina nacional se ha manifestado a favor indicando que: “Si el Tribunal Superior y la SCS hubiesen aplicado ciegamente la regla general, habrían concluido que al demandante le correspondían los conceptos reclamados. Sin embargo, el Tribunal Superior analizó las circunstancias particulares del caso y, teniendo por norte los principios de equidad, de favor y conglobamiento, llegó a la conclusión de que al demandante no le correspondían ninguno de los conceptos reclamados debido a que recibió beneficios similares y superiores conforme a otro ordenamiento jurídico extranjero”. Carrasquero, Relaciones de trabajo internacionales..., ob. cit., pp. 73-74.

⁴³³ “Finalmente, dado que se alega la falta de cuantificación como para que la Sentenciadora concluya que el trabajador disfrutó de manera muy similar beneficios que la Ley Orgánica del Trabajo establece a favor de los trabajadores y que eran superiores a esta, ello no es determinante en la dispositiva del fallo, puesto que si bien no consta una cuantificación de los conceptos como se denuncia, no obstante ello, en la sentencia se llega a dejar constancia de manera detallada del pago y disfrute de sus vacaciones, uso del beneficio de Recreación y Descanso, incluso de otros beneficios que percibió antes y durante su asignación en Venezuela y que nuestra legislación no contempla a favor de sus trabajadores, de lo cual se desprende el goce de un conjunto de beneficios que se manejó en aplicación de un régimen que no es el nuestro, pero que considerado de manera integral resultaba más favorable”. TSJ/SCS, sentencia No. 894, 1 de junio de 2009, (*Chevrontexaco Global Technology Services Company*), en: <https://bit.ly/349NrZo>

relevante con el supuesto y, por tanto, de ella se desprendan respuestas en desapego a la justicia material del asunto debatido.

En definitiva, juzgamos que, en supuestos de gente de mar abandonada en puertos foráneos, se debería aplicar aquel Derecho que favoreciera la justicia material del caso y la protección de los tripulantes en su condición de trabajador y de débil jurídico dentro de la relación laboral, que no necesariamente es aquél que sea más condescendiente con su situación o el que le garantice mayores derechos. Para ello, debería dársele libertad al juez para que se pasara por una gama de opciones y, en cada caso, decidiera cuál Derecho es el más conveniente para la realización de la justicia material de marinos en situación de abandono. Esta solución estaría enmarcada en la teoría italiana del conglobamiento que admite la revisión de los Derechos involucrados y la posterior aplicación de la norma más favorable⁴³⁴.

Consideramos que, aun frente a la existencia de un acuerdo de elección de Derecho aplicable, el juez en virtud del principio *favor debilis*⁴³⁵, debería verificar las circunstancias que rodearon esa elección, y si la aplicación de ese sistema legal escogido sirve a la realización de la justicia material del caso, de manera de poder compensar el desequilibrio que existe de forma natural en relaciones laborales entre empleador y trabajador. Y aunque se pueda rebatir la anterior afirmación arguyendo la posible inseguridad jurídica que ello puede generar, no se debe olvidar que una función primordial de los principios generales del Derecho es medir y juzgar la validez de normas jurídicas tanto generales como individualizables, como lo son los contratos y las sentencias⁴³⁶.

Debemos matizar la anterior idea indicando que, en ningún caso calificaríamos apropiado que el juez, apriorísticamente, desaplicase la elección hecha por las partes para emplear el Derecho que considere más idóneo, sin tener ni siquiera en consideración ese acuerdo previo, manifestación, *prima facie*, del principio de la autonomía contractual de las partes⁴³⁷.

⁴³⁴ “Por otra parte, el sistema de conglobamiento o Teoría del Conjunto, según la cual deben ser analizados en su integridad los regímenes en potencial conflicto para así determinar aquel que en su totalidad fuere más favorable al trabajador, siendo {este el aplicable al caso concreto. A diferencia de la tesis anterior, la que comentamos no atribuye al aplicador de la norma la facultad de crear un nuevo régimen normativo, sino que deberá atenerse a los existentes, tan solo analizando su contenido y prefiriendo aquel que integralmente más favorable al trabajador”. Carballo, *Derecho Laboral...*, ob. cit., p. 43.

⁴³⁵ “La protección de la parte débil consiste primeramente, tanto si se trata de derecho material como Derecho Internacional Privado, en una restricción a la libertad de la parte más fuerte para determinar la reglamentación del vínculo contractual, en la medida necesaria para compensar el desequilibrio existente entre las partes y para evitar que una de ellas pueda prevalecer para oprimir a la otra”. Schötz, Gustavo, El *favor debilis* como principio general del Derecho Internacional Privado. Su particular aplicación a las relaciones de consumo transfronterizas, en: *Ars Iuris Salmanticensis Estudios*, 2013, Vol. 1, pp. 122-123.

⁴³⁶ *Ibidem*, p. 123.

⁴³⁷ *Idem*.

Conclusiones

El acceso a la justicia, como puerta de entrada y garantía del disfrute del resto de derechos consagrados en los sistemas legales modernos, se alza como derecho de importancia capital, cuya concreción y debido respeto es requisito *sine qua non* para la existencia de un verdadero Estado de Derecho. En efecto, no es suficiente que el legislador establezca en las diferentes leyes e instrumentos normativos los derechos y las prerrogativas que le son concedidas a los administrados, sino que es necesario que esa tarea del legislador sea complementada a través de acciones y medidas concretas por parte del sistema de justicia, que garanticen que los derechos consagrados en las legislaciones se vean materializados en la realidad, y que las vulneraciones que estos puedan sufrir no queden impunes, pudiendo los ciudadanos encontrar resarcimiento debido contra las acciones que vulneraron sus derechos al acudir ante los órganos de justicia que han sido diseñados a tales fines.

Son múltiples los esfuerzos que, tanto a nivel interno como internacional, se han gestado para minimizar los obstáculos que se le presentan a los administrados para poder acceder a la justicia, cuando buscan hacer valer sus derechos frente a los órganos jurisdiccionales. En este sentido, se ha ampliado el número de tribunales al servicio de la ciudadanía, distribuyéndolos geográficamente para que sean más cercanos a los litigantes, se han ido reduciendo los lapsos procesales para avalar una justicia más oportuna, al mismo tiempo se han intentado reducir los costos procesales, introduciendo figuras como el “beneficio de pobreza”, a los fines de que la falta de recursos económico no cercene la posibilidad de los sujetos de comparecer ante los órganos de justicia a plantear sus controversias.

No obstante los avances avizorados en esta materia, el acceso a la justicia sigue viéndose atestado de numerosos impedimentos que dificultan que los ciudadanos logren ver materializada la justicia en el caso que les atañe, existiendo escenarios en donde esas trabas se presentan de manera más patente, lo cual pone de manifiesto que el desarrollo en este campo no ha sido suficiente y que siguen existiendo elementos legales y fácticos que convierten a la justicia en un bien jurídico, muchas veces, inalcanzable.

Uno de esos supuestos donde se evidencian graves obstáculos en el derecho de acceso a la justicia, es en los casos de abandono de gente de mar en puertos extranjeros. Ciertamente, cuando se empiezan a entender de las implicaciones legales y materiales que conlleva el abandono de una embarcación y sus tripulantes, se puede ser consciente del cúmulo de situaciones que deben enfrentar las personas inmersas en esas realidades para poder acceder a los órganos de justicia a los fines de que les sean reconocidos y resarcidos los derechos violentados.

Dentro de la esfera del DIP se encuentran algunas de las dificultades más retadoras que se presentan en el transitar de los marinos hacia la realización de la justicia. Tal como analizamos a detalle a lo largo de los capítulos recientemente expuestos, este tipo de realidades suelen ostentar múltiples elementos de extranjería lo cual hace cuesta arriba precisar la jurisdicción que presta mayores garantías de acceso a la justicia a los marinos, a lo que se le suma el hecho de que el abandono es un suceso totalmente fortuito que puede darse en puertos que muchas veces nada tienen que ver con el lugar de prestación de servicios indicado en el contrato laboral.

De ahí, que los tribunales del lugar de abandono del buque, puede que no tengan conexión alguna con el contrato laboral que une a los tripulantes con su patrono, y por tanto, pese a ser los únicos órganos de justicia que de facto podrían conocer y decidir del caso, al no contar con un sistema de DIP que los faculte a ventilar dichas causas, se ven forzados a declararse sin jurisdicción y por tanto, en el mejor de los casos, se entorpece el derecho de acceso a la justicia de los tripulantes, quienes carecen de los medios para intentar la acción ante los jueces que sí están facultados por sus reglamentaciones de DIP a conocer del fondo del litigio.

Ante las hipotéticas lesiones que esta denegatoria por falta de jurisdicción podría suscitar en la esfera particular de los trabajadores, estimamos que los tribunales deberían entender que cuando se trata de un supuesto de abandono de gente de mar, los tripulantes comparecen ante ellos no por un ánimo caprichoso o infundado, sino por el urgente estado de necesidad, desprotección y minusvalía en el cual se encuentran, que los lleva a exigir una respuesta a su situación y el restablecimiento de los derechos que les están siendo violentados.

Atendiendo a lo precedente, consideramos que lo ideal sería que, a través de una reforma legislativa, se incluyan criterios atributivos de jurisdicción que se activen en casos donde los sujetos de derecho se encuentren en situaciones de indefensión, vulnerabilidad y donde no les sea posible acudir a tribunales cuya jurisdicción naturalmente debería conocer del referido conflicto planteado.

Adicionalmente, se podría incorporar la figura del *forum neccesitatis*, tal como lo hacen legislaciones de otros países, para que, cuando actores dentro de su jurisdicción vean amenazados sus derechos más fundamentales, los tribunales tengan potestad de atribuirse jurisdicción y sí puedan tutelar los derechos que estén siendo vulnerados y evitar la denegación internacional de justicia. Sin embargo, siendo la reforma legislativa una solución a largo plazo, surge la duda de qué hacer en el interín frente a este tipo de supuestos.

En primer lugar, se debe recordar que nuestra LDIP en su artículo 43 establece una especie de *forum neccesitatis*, y si bien su contenido no puede ser

tomado como fundamento para atribuirse jurisdicción, sí faculta a los órganos de justicia a tomar ciertas medidas de protección que serían muy beneficiosas para los marinos abandonados. Opinamos que dichas medidas tendrían que ir dirigidas, a regularizar su situación migratoria dentro del país, a exigir al agente naviero local, en su condición de representante del armador, que provea de alimentación y asistencia médica a los marinos abandonados mientras se encuentren dentro del territorio nacional, así como a instruir su repatriación a sus respectivos lugares de origen, bien sea a cargo del agente naviero local o de los respectivos consulados de las naciones involucradas.

Paralelamente, pese a ser conscientes de las posibles detracciones que la siguiente afirmación pueda generar, juzgamos acertado que por medio del artículo 1 de la LDIP, que incorpora dentro del sistema de fuentes a los principios de DIP generalmente aceptados, se apliquen los Principios ASADIP, los cuales permiten que, los jueces del Estado del foro asuman jurisdicción a fin de garantizar el acceso a la justicia, pero única y exclusivamente de forma excepcional una vez se compruebe que la existencia de una situación de extrema urgencia y necesidad, y se verifique que la declaratoria de falta de jurisdicción por parte del tribunal nacional, acarrearía una verdadera violación al derecho fundamental del accionante de acceder efectivamente a la justicia.

No obstante, como hemos visto en el desarrollo de los capítulos de este trabajo, los obstáculos para acceder a la justicia que se plantean a los trabajadores embarcados que han sido víctima de abandono por sus armadores, no se agotan en la carencia de criterios atributivos de jurisdicción que puedan ser aplicables a estos supuestos. Efectivamente, de llegar a saldarse el escollo que presenta la determinación de la jurisdicción en estos supuestos, y siendo afirmada la jurisdicción venezolana para conocer del fondo del litigio presentado por la gente de mar, inmediatamente surge otro obstáculo enmarcado dentro del DIP; a saber, el deber del actor de prestar una caución de arraigo en juicio.

Nuestra legislación nacional, específicamente en el artículo 36 del Código Civil, establece una especie de *cautio judicatum solvi*, al exigir que cuando el accionante se halle domiciliado fuera del país y no cuente con bienes suficientes en territorio para afrontar las resultas del proceso, debe afianzar el pago de lo peticionado, siendo además previsto por el CPC como una de las cuestiones previas que pueden ser promovidas por el demandado. Siendo que la legislación laboral nacional no exceptúa a los trabajadores litigantes de presentar la referida caución, se podría llegar a entender que los marinos en situación de abandono que deseen entablar un juicio ante tribunales venezolanos deberían otorgar la referida caución.

Y si se recuerdan las líneas precedentes donde relatamos las precarias condiciones económicas de los marinos a bordo de buques abandonados, se

entenderá que la exigencia de una fianza como requisito para poder presentar sus reclamaciones en juicio, harían totalmente ilusorias sus aspiraciones de poder obtener un resarcimiento por las vulneraciones sufridas en sus derechos más fundamentales.

No obstante, tal como indicamos en el capítulo dedicado a este tema, actualmente en la práctica los tribunales laborales venezolano no están exigiendo esta caución a los litigantes no domiciliados en el país, lo cual sería un aliciente para afirmar que en escenarios de tripulaciones abandonadas no sería tampoco procedente este requerimiento para iniciar un juicio.

Paralelamente, se tiene la opción de solicitar el beneficio de pobreza, o apelar a las excepciones jurisprudenciales, ampliamente desarrolladas en su oportunidad, alegando la condición de debilidad jurídica y económica de los accionantes y los graves riesgos que su negativa ocasionaría para su efectivo acceso a la justicia.

Rescatamos siempre el papel del juez como director del proceso, quien tiene la facultad de eximir a los actores de la presentación de la referida caución de arraigo, bien sea en virtud de la práctica y costumbre actualmente desarrollada por los tribunales nacionales, o de la concesión del beneficio de pobreza a favor de los demandantes o basándose en la jurisprudencia de la SC del TSJ, quien ha asentado un nuevo criterio que exime a determinados sujetos jurídicos, puntualmente a los niños, niñas y adolescentes, de prestar la *cautio judicatum solvi* exigida por nuestro ordenamiento.

Y aunque en los casos de marinos no nos referimos a niños, niñas ni adolescentes, aunque no negamos que puedan darse supuestos de adolescentes embarcados lo cual merecería una reflexión más detallada aparte, consideramos aceptable la extensión de esta excepción a otras modalidades de sujetos en situación de extrema vulnerabilidad como es el caso de los marinos en estado de abandono; lo cual llevaría a dispensarlos de presentar la caución de arraigo en juicio, allanando así su camino al acceso efectivo a la justicia.

El llegar a superar el obstáculo que representa una *cautio judicatum solvi*, bien sea porque los accionantes lograron cumplir con el requisito o bien porque el mismo fue eximido por el juez en atención a la práctica, a la condición de extrema pobreza y estado de necesidad de los accionantes o a la jurisprudencia, podría hacernos pensar que los marinos han logrado acceder a la justicia. Sin embargo, la simple admisión de la demanda no garantiza que el legitimado vaya a poder hacer valer sus derechos, defenderlos y lograr su reconocimiento y goce o reparar la violación de la cual esté siendo víctima.

De ahí, que juzguemos de vital importancia que el concepto de acceso a la justicia esté acompañado por el de justicia material, por lo cual creemos

pertinente incluir reflexiones sobre el Derecho que le será aplicable al fondo de la causa, una vez sea aceptada la jurisdicción por los tribunales nacionales en casos de gente de mar abandonada, y, por ende, determinar cuáles derechos sustantivos le serían reconocidos en particular a los accionantes si el tribunal se pronuncia a su favor.

De todas las soluciones que aportadas tanto por el Derecho internacional como interno, que han sido reseñadas en el cuarto capítulo de este estudio, consideramos que aquella que garantiza de manera más idónea la concreción de la justicia material en casos de marinos en situación de abandono es la que pondera la autonomía de la voluntad como factor de conexión; es decir, estimamos que el escenario más garantista de los derechos de los marinos sería aquél en el cual de manera activa los trabajadores seleccionaran el sistema legal conforme al cual desean que sea juzgada la relación contractual que está surgiendo entre ellos y sus empleadores.

Si verdaderamente en la práctica los tripulantes a ser embarcados gozaran de esa libertad de elección y poder de negociación frente a los armadores, para designar de manera conjunta con sus empleadores el Derecho que regirá su relación jurídica, sería ideal para ambas partes ya que de antemano sabrían conforme a qué ley será dilucidado cualquier conflicto surgido del contrato laboral e incluso estarían en capacidad de advertir los derechos que serían reconocibles a su favor una vez acaecido un suceso como el abandono, y los deberes que nacerían en cabeza del armador, puesto que ello estaría preestablecido desde un inicio. Como hemos recalcado a lo largo de nuestro escrito, este tipo de situaciones fortalecen la seguridad jurídica y la previsibilidad, principios cuya valía es reconocida de manera general en los sistemas legales y de justicia modernos.

No obstante, como hemos visto, en los supuestos de enganche de marinos, la realidad material del sistema de contratación y las desigualdades entre los contratantes, generan que en la mayoría de las situaciones las partes no entren en una verdadera dialéctica que les permita escoger de manera consciente y libre el Derecho que regirá su relación contractual.

Como hemos explicado en capítulos anteriores, es común la práctica de que el enganche se produzca cuando el marino empieza a prestar labores bajo las órdenes del capitán, sin que exista una discusión previa y a consciencia de todos los elementos de la contratación, con lo cual se dejan por fuera aspectos como las cláusulas de sumisión o de Derecho aplicable.

Y en los casos en los que sí se incluye dentro del contrato de trabajo marítimo esa elección del sistema legal aplicable, esto, más que ser una manifestación de la libertad contractual de las partes, se convierte en un vivo reflejo del poderío del patrono frente al trabajador, pues es el primero quien establece de manera

unilateral el contenido del acuerdo de prestación de servicios a bordo, incluyendo aquellas cláusulas de elección del Derecho aplicable. Esa selección hecha por el patrono no es azarosa, proviene de un estudio pormenorizado de aquellas legislaciones que le son más favorables en su posición de empleador.

Teniendo en cuenta lo arriba detallado, podemos aceptar la autonomía de las partes como una respuesta aceptable al problema del Derecho aplicable a los casos de abandono, pero cuya validez en el supuesto en concreto dependerá de la evaluación que el juez haga de todos los elementos que rodean a la relación contractual, y que le permitan determinar si esa elección del sistema legal que regiría el contrato se hizo verdaderamente de forma libre y atendiendo a las posibles consecuencias derivadas de ese accionar, o es reflejo del poderío de la empresa armadora como empleador frente al trabajador.

La siguiente solución que consideramos acertada frente a esta problemática, puesto que favorece la justicia material, es la aplicación del derecho del lugar en el cual ha sido reclutado el marino, particularmente cuando ese lugar coincide con el domicilio o la residencia habitual del trabajador, ya que ello implicaría que la gente de mar tiene al menos un conocimiento general de las normativas legales en materia de trabajo que serían empleadas para la resolución de su caso.

Contrariamente a lo que ocurre en otros ámbitos del Derecho laboral, estimamos poco aconsejable el empleo del lugar de prestación de servicios como conexión para dilucidar el tema del derecho aplicable en escenarios de abandono de tripulación en puerto extranjero. Los motivos que nos impulsan a tal aseveración son los siguientes: primeramente, se trata de un factor de conexión incierto y variante, puesto pueden ser muchas las jurisdicciones en las cuales los marinos deban prestar labores, lo cual hace, cuando menos, problemática la determinación de ese derecho aplicable, y de intentar reducir ese número de posibles jurisdicciones vinculadas al caso a una sola, la del pabellón del buque, podría dar como resultado la aplicación al fondo de la causa del sistema legal menos protectionista de todos los involucrados, ya que debe recordarse que una gran parte de flotas a nivel mundial están registradas bajo banderas de conveniencia, regidas por normativas laxas y que solo convienen a la parte poderosa de la relación laboral, el patrono, dejando en un estado de total indefensión a los trabajadores.

Debido a los graves peligros que esta problemática representa para la consecución de la justicia material en los casos de abandono de gente de mar, la jurisprudencia ha ideado nuevas soluciones que se plantean como más garantistas y de ojos abiertos frente a las particularidades de estos escenarios, nos referimos a la teoría de favor y del conglobamiento.

Particularmente, consideramos que en este tipo de cuadros el juez debería emplear aquel Derecho que enalteciera de mejor manera la justicia material del

caso en concreto y la protección de los trabajadores en su condición de débil jurídico. En virtud de lo anterior, se debería dar una amplia libertad al juez para pasarse por una gama de opciones y decidir, en atención a las peculiaridades de cada causa, cuál es el Derecho que parece ser el más conveniente para la realización de la justicia material; solución esta que estaría enmarcada dentro de la teoría del conglobamiento que admite la revisión de los Derechos involucrados y la posterior aplicación de la norma más favorable.

Somos de la opinión que, aun cuando el juez tenga frente a sí un acuerdo de elección de Derecho aplicable, en atención principio *favor debilis*, debería entrar a analizar las circunstancias que rodearon el nacimiento de esa elección, y si la aplicación de ese sistema legal que ha sido escogido por las partes, sirve a la realización de la justicia material del caso en concreto, adoptando de esta manera una posición más equitativa y justa en términos materiales. Debiéndose siempre aclararse que, en ningún caso sería apropiado que el juez de manera apriorística desaplicase una cláusula de elección de derecho aplicable, ya que eso sí atentaría en contra de la seguridad jurídica, plataforma indispensable para la concreción de relaciones contractuales en el mundo jurídico moderno.

Como se ha podido apreciar, la situación de los marinos en estado de abandono merece una atención desde todos los aspectos, a los fines de poder generar soluciones oportunas, que atiendan a las necesidades puntuales de los sujetos envueltos en estas problemáticas. La carencia de normativas ideadas para resolver una tipología de situaciones en especial, al anexarse a la falta de criterios atributivos de jurisdicción que indiquen el tribunal apto para conocer de esas reclamaciones, y la imposición de trabas a los litigantes no domiciliados en el territorio nacional, son simples y vagos trazos de todo el panorama adverso que se le plantearía a un trabajador que prestase servicios en un buque, y que tuviese la mala ventura de quedar abandonado en costas venezolanas.

Estas afirmaciones en ningún momento están encaminadas a desmeritar los avances legales, jurisprudenciales y académicos que se han desarrollado en pro del derecho de acceso a la justicia desde hace ya mucho tiempo; por el contrario, se erigen como alicientes para seguir trabajando por esa meta y por uno de los ideales más puros y altruistas que preocupan al hombre moderno: la justicia.

Entendemos que una vez el tribunal entre a conocer la causa, se salden las barreras que puede presuponer la *cautio judicatum solvi*, y se determine el derecho aplicable que más favorezca a la realización de la justicia, seguirán existiendo múltiples situaciones que pueden alejar al marino de la anhelada materialización de la justicia, tales como el idioma en el cual se va a llevar el juicio, la aportación de pruebas localizadas en el extranjero, y sobre todo la ejecución de la sentencia definitiva derivada de ese proceso. Sin embargo, en este escrito solo se han tocado los primeros de esos muchos y variados obstáculos a la justicia formal y

material, y cómo se pueden maximizar cuando se trata del trabajo a bordo de un buque.

Teniendo en claro el papel integral del acceso a la justicia como un instrumento para la transformación de las relaciones de poder, podremos tomar una posición mucho más activa y progresista a favor de la real materialización de este derecho que, como hemos recalcado a lo largo de nuestro análisis aquí presentado, es salvaguarda del resto de derechos consagrados a favor de los administrados por los sistemas legales contemporáneos. Pero para lograr esto, se requiere no solamente tomar consciencia sobre la importancia de este derecho y su alcance, sino que además se necesita plantear reformas legislativas y estructurales a nivel de los sistemas jurisdiccionales, donde se vean involucrados no solo los operarios de la justicia sino la comunidad en general, para poder vencer los obstáculos que, a todos niveles, se le presentan a los ciudadanos en la consecución de la justicia.

No pretendemos que este escrito sea más que un simple aporte esa labor de concientización sobre el largo camino que tanto a nivel interno como internacional debemos transitar para poder afirmar de manera contundente que gozamos de un sistema de DIP que verdaderamente garantiza el acceso a la justicia a todos los administrados, y en especial a aquellos actores en situaciones de mayor vulnerabilidad, cuya realidad, como en el caso de la gente de mar abandonada, es desconocida por muchos o dolosamente ignorada y encubierta otros.

Ansiamos y apostamos por la vigorización de todas las iniciativas que se ha enfocado al campo del acceso a la justicia, y somos conscientes que estos frutos únicamente pueden multiplicarse a través de las contribuciones que los operarios de la justicia, estudiosos y practicantes del Derecho, y los miembros de la sociedad civil en general, puedan ofrecer desde sus esferas de acción particulares. Esfuerzos que, en definitiva, sumarán siempre para hacer cada vez menos sinuoso el camino para acceder efectivamente a la justicia, y redundarán favorablemente para que el ideal de justicia, como medio y fin de los regímenes sociales modernos, pueda ser una realidad que verdaderamente alcance a todos por igual.